Fundación Internacional de Ciencias Penales

Revista

Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2019-3

(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.

Coordinadora General: Prof. Dra. D.ª Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz.
Secretraria del Patronato de la FICP. Socia y coordinadora.
Profesora Ayudante Doctora. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

Coordinación general:
Prof. Dr. Dr. h. c. D. Javier de Vicente Remesal.
Presidente de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Vigo. España
Prof. Dr. Dres. h. c. D. Miguel Díaz y García Conlledo.
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León. España.
Prof. Dr. D. José Manuel Paredes Castañón.
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Oviedo. España.
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 y Prof. Ayudante Doctor.
Univ. de Alcalá, Madrid. España.

Coordinación técnica:
Prof. D. Enrique F. Luzón Campos.
Secretario de la FICP. Abogado. Máster en Derecho. Prof. de Derecho Penal en Master de Acceso a la Abogacía, Univ. Autónoma de Madrid. España.
Prof. D.ª Lina M.ª Cardona Cardona.
Maestría en Derecho Penal por Univ. Eafit, Medellín, Colombia. Socia de la FICP. Investigadora contratada predoctoral FPI. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

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) 9

1. Semblanzas y homenajes 9

Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade 9

Palavras proferidas na "Última" lição do Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias

Prof. Dr. José Ramón Serrano-Piedecasas 28

Laudatio al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. E. Raúl Zaffaroni por su nombramiento como Doctor *honoris causa* por la Univ. de Castilla-La Mancha (29 de enero de 2004)

Prof. Dr. Adán Nieto Martín 34

Zaffaroni v. Beccaria: *Laudatio* al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. E. Raúl Zaffaroni con motivo de la entrega de la Medalla Cesare Beccaria de la Sociedad Internacional de Defensa Social (4 de octubre del 2018)

2. Opinión y debate 39

Grupo de Estudios de Política Criminal 39

Manifiesto sobre los límites de la intervención penal en la esfera del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión

3. Estudios 42

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña 42

Ejercicio legítimo de derecho y cumplimiento del deber. Cuestiones generales

Prof. Dr. Maximiliano Hairabedián 66

Mentiras policiales y debido proceso

Prof. M.ª del Carmen Buendía Rubio 87

Evolución del sistema penitenciario español: del sistema progresivo al sistema de individualización científica

M.ª Mercedes Fernández Saldaña 94

Actos preparatorios: una visión de la legislación actual

Ponencias presentadas al XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá (16/17-05-2019) y relaciones de los debates 107

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José Luis Díez Ripollés 107

La fundamentación de la categoría de la punibilidad

Prof. Lina María Cardona Cardona 127

Relación sobre el debate de la ponencia "La fundamentación de la categoría de la punibilidad" del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díez Ripollés

Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal 138

Conocimientos o capacidades especiales e infracción del deber objetivo de cuidado

Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz 146

Relación sobre el debate de la ponencia "Conocimientos o capacidades especiales e infracción del deber objetivo de cuidado" del Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente Remesal

Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo 158

La falta de respeto del principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos (y principios conexos) en el CP español: algunos ejemplos y especial referencia a los «delitos de odio»

Stephanía Serrano Suárez 176

Relación sobre el debate de la ponencia "La falta de respeto del principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos (y principios conexos) en el cp español: algunos ejemplos y especial referencia a los «delitos de odio»" del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo

Prof. Dr. Iván Meini Méndez 180

La exigibilidad de otra conducta en Derecho penal (resumen)

Prof. Dr. Alfredo Alpaca Pérez 182

Relación sobre el debate de la ponencia "La exigibilidad en Derecho penal", del Prof. Dr. Iván Meini Méndez

Prof. Dra. Marta García Mosquera 188

El marisqueo ilegal como delito contra la fauna: ¿un nuevo despropósito para hacer frente al furtivismo? (resumen)

Deisy Janeth Barrientos Pérez 191

Relación sobre el debate de la ponencia "El marisqueo ilegal como delito contra la fauna: ¿un nuevo despropósito para hacer frente al furtivismo?", de la Prof. Dra. García Mosquera

Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez 196

Aspectos jurídico-penales del re-alquiler vacacional fraudulento (resumen)

Prof. Cristina Isabel López López 198

Relación sobre el debate de la ponencia "Aspectos jurídico-penales del re-alquiler vacacional fraudulento", del Prof. Dr. Vega Gutiérrez

Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz 207

Reflexiones y críticas sobre el pensamiento de la acumulación (resumen)

Luis Miguel Ramos Martínez 210

Relación sobre el debate de la ponencia "Reflexiones y críticas sobre el pensamiento de la acumulación", de la Prof. Dra. Pérez-Sauquillo Muñoz

Prof. Dr. Alfredo Alpaca Pérez 217

Prevención y retribución en la justificación de la pena estatal (resumen)

Juan Carlos Cantillo Arcón 218

Relación sobre el debate de la ponencia "Prevención y retribución en la justificación de la pena estatal", del Prof. Dr. Alpaca Pérez

Enrique Luzón Campos 225

Consideraciones a la traslación de responsabilidad penal de personas jurídicas en casos de absorción

Prof. Dr. Virxilio Rodríguez Vázquez 235

Relación sobre el debate de la ponencia "Prevención y retribución en la justificación de la pena estatal", del Prof. Luzón Campos

Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional Penitenciario Legionense, Univ. de León, sobre "40 años de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP)" (6 y 7-5-2019) 241

Alfonso Allué Fuentes 241

El sistema de ficheros de internos de especial seguimiento (FIES): evolución legislativa, contenido y crítica

Adoración Amigo Rodríguez 251

Supuestos y requisitos de la libertad condicional

Patricio Arribas y Atienza 262

La disponibilidad sobre la propia vida y la relación de sujeción especial de los presos

José María Bernabéu Vergara 269

La intervención específica de comunicaciones entre el interno en centro penitenciario y abogado defensor

M.ª Jesús Berzosa Ríos 278

Los permisos penitenciarios. Su importancia en el régimen penitenciario y tratamiento

Prof. M.ª del Carmen Buendía Rubio 289

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad

Antonio José Bueso Alberdi 298

Las medidas de seguridad

Prof. Bernardino Díaz Rodríguez 307

El sistema de ficheros de internos de especial seguimiento (FIES): evolución legislativa, contenido y crítica

M.ª Guadalupe Domínguez Dueñas 317

El derecho a las comunicaciones y al secreto de las mismas en el ámbito penitenciario

Prof. Marta Escudero Muñoz 325

Especialidades en la aplicación de la libertad condicional en los delitos de trata de seres humanos

Isabel Fanconi Villar 338

Consideraciones sobre igualdad y maternidad en prisión

M.ª Mercedes Fernández Saldaña 350

Algunos aspectos destacables de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria

Mónica Fernández Salgado 364

Permisos de salida de los reclusos

Ana Isabel Flores García 375

Valoración de la primariedad delictiva tras la reforma de la suspensión de la pena

María del Carmen Florez Miranda 387

La responsabilidad personal subsidiara en el caso de multas previstas en el artículo 50.2 del CP. Formas de cumplimiento y efectos del incumplimiento

María Teresa Franco Serrano 398

Breves aspectos sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable

Amalia Fustero Bernad 413

La revocación de la pena privativa de libertad: perspectiva jurisprudencial
Victoria Gallego Martínez 422
Incidencia de la enfermedad mental y prisión provisional
José Antonio Gil Heredia 432
Compatibilidad de los trabajos en beneficio de la comunidad con la pena de prisión
Ildefonso Manuel Gómez Padilla 444
40 años de existencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria
Rocío Gutiérrez Gallardo 466
Permisos penitenciarios. La comunicación de los penados con el exterior
Pino Esther Hormiga Franco 474
La ejecución y la suspensión de la pena de prisión revisable
M.ª José Leonís Sánchez 482
Protección de datos personales de los internos en centros penitenciarios
Diego Martín Fernández 494
Respecto de la posibilidad de desarrollar un trabajo remunerado por parte de los penados
Dra. María Jesús Muñoz Company 501
La reinserción social. Especial análisis de las comunicaciones y visitas. Aplicación de las nuevas tecnologías
Crescencia del Pozo Prieto 516
El juez de vigilancia penitenciaria como órgano jurisdiccional de ejecución de penas y medidas de seguridad
Sacramento Ruiz Bosch 526
La libertad vigilada. Aplicación a sujetos imputables
M.ª Adoración Ruiz Rodríguez 542
Derechos fundamentales de los reclusos
Joana Ruiz Sierra 556
Localización permanente: su cumplimiento e incumplimiento
Daniel Sánchez Romero 566
Abonabilidad del cumplimiento de la obligación de comparecer periódicamente en relación con la libertad provisional
Xènia San José Arévalo 574
Comparecencia apud acta y liquidación de condena. Especial referencia al Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2013
Inmaculada Serrano Pérez 583
La pena de trabajos en beneficio de la comunidad
Ángela Viéitez López 595
Permisos de salida penitenciarios. Examen de los requisitos conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo 2019
Silvia Vivó Cabo 606

Prisión permanente revisable. Régimen de ejecución

4. Recensiones 616

Prof. Dr. Rafael Ferreira Vianna 616

Recensão da obra MARTÍN PARDO, Antonio/MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, El estatuto legal de la Ayahuasca en España: la relevancia penal de los comportamientos relacionados con su consumo y posesión, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019

II. NOTICIAS DE LA FICP 625

1. Congresos, seminarios y cursos 625

(i) III Congreso Internacional de la FICP 625

(ii) Ciclo de conferencias en la Universidad de Vigo, España 626

(iii) Jornada "Experiencias internacionales de colaboración de estudiantes con personas privadas de libertad" (PAGID 2018), Univ. de León. 627

(iv) V Jornadas sobre Metodología y Política Criminal en el Sistema Penal, Univ. de Oviedo 628

2. Publicaciones de la FICP 628

(i) Libro-Homenaje a Claus Roxin 628

(ii) *Liber-Amicorum* a Jürgen Wolter 629

(iii) Actas de Congresos y Seminarios con ISSN 630

III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP 631

1. Distinciones, galardones; grados académicos 631

(i) Próximo homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña por su 70.º aniversario 631

(ii) Acto solemne de entrega al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro de su Libro Homenaje por su 70.º aniversario 631

(iii) Premio a la excelencia en la dirección de tesis doctorales para el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña e investidura solemne con los atributos de Doctor a la Prof. Dra. Pérez-Sauquillo Muñoz durante la *Annua Commemoratio* Cisneriana 633

(iv) Simposio dedicado al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann por su 75.º aniversario 634

(v) Nombramiento del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Arroyo Zapatero como miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de París 636

(vi) Obtención del Doctorado por el Prof. Juan Pablo Uribe Barrera 636

(vii) Obtención del Doctorado por el Prof. Alfredo Alpaca Pérez 637

2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP 638

(i) Miembros del Patronato 638

(ii) Socios 646

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP 655

(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos 655

(ii) Organización de seminarios y congresos 664

I. TRIBUNA
(para los miembros de la FICP)

1. Semblanzas y homenajes*

Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade

Catedrático em. de Derecho Penal, Univ. de Coimbra. Presidente del Tribunal Constitucional de Portugal.

~Palavras proferidas na "Última" lição do Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias* ~

Senhor Presidente do Conselho Directivo

Senhores Presidentes dos Conselhos Cientifico e Pedagógico e da Assembleia de Representantes

Senhora Dr.ª Maria Teresa de Oliveira Dias, filhos e demais familiares do Senhor Professor Figueiredo Dias

Senhores Professores e Investigadores

Alunos de ontem e de hoje do Senhor Professor Figueiredo Dias

I

1. É verdade: irredutível e irritante, acaba de se fazer ouvir o veredicto de Cronos. Quando nada o deixava adivinhar. Isto à vista da alegria, da força interior, da pulsão criadora, do fascínio e da entrega com que FIGUEIREDO DIAS vivia e vive apegado à investigação e ao ensino, aos alunos e às aulas, como pudemos testemunhar nas lições, escritas ou orais, que, ainda ontem, nesta mesma sala, generosamente prodigalizava. Sem sinais de Outono no corpo, menos ainda, no espírito. O espírito que cria cultura e dela se alimenta; e que risca a sua trajectória em arritmia e assincronia face ao correr do tempo, e pairando sobre o tempo, imune às suas vicissitudes e sequelas. O tempo seré, na expressão do poeta –*tempus edax rerum*– a erosão das coisas; mas ele pouco poderá, para além de lhes aumentar o brilho e o fulgor da cintilação, contra as cristalizações mais depuradas do espírito. Como invariavelmente o são, no limiar superior da

* Homenaje publicado previamente en la revista Boletin da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 83, 2007, pp. 867-886.

exigência e da excelência, as lições de FIGUEIREDO DIAS, cujas primícias são sempre reservadas aos alunos destes bancos. Olhando a partir da fronteira do espírito, bem podemos acompanhar o soneto de SHAKESPEARE que, em apóstrofe dirigida ao tempo, o autoriza a fazer todo o mal às coisas do mundo, mas proibindo-o de deixar qualquer marca da sua passagem na beleza e na juventude perene do seu amor.

Apesar de tudo, é incarnando no tempo que a aventura do espírito se desenrola; e é no tempo que ele se realiza e se dá fenomenologicamente a conhecer. Estando, por vias disso, exposto à lei e, como é o caso, ao arbítrio, do tempo. Que, irrompendo como *diabolus ex machina*, não esperado nem benvindo, veio pôr termo ao magistério de FIGUEIREDO DIAS, na parte em que ele estava, vai quase para cinquenta anos, marcado para esta mesma sala a esta mesma hora. É o que, em insubmisso estado de revolta, nos cabe aceitar. Não podendo, ao menos por esta vez, acompanhar a confiança serena de SÓFOCLES, quando acredita que "os dados de Zeus caem sempre do lado certo".

2. Manda a tradição da nossa Escola –uma tradição que, nem por estar consolidada, se pode reivindicar da mais apolínea das racionalidades– que, ao atingir o limite legal de idade, um Professor dê a sua *ultima aula* pela palavra e pelo gesto do mais velho dos seus discípulos. Estatuto que –por uma vez haviam de ser gene rosas– as Parcas me reservaram. E é nessa condição que me proponho dar a última aula do Doutor FIGUEIREDO DIAS.

Gostaria de fazê-lo no papel de FIGUEIREDO DIAS, assim tivesse eu a virtude e o virtuosismo dos actores gregos que, ao entrarem em palco, se transfiguravam, assumindo a identidade, a voz e o gesto daqueles, heróis ou deuses, atrás de cujas máscaras se apresentavam e representavam. Numa fusão tão perfeita que ficaria perpetuada na incindível vinculação semiológica entre os nomes e os conceitos de *máscara* e de *pessoa*, ambos significados, na língua latina, pelo mesmo termo, precisamente *persona*. Representar FIGUEIREDO DIAS nesta aula, assumindo a sua voz e a sua máscara, seria porventura a forma acabada de aproximação a ideia arquetípica da última aula do Professor, dada por um seu discípulo. Desse modo se atendendo, ao menos em parte, ao conselho de OVÍDIO, que lembra ser mais gratificante beber a água da própria fonte *("gratius ex ipso fonte bibentur aquae").*

Não é meu propósito trilhar esse caminho. Seguramente por falta de engenho para representar, mesmo com a mediação de uma máscara, a *persona* única de FIGUEIREDO DIAS, o timbre da sua voz, a precisão do seu gesto, a sedução e o encantamento

irresistível do seu discurso. Acresce a incapacidade para o fazer com o registo adequado: por mais que imitasse os actores gregos –que, recorda-se, elevavam os coturnos debaixo dos pés para agigantar a estatura na medida reclamada pela grandeza da personagem representada– ficaria sempre a perder para eles. Nunca conseguiria atingir o nível que permitisse simular com alguma plausibilidade, estar a fazer de FIGUEIREDO DIAS. Soma-se outra, decisiva e dirimente, razão: a certeza de que, com aquela postura incorreria em irremível traição ao padrão de relações entre mestre e discípulos que FIGUEIREDO DIAS, cultivou. E frustraria as suas mais fundas e expostas expectativas quanta ao modo como gostaria que a sua memória e a sua lição se prolongassem às mãos e à voz dos discípulos. Padrão e expectativas escrupulosamente depuradas da obediência seguidista, ditada apenas por razões de fidelidade às construções, às formas e às palavras do mestre. Rejeitando a ortodoxia pela ortodoxia, estimulou os caminhos da *heresia,* no mais fiel e positivo dos sentidos do termo. Que, à transparência da etimologia, significa apenas escolha, opção por vias alternativas. Alternativas que tantas vezes mostrou e encorajou, como quem não está interessado em fazer dos discípulos meros doxógrafos, a recolher e registar ritualisticamente opiniões, antes em vê-los crescer como autores de direito, abrindo em flores e frutos próprios, em que só a lupa da mais sofisticada genética molecular enxergasse sinais de herança. Senhor duma capacidade singular para fazer discípulos, fê-lo sempre esconjurando com GOETHE o fantasma de que Mefistófeles se fez eco, ao sibilar para o jovem estudante que "o melhor será que neste domínio escutes apenas a palavra do mestre e apenas sobre ela jures *(am besten ists auch hier, wenn Ihr nur Einen hört und auf des Meisters Worte schwort)".* Tanto na elaboração teórica como nos exercícios de heurística ou de descoberta do direito do caso concreto, propôs invariavelmente que tal se fizesse naquela kanteana *"concordia discors"* ou, reversamente, *"discordia concors".* E, nessa medida, erigindo a heresia na forma mais autêntica e desejada de fidelidade e lealdade.

É por isso que não vou fazer de FIGUEIREDO DIAS. Falarei apenas dele, prevalecendo-me da circunstância de *ratione aetatis* seguir imediatamente atrás dele na aventura duma vida que dedicámos à escalada das montanhas e picos da investigação de que falava MAX-PLANCK. E, por causa disso, na hora de parar para ganhar fôlego e lançar um olhar sobre o percurso feito, ter perspectiva e horizonte mais próximos dos seus.

3. A obra de FIGUEIREDO DIAS desdobra-se e multiplica-se por muitas obras.

Deixou rasto em todos os caminhos, em todos os azimutes, tocando e fazendo recuar horizontes.

a) Revisitou, desconstruiu e refez a arquitectura basilar da doutrina do crime. Submetendo a escrutínio e reexame muitos dos seus conceitos e categorias, emprestando-lhes novos conteúdos, novos enquadramentos sistemáticos e adscrevendo-lhes novas funções, à luz do fim último de preservação da *dignidade humana*, salvaguarda da *liberdade* e realização da *justiça*. E fê-lo em relação à generalidade dos institutos, das formas de manifestação da infracção criminal e das singulares incriminações típicas da Parte Especial do Código Penal ou dispersas por legislação extravagante. E tanto do lado do direito material como do lado do direito adjectivo e do direito penal executivo, *maxime* do direito penitenciário. Deixando em todos os *topoi* visitados marcas de inovação e progresso, hoje intersubjectivamente estabilizadas, não só na doutrina e na *praxis* nacionais como do lado dos mais credenciados pensadores estrangeiros. E que avultam tanto pela clarificadora racionalidade epistemológica, equilíbrio e consistência sistémico-dogmática; como pela teleologia político-criminal e pela justiça material das soluções sustentadas para os pedaços de vida que o direito e o processo penal são chamados a regular. Casos que emergem como mostrações da mais funda conflitualidade humana, trazendo ao Tribunal controvérsias carregadas de emotividade agónica e angústia.

Recordo, a beneficio de ilustração, a quase copernicana inovação que propôs para o tratamento da *culpa*, um dos temas recorrentes da sua inquietação intelectual. Fazendo a doutrina penal avançar para patamares que vaõ seguramente ficar, por muito tempo, como pontos de partida para investigadores nacionais e estrangeiros.

Uma asserção que vale sobremaneira para o esforço logrado de definir um novo *fundamento* e um novo *conteúdo* para o juízo de culpa, reconduzindo-o à matriz existencial da liberdade humana, que tende a confundir-se com o radical e originário *modo de ser pessoa*. Mas sem perder de vista a ligação ao *facto* e à *atitude* ou *Gesinnung* face ao direito, que nele se contem e exprime. O que, se permite superar a vinculação da culpa a conteúdos de índole meramente *psicológica*, permite ultrapassar também a evanescência do conceito de culpa proposto pela doutrina do ilícito pessoal: mero e espectral juízo de censura, vazio de conteúdo e alheio à diferença específica que separa o *dolo* da *negligência*.

Como vale igual e complementarmente, para a solução que deu ao problema do

erro, a breve trecho positivamente sancionada pelos artigos 16.º e 17.º do Código Penal português. Que veio cortar o nó górdio à vista do qual tinham naufragado sucessivos esforços dos tribunais e de gerações dos mais credenciados cultores da doutrina penal. Não devendo estranhar-se as muitas e credenciadas vozes da ciência penal europeia que se fazem ouvir a apontar a solução da lei penal portuguesa como o incontornável ovo de Colombo do problema.

b) Por sobre este aturado esforço de aprofundamento da ciência criminal, FIGUEIREDO DIAS impulsionou um não menos decisivo alargamento dos seus domínios, fazendo recuar as fronteiras herdadas. Abriu à doutrina portuguesa áreas como o *direito penal médico,* o *direito penal secundário,* com destaque para o *direito penal económico* e o *direito penal tributário.* Num domínio contíguo, empreendeu avanços decisivos para a estabilização e o triunfo definitivos do direito das *contra-ordenações.* Desenvolvendo e consolidando as intuições e as realizações originarias de Eduardo CORRELA, FIGUEIREDO DIAS deixou também a sua assinatura no que foi um dos relevantes contributos da nossa Escola para a ordem jurídica pátria.

Deu os primeiros passos no sentido de um tratamento sistematizado da investigação *criminológica* (nas suas vertentes antropológica, sociológica, interaccionista e radical-crítica) e da teorização sistematizada da *política criminal.* Cultivando um novo paradigma de integração da dogmática, da criminologia e da política criminal, numa renovada e original *ciência global do direito penal.* Que reconhece a cada um dos três saberes autonomia e autorreferência, em tomo de valores e códigos próprios. Mas em que, ao mesmo tempo, cada uma das ciências figura como ambiente das outras, numa relação de interpenetração e de comunicação recíproca de contingência, complexidade e vias de redução Desta forma passando cada uma das ciências a fazer também parte do sistema das restantes. Tudo sob o primado da política criminal, inscrita no horizonte da Constituição da República e em consonância com as suas premissas materiais e formais-procedimentais de legitimação. E, como tal, numa posição transcendente e vocacionadamente crítica sobre todas as realizações do direito penal. A começar pela própria *lei* penal incriminadora, que deixa de valer como um dado, constituindo-se num problema central e permanente do pensamento político-criminal. Que, antes de se pronunciar sobre *como* punir, reivindica a decisão sobre *o que* punir. Nessa medida patrocinando constantes e cruzados movimentos de descriminalização e de neo-criminalização. Uma política criminal que passasse longe da

lei como se à porta da lei continuasse ainda o guarda de Kafka seria uma *contradictio in adjecto.*

4. Este exercício de inventario do património do investigador e professor que FIGUEIREDO DIAS tem sido, podia continuar indefinidamente. Só que não é possível levantar três tendas e ficarmos aqui esquecidos. Uma aula é uma aula, com tempo marcado.

Porque se trata da *última* aula, teremos de reconduzi-la à recuperação das coisas, cousas ou causas *últimas* no sentido filosófico do termo, herdado de ARISTÓTELES e S. TOMÁS. Curando menos de referenciar uma a uma as árvores que FIGUEIREDO DIAS foi plantando, do que transmitir uma imagem da floresta.

Nesta linha, é meu propósito renunciar à convocação das miríades de lições de FIGUEIREDO DIAS, procurando, em vez disso, sinalizar, pelas tonalidades ou andamentos mais marcantes, *a lição* de FIGUEIREDO DIAS, vista do lado das coisas últimas. Aquelas que, seguramente, assistirão ao fluir do tempo, ganhando em força e brilho, em plausibilidade e fecundidade sobre a experiência jurídica futura.

II

5. Recordo, em primeiro lugar, a lição do *modo de ser universitário* de FIGUEIREDO DIAS.

a) Em que começam por avultar, em síntese feliz, duas dimensões aparentemente antinómicas.

De um lado, a procura do ócio universitário, no mais depurado dos significados. A busca obsessiva do recolhimento, votando tempo sem tempo à reflexão e teorização científicas. O que reclama uma postura de ascese, de quase cilício para, à semelhança de Ulisses, poder navegar, indiferente às tentações das sereias e aos ruídos de interesses mais sonantes e reluzentes. Só assim tem sido possível pôr de pé uma produção científica única em extensão, profundidade e eficácia pedagógica. E distribuída tanto por monumentais tratados –com destaque merecido para o *Direito Penal. Parte Geral* (2007) que, e minha convicção, constituirá, por muito tempo uma obra única de referência, em Portugal e não só– como por uma lista incontável de trabalhos, dispersos por publicações nacionais e estrangeiras, e presentes na mesa de estudiosos de língua portuguesa, espanhola, francesa, inglesa, alemã ou chinesa.

É por isso que, como o poeta –*"immer nach Hause"*– FIGUEIREDO DIAS volta invariavelmente à Universidade, malo consente o trato dos inescapáveis *pragmata* da vida. Só que –e esta é a outra face da medalha– não o faz como o eremita que se aprisiona na tebaida, em renúncia ao Mundo e à vida e em fuga aos homens. Fá-lo antes como o profeta, que sobe ao Sinai, não para ficar junto de Deus, mas em busca de leis, e sobretudo de direito, para guiar e ordenar a vida. O refugio no ócio universitário é, para FIGUEIREDO DIAS uma forma de servir o mundo e a vida. Nunca desertando, quando soaram os pregões da mobilização. Na política, de partido ou de Estado, na judicatura constitucional, na vida forense, mesmo na vida empresarial. Na feitura de leis, deixando indelevelmente impressa a marca do seu pensamento, engenho e estilo em muitos diplomas, com destaque para as grandes codificações da lei penal substantiva e adjectiva. Que continuarão, tudo leva a crê-lo, a mostrar o santo e a senha da sua doutrina. E, particularmente, nos milhares de páginas publicadas, outros tantos serviços oferecidos à comunidade. Porque se trata de textos sistematicamente pensados a partir da vida e das suas manifestações fácticas, e escritos directamente para a vida. Trata-se, por isso e invariavelmente, de trabalhos em que o nível e a profundidade científica em nada obnuvilam a clareza, a atractividade e a comunicabilidade com o prático do direito. Que neles pode colher directamente arrimo para afrontar os casos segregados pela vida.

b) Universitário por vocação e paixão, FIGUEIREDO DIAS assegura a satisfação integral das exigências deste modo de vida, na sua expressão mais depurada. Logo e seguramente pela intensidade e qualidade do trabalho –e dos trabalhos– empreendidos e levados a bom porto. Também pelo compromisso existencial com o saber e o conhecimento: na sua busca, afirmação e celebração. O que postula, a par de uma constante vigilância contra a inercia submissa a dogmas cristalizados, a disponibilidade para o desafio e a colisão com as manifestações de poder. Ser universitário é um interminável crime continuado de exercício de *liberdade.*

A asserção justificará uma breve paragem. Para sublinhar que a *liberdade* configura o núcleo ontológico da Universidade. A marca que ela traz inscrita nos cromossomas. É assim desde o começo, desde o séc. XIII em que a Universidade entrou na História, à mão, sob o patrocínio e o pão dispensado por reis e arcebispos, tidos como duas das manifestações mais opacas, totalizadas e pesadas de poder. Fosse ou não assim, possa ou não estigmatizar-se a Idade Média como uma noite de séculos, a verdade é que a Universidade emergiu como uma ilha de liberdade, sob o olhar tolerante

do poder. Luminosa e cortante lição com que muito teriam a aprender tantos que, ao longo da História, aparecem recorrentemente a propugnar por uma Universidade colonizada e domesticada, desarmada de liberdade, isolada da consciência e olvidada de valores. Uma postura que, hoje, séculos volvidos sobre o advento das luzes, está longe de ser desconhecida. Mesmo que tal se faça sob a forma larvada duma sempre oportuna invocação da utilidade social, a sugerir uma padronizada integração na cadeia da produção. Esquecendo ou desconhecendo que a experiência da liberdade, a consciência, aberta a valores éticos, estéticos, jurídicos ou outros, constitui na nossa civilização um importante factor de produção.

Recordo, para surpreender esta atracção da Universidade pela liberdade, um episódio impressivo ocorrido precisamente no séc. XIII. Em que, prevalecendo-se do sentimento de liberdade e de imunidade que lhe advinha da cátedra, o filósofo e teólogo Godofredo DE FONTALNES dirige uma acerada e severa crítica a Simão DE BUCY, Bispo de Paris e seu superior. E fá-lo justificando-se com o princípio de que um Doutor da Universidade está vinculado ao dever de verdade, mesmo que o seu discurso possa ofender ricos e poderosos. Argumentando que "encontraremos poucos que devam ser censurados por excesso na afirmação da verdade; mas serão muitos os que merecem ser censurados por se terem, calado ("*Pauci invenientur qui culpari possunt de excessu in veritate dicenda, plurimi vero de taciturnitate")*. Um entendimento de que, séculos volvidos, KANT se faria eco naquela proclamação a que, já por mais de uma vez, FIGUEIREDO DIAS se acolheu: a Universidade é "livre e depende unicamente das leis da razão e não das do Governo". E teria, já mais próximo de nós (1936), nova réplica na sala do Paraninfo da Universidade de Salamanca quando, cercado de espadas semi-desembainhadas e sobrepondose ao atrito de botas e de culatras, UNAMUNO ergueu aquela fala, nimbada de coragem e de tragédia, que começa: "aqueles que me conhecem sabem que não sou capaz de ficar calado". Para depois, universitário feito combatente, disparar e desafiar: "vencereis porque tendes as armas; não convencereis porque não tendes razão!".

c) No modo de ser universitário de FIGUEIREDO DIAS sobreleva outrossim o facto de ter desenvolvido o labor científico em contínua e total sintonia com os eventos e correntes que foram selando os avanços das ciências criminais na Europa e no Mundo. Nunca os acidentes da geografia ou as fronteiras políticas condicionaram o nível, o rumo e o sentido da sua investigação. Também por aqui dando cumprimento às

exigências do sentido eidéctico de Universidade.

Vocacionada para a liberdade, a Universidade é *eo ipso* chamada à *universalidade*, pondo a sua mensagem a riscar o espaço sem exibir passaporte nem pagar alfândega. Fazendo soprar o vento renovador do saber, sem reconhecer imunidades, menos ainda a *bunkers* de tirania, alicerçados sobre o desconhecimento. Como pudemos observar no nosso livro *Criminologia* (1984), uma teoria científica actua sempre como "uma discreta necrologia ou apologetica de algum sistema social".

Esta vocação para a universalidade explica que a Universidade tenha começado a *"construir a Europa"* séculos antes de a nossa própria geração se representar como "construtora da Europa". Porque uma imagem vale mil palavras, bastará convocar a imagem do que seria por exemplo, em pleno séc. XIII, uma aula na Universidade de Paris. Para onde acorreram, em busca de saber, estudiosos de "toda a Europa", vale dizer de "todo o mundo": italianos como BOAVENTURA, TOMÁS DE AQUINO, alemães como ALBERTO MAGNO, ULRICO DE ESTRASBURGO, flamengos e valões como GAUTHIER DE BRUGES e HENRY DE GAND, britânicos como ROGER BACON, DUNS ESCOTO, GUILHERME DE OCCAM, espanhóis como XIMENES DE TOLEDO ou portugueses como PEDRO HISPANO, para nomear apenas nomes cimeiros.

Se é assim, em geral, é-o também para a ciência jurídica, a jurídico-penal incluída, pese o facto de ela versar sobre a disciplina jurídica mais marcada pelos tropismos da idiossincracia e da tradição nacional. Sem prejuízo de se revelar particularmente atento à tradição pátria e cioso das suas realizações e das suas específicas instituições e figuras, FIGUEIREDO DIAS fez sempre caminho na companhia e em diálogo com os nomes maiores da ciência jurídica europeia. E imprimiu à sua investigação a marca da transparência e comunicabilidade com a ciência que vai fazendo curso além Pirinéus. Fala a mesma linguagem, tem subjacente a mesma metalinguagem, obedece à mesma gramática, faz guarda e vigília pela mesma constelação de valores. Não admira que a sua voz seja escutada nos mais exigentes foros internacionais; e que seja possível referenciar sinais do seu legado científico no cimento com que se vão edificando as instituições supra-nacionais de amanhã. E que nos palcos internacionais tenha colhido louros e recebido consagrações –como a eleição, por vários mandatos, para a Presidência da *Fondation Internationale Pénale et Pénitenciaire*– dificilmente imagináveis para um estudioso deste canto da Europa.

6. Convoco, em segundo lugar, uma lição atinente aos problemas de fundo, mais

precisamente aos problemas de *legitimação material* do direito penal –dos fundamentos e limites do punível e do sentido e função das reacções criminais, particularmente da pena– afinal de contas, os problemas das coisas *últimas* do direito penal, o seu alfa e omega.

a) Um pano de fundo sobre o qual releva, claramente recortado e sublinhado, o axioma de que só o *contrato social*, a sua salvaguarda e tutela podem emprestar legitimação à criminalização e punição. Uma entre múltiplas formulações em geral invocadas para significar que, no contexto dum mundo secularizado e duma sociedade democrática e plural, o direito penal terá de prosseguir finalidades, valores ou interesses imanentes ao próprio sistema social. Outra forma de dizer que o direito penal só está legitimado a intervir para *proteger bens jurídicos de eminente* e *reconhecida dignidade* e *para promover a (re)integração ou socializaçãao do delinquente.* Pela negativa, o direito penal não pode estar vergado ao peso de transcendentes representações, teodiceias ou cosmovisões, de raiz religiosa, metafisica ou ideológica. Acolhendo-nos à asserção de MORRIS/HAWKINS, de que FIGUEIREDO DIAS confessadamente gosta, "do ponto de vista do direito penal, cada um tem o inalienável direito de ir para o inferno à sua própria maneira, contanto que no caminho não mate nem roube ninguém". No que vai coenvolvido um programa político-criminal que está longe de ter obtido consagração cabal no direito positivo português. Onde é possível referenciar incriminações que não têm outra legitimação para além de um atávico paternalismo moralista, apostado em desviar as pessoas do pecado. Como sucede, por exemplo, com o crime de *Lenocínio* com adultos (artigo 169.°). Que, com o aplauso do Tribunal Constitucional, mas com a exprobração expressa de FIGUEIREDO DIAS, o legislador português persiste em preservar, depois de em 1998 ter cortado o último laço entre a incriminação e o bem, jurídico: a *liberdade e a autonomia sexual* do adulto. E ter fechado a única porta de legitimação.

b) Por ser assim, também a pena terá de perder aquela "majestosa dignidade desprendida de fins" (MAURACH), própria das concepções retributivas, e que lhe foi reconhecida por KANT e HEGEL. Que, a um tempo em que o iluminismo ocupava já o zénite, vieram prestar homenagem e apresentar nova fundamentação e legitimação à doutrina da retribuição-expiação, recorrente na história, desde a noite dos tempos. Esta foi, nomeadamente, a posição dos pré-socráticos, com destaque para HERACLITO, um dos seus expoentes mais enigmáticos e fascinantes, que estendia a ideia retributiva à

sorte das próprias estrelas. Isto porquanto, acreditava o filósofo "obscuro" de Éfeso, se porventura o sol violasse as regras e se desviasse da rota, lá estariam as Erínias da vingança para o punir e compeli-lo a retomar a trajectória. Esta foi também a posição que sob o magistério e o domínio da mundividência cristã, dominou a teoria e a *praxis* penais na Europa, até ao advento da ruptura epistemológica, filosófico-cultural e política do iluminismo. Mas não é esta a posição de FIGUEIREDO DIAS. Que revendo-se no enunciado do Projecto Alternativo, dos anos 70 –a pena é uma amarga necessidade duma sociedade de seres imperfeitos– recusa que a pena possa encontrar a legitimidade em si mesma, *ab-soluta*, desligada de fins.

O que reconduz a pena ao étimo de legitimação do próprio direito de punir: *proteger bens jurídicos e promover a ressocialização do homem delinquente.* Com a ressalva, expressa e sublinhada, de que, em qualquer caso, falece ao Estado legitimidade para decretar e impor coercivamente a ressocialização, em nome de qualquer paternalismo terapêutico ou de quaisquer padrões de normalidade ou superioridade moral. O que equivale a denunciar e recusar tanto o *ethos* de um *therapeutic state*, como a exigência de uma metanóia ou conversão forçada, mesmo em direcção aos valores de mais consensual eminência constitucional. A ressocialização é apenas um direito do cidadão delinquente, radicado na sua dignidade pessoal; e, reversamente, uma obrigação para o Estado, como prestação coenvolvida na densidade do Estado social, obrigado a *oferecer* também a oportunidade de seguir na vida à margem do crime e das reacções formais; do lastro de estigma e distância social e das carreiras de criminalidade e marginalidade, por elas induzidas. Mas os termos não são reversíveis: nada mais perverso e intolerável do que encarar a ressocialização como *direito do Estado* e *obrigação do ciudadão-delinquente*, no modelo denunciado por *Laranja mecânica* ou *Voando sobre um ninho de cucos.* No contexto de um Estado de Direito assiste, sem dúvida, legitimidade ao Estado para punir o assaltante de um banco. Só que o assaltante pode continuar livremente a cultivar os valores da sua contra-cultura. E a acreditar com BRECHT que o crime de assaltar um banco bem pouca coisa é comparado com o crime de ter um banco. Na lição de FIGUEIREDO DIAS, a estrada de Damasco da ressocialização é necessariamente iluminada pela autonomia insindicável da pessoa. E por aquele incorrigível optimismo antropológico –que espelha a tradição e a alma do pensamento penal português, desde LEVY MARIA JORDÃO, passando por BELEZA DOS SANTOS e EDUARDO CORREIA– e segundo o qual, em princípio, não há incorrigíveis.

Pelo menos, nenhum delinquente pode, à partida, ser tratado como tal.

7. A lição de fundo sumariamente recenseada prolonga-se e repete-se na *postura metodológica*, a terceira lição que me proponho recuperar.

a) Aqui avulta a preferência por uma abordagem *teleológico-racional*, tanto dos enunciados de princípio como das categorias da arquitectura dogmática da infracção criminal. Perspectiva metodológica que emerge como reverso da dessacralização do direito penal, que aquela lição de fundo traz consigo. Isto porquanto uma compreensão do direito penal a partir da função que lhe é cometida, sugere naturalmente modelos de pensamento e categorização portadores de coeficientes de plasticidade, alternatividade, relatividade e contingência.

O penalista deixa de orientar os passos na busca das constantes antropológicas duma imutável e dada *natureza das coisas*, colhida na contemplação cosmológica, recebida da revelação, alcançada na meditação ôntico-metafísica ou na experimentação empírico-naturalística. Em causa não está des-velar "verdades" escritas nas estrelas ou inscritas *in corde hominis*, mas prescrutar o mundo e a vida, descobrir a raiz do confuto e da angústia e verter sobre ela o bálsamo possível. E no caminho, referenciar e reconformar –no seu conteúdo, compreensão, extensão, resistência específica e topografia sistemática– as categorias ou pedras com que se (re)erige o "sistema" dogmático, a oferecer ao intérprete e aplicador da lei e aos seus destinatários.

b) É um caminho feito com a consciência actualizada dos riscos que comporta. Logo o risco do estigma de cedência a racionalidades puramente instrumentais, vazias de densidade axiológica, obedecendo a lógicas de mero eficientismo. Nenhuma objecção seria, todavia, mais injusta. Não se trata, longe disso, de renunciar ao irrenunciável absoluto, ao imponderável, que, apesar de tudo, continua presente no direito penal: a eminente *dignidade* que o Homem traz consigo; e a *justiça material*, que persiste como valor, dimensão e aspiração transcendental de toda a sociedade digna desse nome. São estes e não outros, os "verdadeiros" deuses do direito penal. E para os servir, para celebrar o seu culto, pode ser necessário limpar o caminho de todos os ídolos. Mesmo daqueles que, com irrecusável pertinência, foram a seu tempo inventadas pelo "intelecto agente" ao serviço da ciência penal.

O que explica a posição de FIGUEIREDO DIAS sobre a *culpa*. Que persiste como lugar incontornável e trincheira de garantia da dignidade pessoal. Que não comporta

funcionalização na perspectiva da prevenção, não se deixa modelar à medida das necessidades da prevenção nem converter em instância de superação da complexidade emergente da prevenção. Nem é redutível, como alguns pretendem, a um mero "derivado da prevenção". A *culpa* é erigida em fonte de irritação e barreira às pretensões da prevenção, que é incapaz, em qualquer das modalidades, de segregar limites à prossecução das suas metas. Face à propensão conatural da prevenção para maximizar a eficácia, só a culpa emerge como obstáculo a instrumentalização do Homem, já denunciada por KANT.

8. A terminar, uma quarta e última lição que, de algum modo, transparece dos lugares já visitados. E, por isso, uma lição-síntese que, por exigências de comodidade, designarei por lição de horizonte ou *compreensão histórica*.

a) FIGUEIREDO DIAS leva já consigo quase cinquenta longos e proficuos anos de investigação e ensino, nos quatro cantos de Portugal e praticamente em todos os continentes do mundo. Cinco décadas que terão sido, a todos os títulos, das mais dionisíacas da história da humanidade. Assistiram à sucessão, a uma cadência sem precedentes, de estrepitosas fracturas e transformações na política, na economia, na cultura, nos arranjos sociais, no conhecimento científico e nas realizações tecnológicas. Fracturas que, umas vezes, selaram avanços de Prometeu duma humanidade à procura de admiráveis mundos novos, fazendo nomeadamente recuar as fronteiras da dor e do sofrimento; por vezes frustrando, mesmo, as expectativas da morte e aumentando em escala dificilmente avaliável, as oportunidades de realização pessoal e de comunicação intersubjectiva. Mas, que outras vezes, trouxeram no bojo tragédias que, quando não colocaram a Europa ou o Mundo em vésperas de Apocalipse, lhes deixaram o corpo e a alma cobertas de chagas em carne viva.

Aberto ao mundo e à vida, FIGUEIREDO DIAS soube sempre sentir e interpretar os choques e as ondas de propagação dos eventos, encarando abertamente os desafios e procurando dar-lhes a resposta, ao nível e na medida em que o pode fazer a reflexão, a escrita e a lição do jurista. E, sendo caso disso, o seu grito de protesto, revolta ou reivindicação.

Chegou à investigação ao tempo em que a cultura e a filosofia eram dominadas pelos pensadores existencialistas, conseguindo estugar o passo para acompanhar o movimento filosófico e ter alguns dos seus protagonistas –M. SCHELER, M. MÜLLER, JASPERS, HEIDEGGER ou SARTRE– como interlocutores de diálogo e de controvérsia. Do

lado da ciência penal era o tempo em que a luta de escolas –travada sobretudo entre o normativismo neokanteano e o finalismo de WELZEL– era levada ao rubro. Com as posições entrincheiradas de um lado e de outro, numa manifestação única de proselitismo e ortodoxia, em que nenhum dos lados se mostrava disposto a abrir o diálogo e a lançar pontes. Este foi, de resto, um dos primeiros grandes desafios da sua experiência científica. Propenso a romper monolitismos escolásticos, cedo viria a revelar a recusa de um qualquer alinhamento disciplinado na querela entre normativistas e finalistas. É o que bem espelha o trabalho do jovem assistente, publicado logo em 1961, sob o título *Crimes Preterintencionais e Responsabilidade pelo Resultado.* Um exercício a denotar, a par de coragem, uma capacidade única para enfrentar, de forma penetrante e clarificadora, as mais exigentes e complexas questões da dogmática penal. Buscando para tanto lição e luz lá onde bruxuleia uma candeia, indiferente a impérios ou colónias de escolas. Segundo a lição de FIGUEIREDO DIAS, não faz sentido encarar as diferentes escolas –os grandes modelos de construção sistemática da infracção criminal, que correm sob as designações de *positivismo-causalismo, normativismo neokanteano, finalismo ôntico-antropológico* e doutrina *teleológico-racional*– como credos oferecidos, em alternativa e exc1usividade, a adesão. Em que a entrada numa escola obrigaria a fechar a porta à influência "nefasta" das demais. A postura terá, pelo contrario, de ser aberta e antidogmática: olhando cada uma das escolas como contributos epocais, vinculados a um determinado ambiente filosófico-cultural. Na certeza de que elas vão, progressivamente, elevando a doutrina a patamares mais elevados, mais densificados de compreensão e fecundidade explicativa. Nenhuma escola podendo ter realizado o seu percurso se não tivesse podido contar como o legado das que historicamente a precederam. Não podendo, por isso, nenhuma delas aspirar a valer como a *ultima Thule* imaginada por VIRGÍLIO. Nas ciências criminais, como na ciência em geral, a *ultima Thule* é, sempre e tão só, a penúltima *ultima Thule.*

Enquanto isto, atento às sombras de arbítrio que as experiências totalitárias deixaram atrás de si, curou de armar o direito, e sobretudo o processo penal, com as resistências bastantes para obviar a tão sinistra memória. Conheceu a emergência e o triunfo do Estado Social, o Estado da *Fürsorge* e da *solicitude* pela sorte e pela felicidade ou, ao menos, por limiares de felicidade compatíveis com a dignidade humana da pessoa, de toda a pessoa. Estado Social cujas exigências e implicações interpretou de forma autêntica; e a beneficio do qual e em nome do qual ofereceu uma

consistente e inovadora revisão dos alicerces do pensamento penal, preparando o para o salto em frente que o novo arranjo politico e social reclamava.

Confrontado *com* o *pathos* do indivíduo que se desvia dos padrões codificados de "normalidade", procurou a lição da psiquiatria e também da antipsiquiatria, para denunciar e verberar os mode1os de *social manufacture of madness,* de produção e reprodução institucionalizada da "doença mental". E apostando, também aqui, por trilhar caminhos e procurar soluções ainda suportáveis pelo axioma da dignidade.

Mais recentemente, esgotado o tempo breve do que chegou a acreditar-se o advento duma "democracia melancólica", asséptica de conflitualidade, como seria próprio do "fim da historia", assistiu à entrada em erupção de novas formas de criminalidade, de dimensão, sofisticação, complexidade e violência sem precedentes. As palavras-chave são agora *crime organizado, transaccional* e *transnacional,* e *terrorismo* à escala mundial. Como se de repente se levantassem do chão os velhos movimentos milenaristas, animados dos mesmos credos escatológicos e do mesmo "fun-damentalismo assassino" (STEINER). Só que agora armados de meios nunca antes imagináveis de destruição e de morte. Noutra direcção, emergem tópicos como globalização, *sociedade do risco, exaurimento do planeta e dos recursos de suporte da vida,* e manipulação *genética.* Como se o Homem estivesse tão próximo do sonho sempre legítimo de tocar as estrelas, como da *hybris* de abrir a porta a um novo Génesis. Tudo a emprestar plausibilidade à (u)topia de um futuro mais ou menos remoto em que, por sobre não haver terra para habitar, pode não haver pessoas à procura de habitação. Pelo menos pessoas portadoras da dignidade e da insindicável e improgramável autonomia, tais como hoje as compreendemos.

b) Esta experiência da história, à medida dos trabalhos e dos dias de FIGUEIREDO DIAS, projecta-se sobre uma vivência histórica de outra e mais alargada amplitude: a história à medida das etapas maiores da peregrinação do Homem a fazer História e a fazer-se na História. Uma outra dimensão do estudo e da reflexão de FIGUEIREDO DIAS, que lhe permitiu colher ensinamentos dos nomes cimeiros da civilização universal, como PLATÃO, S. AGOSTINHO, DUNS ESCOTO, SUAREZ, BECARIA, KANT ou HEGEL, BINDING ou LISZT. O que, não raro, terá acontecido tendo por ambiente a música de BACH, SCHUBERT, MOZART ou, noutra pauta, ADRIANO ou ZÉ AFONSO. E aproveitando os intervalos para subir à *Montanha Mágica* e aí, sob a liderança do intransigente e límpido humanismo de Setembrini, alimentar a tertúlia interminável, sobre a condição e

o destino do Homem.

Um horizonte de compreensão e enquadramento que lhe terá emprestado a consciência da relatividade histórica de coisas que outros olhares terão interpretado como a epifania da consumação dos tempos. E o fez acreditar que, por mais fundas que sejam as suas raízes, por mais eco que encontrem nas aspirações do individuo ou da comunidade, as palavras e os gestos dos protagonistas da História, individuais ou colectivos, nunca passam de estádios intermédios, à espera da superação e da ultrapassagem. Por ser assim, recusou a "cristalização de um qualquer passado paradigmático ou a entronização de um sistema perene" (MIGUEL B. PEREIRA). Para FIGUEIREDO DIAS só faz sentido questionar o passado, debruado sobre a "fronteira do futuro" (LUHMANN) e com saudades do futuro.

d) Viajante de tantos tempos e lugares, moveu-se sempre como os marinheiros celebrados por HORÁCIO, que passam a vida a mudar de céus, sem nunca mudar de alma *("coelum non animam mutant qui trans mare currunt").*

É o que claramente espelha a sua atitude face ao *sistema dogmático* penal. FIGUEIREDO DIAS tem side um dos cultores paradigmáticos do sistema dogmático-penal, uma das maiores realizações da ciência jurídica e que persiste como garante da liberdade e segurança, e como antídoto contra o arbítrio e a desigualdade. Estudioso e defensor do sistema, para cuja sustentação e aperfeiçoamento vem oferecendo contributos marcantes, nunca se mostrou disposto a sacrificar a vida às formas e a geometria do sistema. Pronunciando-se, em vez disso, por um *sistema aberto ao problema.* Isto é, por um sistema com a plasticidade para abraçar e servir a vida na sua tendência irreprimível para a surpresa, o centrífugo e o único de cada céu. Só o faz, porém, até se tocar o irrenunciável e o indisponível da alma, que deve estar sempre presente e presidir à descoberta do direito a aplicar às constelações fácticas segregadas pela vida.

9. É a esta luz que devem compreender-se as respostas de FIGUEIREDO DIAS aos desafios *da new frontier* em que hoje se encontram o direito e o processo penais.

a) Do lado do direito substantivo, sobrelevam as questões polarizadas por tópicos como *sociedade do risco, protecção do ambiente* e *manipulação genética.* Trata-se, fundamentalmente, de saber em que medida o direito penal recebido, depositário do ideário do iluminismo e em boa medida polarizado em torno do conceito de *bem jurídico,* pode ajustar-se as novas formas de governo da sociedade do risco e à

protecção das gerações futuras. E se, para cumprir esta nova função, o direito penal não deverá, antes, transubstanciar-se num *direito penal do comportamento*, afastando-se dos *resultados* de dano e, mesmo, de perigo. E, em última instância, abrir mão do conceito de *bem jurídico.* Noutra direcção, trata-se de saber em que medida é possível preservar a função de tutela de institutos como *culpa* e *imputação objectiva* face à entrada em força dos *entes colectivos* no terreno do direito penal.

Pesem embora as dificuldades que minam as áreas problemáticas recenseadas, a resposta de FIGUEIREDO DIAS soa unívoca: é possível e é preciso enfrentar os novos céus com a alma de sempre. Repensando os conceitos e categorias implicadas, sem abrir mão do seu património matricial de protecção e garantia. Nesta linha, é possível inventar soluções jurídico-penais para protecção das gerações futuras, como forma de preservação daquilo que e irrenunciável no modo de ser *pessoa* e de garantia de terra para viver, ar para respirar e peixe para pescar. O que coloca o direito penal numa "situação marginal" (JASPERS). Mas em que, apesar de tudo, nem tudo é radicalmente novo e desconhecido. De um certo ponto de vista, trata-se, de reassumir por dentro o étimo fundante do "velho" Estado Social, emprestando nova e alargada amplitude à *Fürsorge* e à *solicitude:* à dimensão sem limites do espaço global; e do tempo sem fronteiras do futuro, até onde pode projectar-se a danosidade e a responsabilidade dos nossos gestos. Porque é nas zonas periféricas do espaço e, sobretudo do tempo, que se encontram os mais indefesos, os que mais precisam e esperam que o Estado social se mantenha fiel aos seus valores matriciais. Então fará, por exemplo, sentido erigir o *ambiente* à constelação dos bens jurídico-criminais. E protegê-lo, se necessário, à custa de delitos *acumulativos,* cuja legitimidade podem alguns questionar. Parafraseando BERNANOS, do ponto de vista da defesa do ambiente, os pecados de uns, mesmo veniais, envenenam o ar que todos respiram.

b) O quadro não é, na perspectiva que aqui nos move, significativamente outro do lado do direito *processual-penal.* O desafio tem aqui o nome de criminalidade transaccional e transnacional, uma criminalidade que, pela imaterialidade dos seus procedimentos, vence as barreiras do tempo e do espaço. Como vence as barreiras dos sentidos: mata, normalmente de forma massiva, mas muitas vezes, não sinaliza a passagem com manchas de sangue; rouba, em dimensões infinitamente grandes, mas não deixa impressões digitais nas portas ou cofres arrombados. E acolhe-se a santuários imunes à devassa dos meios tradicionais de investigação e perseguição. Um desafio a

que as novas manifestações de terrorismo emprestaram conotações de monstruosidade trágica e elevaram a dimensões exasperadas.

Tudo a fazer subir de tom a reclamação de meios mais eficazes de perseguição e de uma mais drástica compressão da liberdade. Mas, também aqui, apenas até se atingirem as fronteiras do indisponível e do imponderável. Fronteiras para cuja definição e afirmação o Tribunal Constitucional alemão vem dando, no contexto europeu, contributos marcantes, numa sequência já dificilmente controlável de arestos proferidos na última década. Com destaque merecido para a decisão de 4.3.2004, sobre o que se design a por *grosse Lauschangriff*, a provocar ondas de choque cujo alcance final seria arriscado tentar antecipar. São fronteiras para além das quais o Estado de direito deixa de o ser, convertendo-se em Estado de guerra, a fazer a guerra ao crime e, pior do que isso, ao criminoso, sob a bandeira de um *direito penal do inimigo*, que FIGUEIREDO DIAS *ab imo* recusa. Precisamente em nome daquela mesma alma de sempre, que tem de estar irredutivelmente presente na resposta, a que não foge, às novas manifestações de criminalidade.

Isto explicará a boa estrela que tem acompanhado o *Direito Processual Penal*, porventura o mais feliz dos livros do seu incomparável acervo bibliográfico. Pensado e publicado (1974) ainda em tempo de trevas, ele surgiu como mostração de contra-cultura face à "construção social da realidade" vigente, e como ameaça anómica, a desafiar e tomar problemática a ordenação imposta. E soando, por isso, como clarim de protesto e revolta. E a verdade é que, depois de tantos anos, tantos mares e tantos céus novos, a obra mantém íntegra a pertinência, a validade e a vida da alma. Isto depois de ter influenciado e marcado indelevelmente a "constituição processual penal" da nossa Lei Fundamental. E depois de oferecer a todos –legislador, autores e tribunais– a gramática e a língua oficial da experiência jurídica portuguesa no domínio do processo penal. Mesmo que nem todos o saibam e alguns não queiram reconhecê-lo.

III

10. O bronze da "cabra da velha torre", esse esbirro de Cronos a exibir poder, do ponto mais alto da nossa Universidade, acaba de avisar que chegou ao fim o tempo da *última aula* do Doutor FIGUEIREDO DIAS, que a tradição impôs que fosse eu a dar. Como sempre acontece ao entardecer –da vida, do dia, ou apenas de uma aula– quando as formas se esbatem e desvanecem, cabe agarrar o essencial. Um dos essenciais da lição de FIGUEIREDO DIAS seria, a meu ver, esta disponibilidade permanente para, acolhendo-me

de novo ao poeta, procurar novos céus para os ver e viver com a mesma alma. E estar debruçado sobre a fronteira do futuro, à espreita e à espera de sinais de esperança, por sobre os invernos do descontentamento. Como o fazia o Profeta JEREMIAS, no mais frio dos invernos de Jerusalém –ocupada e destruída, o próprio Templo arras ado, pelos soldados de Nabucodonosor. Que, quando Deus lhe perguntou o que via, respondeu, com a aprovação expressa de Deus, que via um ramo de amendoeira.

Porque nem todos o terão presente, lembro que a amendoeira é uma arvore que floresce no inverno. E no inverno começa a espalhar a cor e o cheiro da primavera. Como lembro ao Doutor FIGUEIREDO DIAS a obrigação de continuar entre nós para nos mostrar ramos de amendoeira nos invernos que podem cair sobre o direito e o processo penais. Não me permito a blasfémia de lembrar a Deus a obrigação que tem de no-lo assegurar; mas peço-lhe, confiadamente, a graça de no-lo conceder, por muitos e felizes anos.

* * * * * *

Prof. Dr. José Ramón Serrano-Piedecasas

Catedrático de Derecho Penal, Facultad de Derecho de Toledo, Univ. de Castilla-La Mancha.
Socio de la FICP.

~*Laudatio* al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. E. Raúl Zaffaroni por su nombramiento como Doctor *honoris causa* por la Univ. de Castilla-La Mancha (29 de enero de 2004)~

Una *laudatio* académica pretende enaltecer a quien se le rinde homenaje, haciendo pública la importancia de su obra y de su enseñanza para el desarrollo de la disciplina que cultiva. Sin embargo, cuando la *laudatio* se refiere a una personalidad cuyos méritos son ampliamente conocidos y cuya presencia dentro del mundo académico es tan destacada que no necesita presentación alguna, la *laudatio* constituye un honor para quien la pronuncia.

El profesor Eugenio Raúl ZAFFARONI es uno de los juristas más renombrados en Latinoamérica y en Europa. Su ingente producción científica ha versado en campos tan diversos como la teoría del delito, la criminología, el Derecho procesal, la política criminal y los derechos humanos. Sus enseñanzas se han difundido por todas las facultades de derecho latinoamericanas hasta el punto de que sería hoy muy difícil encontrar a algún jurista de aquél vasto continente que no haya alguna vez leído u oído hablar de "ZAFFARONI". En Europa, especialmente en España, Francia, Italia y Alemania, el profesor ZAFFARONI quizás sea el penalista latinoamericano más conocido, más citado y estudiado en el ámbito de la investigación jurídico penal.

La trayectoria académica del profesor ZAFFARONI ha sido reconocida por universidades y centros de estudio de todo el mundo. En 1964 obtiene el título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral en Santa Fe (Argentina). En 1993 la Universidad del Estado de Río Janeiro le concede el título de Doctor *honoris causa*; en el año 2003 también lo harían la Universidad Mayor de San Andrés de La Paz (Bolivia), la Universitá degli Studi di Macerata (Italia), la Universidad Nacional de San Andrés de Arequipa (Perú), la Universidad Alas Peruanas de Lima (Perú) y la Universidad Nacional de Rosario en Argentina.

El profesor ZAFFARONI fue becario en 1965 de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y en 1972 en el Max Planck Institüt de Freiburg. Ha impartido docencia en numerosos centros universitarios en Argentina, Méjico, Brasil y Venezuela.

En la actualidad se desempeña como Catedrático de Derecho penal y Criminología en la Universidad de Buenos Aires.

Especial importancia tiene la labor realizada y la influencia ejercida por el profesor ZAFFARONI en el movimiento codificador americano de las últimas décadas y de manera particular en Argentina, Ecuador, Méjico, Paraguay y América Central. Su profunda experiencia en la materia lo ha convertido en uno de los mayores expertos del sistema penal y de su historia reciente en ese continente. Valga como muestra de ello su nombramiento en el año 1991 como Director General del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD).

Asimismo, su labor en el campo de los derechos humanos ha sido y es muy significativa: el profesor ZAFFARONI entre los años 1983 y 1990 dirigió el Programa de Sistemas Penales y Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; ha compartido la dirección de importantes proyectos centroamericanos financiados por la Unión Europea y el PNUD relativos a la administración de justicia como garantía del respeto y aplicación de los derechos humanos; ha sido Interventor del Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo (INADI) en Buenos Aires; por último, integró en el año 2000 la delegación oficial que rinde un informe periódico ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Pero la enorme actividad intelectual de Raúl ZAFFARONI no se agota en el escueto ejercicio de la docencia y de la investigación.

También se ha destacado como político comprometido y como eminente Juez y Magistrado. Como político, además de Diputado por la ciudad de Buenos Aires, fue elegido en 1994 y en 1996 para la Convención Nacional Constituyente por esa ciudad, llegando a ocupar la Presidencia de la Comisión de Redacción de la Constitución. Como juzgador allá por los años setenta se desempeña como Juez de Cámara del Crimen en Villa Mercedes, luego Juez Nacional de lo Criminal, Correccional y de Sentencia hasta 1984, pasando a continuación a ocupar por más de un lustro la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Desde el mes de octubre del pasado año el profesor ZAFFARONI es Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina.

A propósito de este nombramiento, el escritor Eduardo GALEANO escribía al actual Ministro de Justicia argentino Gustavo BELIZ: "Desde la otra orilla del río, me tomo la libertad de contarle que somos muchos los uruguayos que hemos recibido con sorpresa y alegría la noticia de la candidatura del Dr. Eugenio Raúl ZAFFARONI a la Corte Suprema de la Nación Argentina. Con sorpresa porque en este mundo y en estos tiempos son poco frecuentes las noticias de que la justicia existe. Con alegría porque celebramos la posibilidad de que un hombre valiente, jurista de talento, pueda ocupar este alto cargo que merece".

Nosotros también desde esta otra orilla oceánica nos alegramos de que se reconozca la honradez, la sensibilidad social y la competencia científica como las cualidades necesarias para impartir justicia. Permítannos expresarle nuestra más sincera felicitación a usted y a aquél, o aquellos, que han promovido su nombramiento.

En los años setenta el profesor ZAFFARONI escribe la *Teoría del delito*, una monografía de especial importancia para la difusión de las teorías finalistas no sólo en Argentina, sino también en toda Latinoamérica. Este pensamiento se consolida y difunde con la publicación de su *Manual de Derecho Penal* editado en Argentina diez veces, una en Perú y dos en Méjico; con la publicación de los cinco tomos del *Tratado de Derecho Penal, Parte General* reimpreso en Argentina y en Méjico, y en el año 2000 con su *Derecho penal. Parte General* obra realizada en colaboración con Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR y que ya cuenta con dos ediciones en Argentina y otra en Méjico.

Raúl ZAFFARONI no se limita a ser un mero expositor del pensamiento finalista, sino que fiel a una concepción histórica y no simplemente lógica de la dogmática le lleva a reinterpretar algunos de los aspectos de la teoría de WELZEL. Así aparece la noción de la tipicidad conglobante como lesividad o afectación del bien jurídico. El fundado recelo de una concepción material del ilícito penal escorado hacia un Derecho penal de intenciones *(Gesinnungsstrafrecht)* conduce a ZAFFARONI a proponer un concepto reducido de la tipicidad. En efecto, aquella cumpliría tal función verificando la existencia de un conflicto (conflictividad), lo que implica una lesividad objetivamente imputable a un sujeto activo (dominabilidad). De esta forma no existirá perturbación o conflictividad cuando haya acciones que no lesionan o no puedan ser atribuidas a alguien. La lesividad se comprueba constatando la afectación del bien jurídico en forma

significativa, pero también comprobando que se trata de un bien jurídico tutelado por la norma.

De esta forma, el profesor ZAFFARONI se aleja de aquellas posiciones que fundan la significación del hecho punible sobre la simple manifestación de la voluntad contraria a la norma al margen de cualquier resultado de lesión o puesta en peligro para el bien jurídico. Al contrario, su comprensible recelo al uso irracional del poder punitivo requiere a los efectos de justificar materialmente la intervención del sistema penal de una aplicación rigurosa del principio de lesividad y del principio del dolor o de la imprudencia.

Sus estudios en el campo de la sociología criminal le llevaron a publicar en 1982 una interesante monografía titulada *Política Criminal Latinoamericana: Perspectivas y Disyuntivas* y su célebre y polémico libro: *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática* político criminal, publicado en Buenos Aires en el año 1989, reimpreso en el año 1993, editado en Bogotá y en Lima en el año 1990, en Río de Janeiro en 1991 y en Italia en 1994. Fruto de estas reflexiones conformadas desde la dura realidad social latinoamericana, la diversidad cultural de su población y el precario funcionamiento de la justicia, el autor denuncia el desigual tratamiento que concede el sistema penal a los ciudadanos en atención a sus particularidades socioeconómicas.

La sociología, afirma el autor, ha permito comprobar la innegable existencia de una selección basada en las diferencias culturales y económicas que se realiza en el ámbito del sistema penal. Por esta vía el Derecho penal debilita su jerarquía científica, con el riesgo de caer en una tecnología de decisión de casos basada en una teoría del conocimiento que cierra la puerta a cualquier dato de la realidad por terrible que sea; o bien, en una construcción deducida de un funcionalismo aceptado como dogma pero carente de toda ética, basado en algo muy cercano a la razón de Estado. Existe el riesgo de que, a la vuelta de dos siglos, volvamos a la *schifosa scienza* tan denostada por Carrara. Una culpabilidad que se limitase a tomar en cuenta el reproche personal del autor, con total indiferencia a si éste ha sido seleccionado por su mayor vulnerabililidad supone una palmaria contradicción con la justicia propia de un Estado social y democrático de Derecho.

El destino de un saber cuyos datos de la realidad son desvirtuados empíricamente por la sociología más tradicional, como lo ponía de manifiesto Baratta hace un cuarto de siglo, es poco prometedor. Este tipo de razonamiento fundado en la radical reducción de

la realidad descrita por la Ley a puros predicados de valor conduce a una falacia normativista. Con ello se ha construido un edificio conceptual de dudosa utilidad. Preguntado ZAFFARONI acerca de si América Latina era "la tierra prometida" de la reciente teoría normativo-funcional manifestaba su duda acerca de la viabilidad práctica de esta teoría. En todo caso, señalaba, se trata de un sistema tecnocrático que permite ser aplicado en cualquier circunstancia y que, por lo tanto, puede llegar a servir en América Latina como excusa para "alimentar la alienación política de los penalistas que quieren mirar para otro lado e ignorar la dimensión política del Derecho penal".

Esta llamada "vulnerabilidad" de algunos sectores de la población frente al Derecho penal, ha permitido al Profesor ZAFFARONI elaborar la teoría del "error de prohibición culturalmente condicionado". Cabe entender que este supuesto tiene lugar cuando la dificultad para la comprensión de la norma está condicionada culturalmente: el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no la puede interiorizar por razones culturales. Estas reflexiones cobran especial importancia en nuestras sociedades contemporáneas debido a los fuertes movimientos migratorios y al creciente reconocimiento constitucional de la diversidad cultural.

Su interés le lleva también a reflexionar sobre la capacidad de culpabilidad del psicópata. Como es sabida imputabilidad es capacidad de comprensión del injusto y de actuar conforme a esa comprensión. Ciertamente este concepto de imputabilidad está de acuerdo con una concepción normativa de la culpabilidad y en especial con relación al sujeto, a sus procesos de formación de su voluntad. El problema reside en el hecho de que el trastorno psicopático está incluido en el Manual estadístico y diagnóstico de los desordenes mentales de la OMS y, sin embargo, no es considerado como una anomalía mental por la generalidad de los tribunales a los efectos de declarar la inimputabilidad. Preocupado, una vez más, por la suerte del hombre común, del hombre vulnerable, Raúl ZAFFARONI sí considera inimputables a estos sujetos ya que las graves distorsiones que inciden en sus capacidades afectivas con repercusión en la esfera intelectual, les priva de apreciar la existencia ajena como persona y, por consiguiente, también la propia.

Por último, desde una perspectiva dogmática, otro indudable logro doctrinal ha sido la inclusión de ciertos espacios del Derecho procesal penal en las leyes que rigen la vigencia de las normas penales sustantivas, como, por ejemplo, el hecho de considerar que la prisión preventiva y otras medidas de injerencia en los derechos individuales se

rijan por las reglas y principios que regulan la vigencia temporal y espacial de la ley penal.

En 1983 aparece el libro titulado *El preso sin condena en la América Latina y el Caribe* escrito en colaboración con Elías CARRANZA, Luis Paulino MORA y Mario HOUED. En él se plantea la desinstitucionalización de la prisión preventiva, la incompatibilidad radical de esta realidad con el desarrollo social y se ofrecen una serie de medidas a corto plazo dirigidas a solucionar el problema. El mensaje de fondo recoge la inquietud ya expresada por NOBILI y otros procesalistas italianos en el sentido de que el proceso tiene una inevitable dimensión penalizadora. "Hoy, afirma NOBILI, asistimos a un progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción como momento de restauración del orden violado y a una correspondiente recuperación de la finalidad de prevención y de intimidación, de manera pronta y ejemplar, dentro del juicio penal... Es el proceso que se convierte en pena, por retomar la recordada ecuación carneluttiana". Pues bien, en esta transfiguración del proceso la prisión provisional desempeña un papel nuclear. En este sentido la prisión provisional aparece como un problema. Se diría, en palabras de Perfecto Andrés IBÁÑEZ, que es el problema por antonomasia del proceso penal. Sobre todo del proceso penal de los países que se han dotado de una disciplina constitucional que gira formalmente en torno al principio de presunción de inocencia.

En suma, Raúl ZAFFARONI no sólo es autor de una magnífica obra científica, no sólo es un Magistrado estimado, es sobre todo una gran persona. En un comunicado de adhesión a su candidatura a la Corte Suprema la Universidad de Salta decía: "Que la postulación de Raúl ZAFFARONI, un hombre de la universidad pública y gratuita, merece la adhesión del arco universitario porque, además, es una figura comprometida con los valores de la vida, de la paz, la democracia, la igualdad de oportunidades y el ideario de una justicia que de respuestas concretas a la sociedad toda".

Como universitarios y doctores de esta nueva y dinámica Universidad de Castilla-La Mancha y desde esta vieja ciudad, otro ejemplo de tolerancia cultural, nos sentimos profundamente honrados de tener a este "hombre de la universidad pública y gratuita", eminente jurista, hoy entre nosotros.

* * * * * *

Prof. Dr. Adán Nieto Martín
Catedrático de Derecho Penal, Facultad de Derecho de Ciudad Real,
Univ. de Castilla-La Mancha.

~Zaffaroni v. Beccaria: *Laudatio* al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. E. Raúl Zaffaroni con motivo de la entrega de la Medalla Cesare Beccaria de la Sociedad Internacional de Defensa Social (4 de octubre del 2018)~

No es tarea sencilla hacer esta *laudatio*. Nuestro admirado Raúl ha sido ya galardonado con cuarenta doctorados honoris causa, lo que supone un número similar de discursos y escritos glosando su extensa e inconmensurable obra. No caigo en exageración alguna si indico que nunca las ideas de un penalista hispano tuvieron una repercusión y auge semejante. El profesor ZAFFARONI ha hecho algo más que escuela. Sus ideas constituyen parte pensamiento político de al menos dos generaciones de latinoamericanos. Salvando todas las distancias que uno quiera, la influencia ejercida por Raúl ZAFFARONI ha sido de la misma naturaleza que la que ejerció en su día la obra de Cesare BECCARIA. Una influencia que va más allá de lo puramente académico o técnico, y que ingresa en el terreno general de la historia de las ideas políticas.

La concesión de la medalla Cesare BECCARIA representa una buena ocasión para comparar el pensamiento de ambos autores. El resultado que arroja tal comparación, y que puede adelantarse ya, es que el pensamiento de Raúl ZAFFARONI es absolutamente postbecariano, en cuanto que supone una comprensión bien distinta de las funciones del derecho penal y de sus principios limitadores.

Este nuevo paradigma –resulta una obviedad decirlo– conlleva una profundización en las garantías del derecho penal liberal, que tiene como punto de partida una reformulación de los fines de la pena y por tanto del ejercicio del *ius puniendi* estatal.

La obra de ambos maestros parte de la misma preocupación: el estado y el ejercicio del *ius puniendi* como amenaza para los ciudadanos. BECCARIA se enfrentó con el derecho penal de la monarquía absoluta, para construir como contramodelo, el derecho penal liberal. Raúl ZAFFARONI ha tomado como contramodelo, el estado aberrante que asoma por primera vez su pezuña en el libro de las brujas, el *Malleus Mallefircorum*, pero que en realidad él ha visto mucho más de cerca en el fascismo europeo, en las dictaduras que han arrasado Latinoamérica en la segunda mitad del siglo

XX y sobre todo y en la actualidad en el descarnado estado neocolonial que hoy predomina también en muchos países de la región. "Es una ingenuidad política peligrosa –señalaba recientemente ZAFFARONI– percibir la situación actual de Latinoamérica fuera del marco del colonialismo". Sin tener en cuanta esta experiencia personal, semejante a la que experimentaba el maestro de Milan ante las atrocidades penales del estado absoluto, es imposible acercarse a sus planteamientos.

La base del pensamiento de Raúl ZAFFARONI, su teoría negativa de la pena, solo puede entenderse en el marco del modelo del estado aberrante. Esto es probablemente lo que más nos choca y desconcierta de su obra a los penalistas europeos, que en nuestras cabezas tenemos mayoritariamente un modelo de estado mucho más benévolo, como es el estado constitucional y social. Frente a ZAFFARONI y su realidad la mayoría de nosotros seguimos siendo hijos del derecho penal del estado social y democrático que se plasmó en los años sesenta en el proyecto Alternativo alemán.

Para la teoría negativa de la pena del estado aberrante, la pena es un mero ejercicio de poder, semejante a la guerra o a las ejecuciones extrajudiciales o a los secuestros realizados por el estado. Por ello el fin del derecho penal no es otro que el de limitar este ejercicio de poder cuando lo realizan las agencias estatales creadas para este fin. Si algo se asemeja el derecho penal es al derecho internacional humanitario, que limita la guerra, sin preguntarse si ésta es útil o justa. Esta función de límite, de contención del terror, y no de justificación es la función del derecho penal y por ende del trabajo de las penalistas.

Por esta razón nuestro homenajeado plantea un paradigma de derecho penal distinto a BECCARIA. Para BECCARIA la imagen del derecho penal era la espada de doble filo que protegía a la sociedad previniendo comportamientos dañosos socialmente al mismo tiempo que garantizaba los derechos de los ciudadanos frente al estado. Para ZAFFARONI el derecho penal no es una espada, sino una navaja con un único filo cuya única función es proteger a los ciudadanos del estado. En este sentido, el modelo de ZAFFARONI supera incluso la propuesta del derecho penal mínimo, que es un paradigma de derecho penal aun en la órbita de BECCARIA y que nos propone en realidad una espada deforme o asimétrica, con un perfil mucho más afilado que el otro.

Con este punto de partida substancialmente distinto los principios liberales del derecho penal se transforman en la obra de ZAFFARONI. No están sujetos a ningún tipo de ponderación o restricción con el fin de atender al fin beccariano del derecho penal

que es la prevención de comportamientos dañosos. Su única finalidad es domar, limitar la furia del poder estatal en una batalla sin cuartel. Por eso los principios en la obra de ZAFFARONI se tornan en principios radicalmente garantistas. Es lo que ocurre por poner un único ejemplo con el principio de determinación, que se completa con el principio de máxima taxatividad interpretativa dirigida al juez, según el cual las dudas interpretativas deben resolverse siempre a favor de la menor incriminación.

Pero la originalidad del pensamiento post-beccariano de Raúl ZAFFARONI va más allá de la exasperación garantista de los principios básicos del derecho penal. Sino que ha servido para formular un "ciencia del derecho penal completa", que aun criminología, política criminal y dogmática. Claro está que con una finalidad diametralmente opuesta a la de VON LISZT.

La criminología zaffaroniana tiene como objeto el comportamiento del poner punitivo del estado aberrante.

Parte central de su criminología consiste en analizar el decisivo papel de los medios de comunicación y la industria del entretenimiento como herramientas del poder punitivo. El estado aberrante se sirve de ellos para crear una realidad de inseguridad, pero también y sobre todo para vincularla con determinados estereotipos de personas que serán los enemigos de las clases medias aterrorizadas y a su vez las víctimas del poder punitivo. Esta forma de operar denota un racismo clasista que impregna las demandas de criminalización y la actuación de la policía y que es visible cuando se visita cualquier centro penitenciario y se comprueba quiénes son sus huéspedes y cómo viven.

La misma construcción mediática de la realidad sirve a ZAFFARONI para alertarnos acerca de las demandas punitivas de movimientos sociales como el feminismo o el ecologismo.

Una política criminal inteligente, es decir limitadora de la violencia estatal, pasaría por una desmonopolización y por tanto democratización de estos medios. Con ello obtendríamos una visión más ajustada y quizás más humana de la criminalidad.

Dentro de este nuevo saber criminológico, y retomando enseñanzas que proceden de la teoría del etiquetamiento, se distinguen en el pensamiento de ZAFFARONI entre poder punitivo y poder jurídico. Se trata de romper un mito o un hábito de pensar. Los jueces o los fiscales –la base del poder jurídico– no aplican las leyes que dicta el

legislador, utilizando a la policía y a otras agencias ejecutivas. Más bien ocurre al contrario. Son las agencias ejecutivas quienes dentro del espectro de comportamientos delictivos que les abre el legislador, seleccionan a los delincuentes. La función de jueces y fiscales es operar como luces de un semáforo de contención jurídica. Su función es decidir si sigue, luz verde, o se interrumpe, luz roja la selección realizada por el poder punitivo y sus agencias ejecutivas.

Una de las aportaciones más novedosas de la criminología zaffaroniana es la explicación del genocidio, que no es otra que la desaparición de cualquier límite al poder punitivo. El genocidio constituye una tendencia natural del poder punitivo. La ausencia de límites unida al racismo clasista que suele cimentar las demandas de seguridad provoca las masacres. Por esta razón, la principal misión del derecho penal y del poder jurídico debe ser la prevención del genocidio.

A partir de este modelo de explicación de la criminalidad y del funcionamiento del ius puniendi, con absoluta coherencia, propone cuál es el papel de la ciencia penal. Nuestra tarea debe ser también operar como límite de contención del poder penal del estado aberrante. Nuestros destinatarios principales no son ni el legislador, ni las agencias ejecutivas como la policía que seleccionan los candidatos a la criminalización, sino los jueces y fiscales que ejercen un poder jurídico y por tanto limitador. Nada por tanto de construir una lógica jurídica, capaz del aplicar cualquier norma que le pongan ante sí. La dogmática como tecnología de la aplicación del derecho tiene como principal objetivo la contención del poder punitivo, aumentando y mejorando las armas del poder jurídicos es decir, de jueces, abogados y fiscales. Parafraseando a Julio CORTÁZAR "El Derecho penal. Modelo para armar."

En la trinchera de las garantías jurídicas desde luego también existen normas. El derecho internacional de los derechos humanos y los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones. Una de las construcciones más celebradas de Raúl ZAFFARONI en su carrera judicial ha sido el denominado control de convencionalidad. Mediante el cual se examinaba la adecuación de las normas nacionales con el derecho internacional. Esta construcción es un ejemplo del método y el norte al que debe atender el quehacer jurídico que no es otro que la necesidad de perfeccionar al máximo la interpretación de todo el derecho en base a las normas fundamentales consagradas en los derechos humanos.

Esto es precisamente lo que en una de sus últimas obras ha denominado "el derecho penal humano". Este se compone, de un lado, con la exacerbación garantista que los principios penales experimentan en su obra y, de otro, con la desacralización de la ley infraconstitucional, cuya validez el jurista debe atreverse y acostumbrarse a cuestionar a la luz de los principios constitucionales en grado de optimización máxima. No hace falte decir que desde la perspectiva de la separación de poderes el método dogmático, de aplicación de la ley, propuesto por ZAFFARONI supone un empoderamiento del poder judicial, frente al legislativo. Pero es que esta es precisamente la única vía de dominar la tendencia natural hacía el genocidio del poder penal.

Recientemente Raúl ha abierto un nuevo camino dentro del derecho penal constitucional en el que explora el potencial de las constituciones de Bolivia y Ecuador, que abandonan el antropocentrismo del constitucionalismo europeo, y sitúa a la pachamama mama como un sujeto constitucional más, semejante a las personas con derechos constitucionales propios.

Es suma, como antes señalaba la obra de Raúl ZAFFARONI es una *Gesamtestrafrechwissenchanft,* pero desde luego en las antípodas de la que proponía von Liszt. Su criminología se centra en analizar el potencial criminal del poder punitivo y en la prevención del genocidio; su dogmática penal se orienta a su contención radical y la política criminal debe centrarse en promover cambios legislativos que minimicen la capacidad del poder de imponer discursos hegemónicos y justificadores de su poder. Al igual que su teoría de la pena, se trata también una política criminal negativa, de quien nada bueno espera del poder punitivo.

Son muy pocos los juristas que han sido capaces de proponer cambios de paradigmas. Desde luego, BECCARIA fue uno de ellos, pero tras lo dicho también lo es Raúl ZAFFARONI quien en su extensa obra ha sabido articular una nueva forma de entender el *ius puniendi* y el Derecho penal. Nadie con más méritos puede ser acreedor de la medalla que hoy se le entrega.

* * * * * *

2. Opinión y debate

Grupo de Estudios de Política Criminal

~Manifiesto sobre los límites de la intervención penal en la esfera del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión[1]~

En el delicado equilibrio entre la libertad de expresión y otros intereses dignos de tutela, en las últimas décadas se ha optado por una vía claramente expansiva tanto en el plano normativo como en el de la interpretación judicial de los preceptos penales.

Esta expansión legislativa (bajo la excusa del cumplimiento de la normativa internacional) se ha concretado, por una parte, en un sucesivo incremento de los tipos penales que sancionan conductas de expresión, y, por otra, en la utilización en aquellos de conceptos metajurídicos, de difícil definición, como "clima", "hostilidad", o incluso "odio" que han facilitado interpretaciones extensivas. Esta tendencia ha derivado en la creación de preceptos penales omnicomprensivos -como el artículo 510 del Código Penal- en los que se incluyen todas las fases de realización e intervención delictiva con la intención de evitar eventuales interpretaciones restrictivas.

Por su parte, a nivel judicial, aun en aquellos casos en los que resultaba posible una exégesis restrictiva de los tipos penales, la tendencia de gran parte de los tribunales ha ido en la línea de restringir los márgenes de la libertad de expresión.

Todo esto se ha puesto especialmente de manifiesto en los últimos años, particularmente en relación con la persecución penal de expresiones ofensivas y de mal gusto proferidas a través de las redes sociales. La gran repercusión pública de algunos de estos casos ha generado una falsa percepción del riesgo que la comunicación en las redes sociales tiene para los valores de la moral colectiva y para la propia seguridad pública. Sin embargo, los datos empíricos existentes no solo no avalan la relación entre este tipo de publicaciones y la efectiva perpetración de delitos de odio, sino que tampoco muestran una alta prevalencia de estas formas de comunicación.

Esta expansión de los márgenes de la intervención penal frente a este tipo de conductas afecta significativamente a la libertad de expresión en un Estado social y

[1] Este manifiesto del GEPC, al que pertenecen diversos patronos y socios de la FICP, está disponible en el siguiente enlace, junto con la propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión.

democrático de Derecho. El Estado no debe limitar coactivamente[2] el contenido del discurso ideológico, pues la legitimidad de las decisiones democráticas se sustenta en el debate, la crítica libre y el pluralismo ideológico. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la democracia, como espacio de juego político y como sistema que respeta la autonomía de los ciudadanos, no solo debe tolerar todas las ideologías y planteamientos, sino que exige la libertad de expresión también frente a cualquier discurso que conlleve una intervención en el espacio público, por ofensivo o molesto que pueda resultar (sin perjuicio de la implementación de políticas públicas que promuevan la tolerancia y el respeto a los derechos de todos los ciudadanos).

Por ello resulta tan preocupante la tendencia actual a restringir ideológicamente el discurso a través del Derecho penal, la imposición de narrativas oficiales por medio de la eliminación de discursos disidentes, y todo bajo la excusa de la protección de colectivos afectados por conductas discriminatorias o de la necesidad de tutela de la seguridad ciudadana.

Si, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo, "sin libertad de expresión quedaría absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática", resulta básico definir los límites a los que puede someterse un derecho tan esencial para el mantenimiento del pluralismo político y social y, por tanto, para la propia democracia.

No es discutible que la libertad de expresión, como cualquier otro derecho, pueda ser limitada. Ahora bien, deben precisarse sus límites teniendo presente que hay que aceptar la existencia de un núcleo esencial que tendría que resultar intangible, y es aquel que afecta a la propia configuración del pluralismo político en un Estado democrático.

Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional han ido perfilando una doctrina definitoria de tal núcleo, describiendo, además, los supuestos en los que puede limitarse tal libertad.

En particular, se admite la limitación de la libertad de expresión cuando el acto de expresión:

a) Implique la limitación de un derecho constitucional, en el sentido de un daño o lesión de un bien relacionado con la autonomía personal.

[2] Una minoría cualificada propuso sustituir "coactivamente" por "penalmente".

b) Incluya amenazas o intimidaciones a personas concretas.

c) Represente una incitación a la comisión de un delito.

Por otro lado, a estos tres límites se ha añadido el concepto del "discurso del odio", de modo que todo lo que sea etiquetado como tal queda automáticamente fuera del amparo de la libertad de expresión.

Estos límites plantean numerosos problemas: ¿Qué lesiones y qué derechos justifican la intervención penal? ¿Es legítima la protección de sentimientos o la criminalización de emociones como el odio?

Por ello, entendemos que resulta esencial que la intervención penal en este ámbito, como debe hacerlo en todos, se guíe por los siguientes principios:

1. Intervención mínima (evitando acudir al Derecho penal cuando resulten suficientes, p. ej., el Derecho privado o medidas de prevención primaria).
2. Legalidad y taxatividad (evitando preceptos vagos y omnicomprensivos, como el actual 510 del Código Penal).
3. Lesividad y materialidad de la acción (más que discutible en preceptos como el art. 578 del Código Penal).
4. Proporcionalidad (evitando acudir a penas privativas de libertad para la punición de esta clase de conductas).

De todo ello se deriva la necesidad de una profunda reforma del Código Penal, en la línea de despenalizar o modificar[3] todos aquellos delitos de expresión que no superen estrictamente el test de los mencionados principios.

La compleja situación que atraviesa en nuestro Estado la libertad de expresión, clave de bóveda de toda sociedad democrática, requiere, sin duda, una apuesta decidida por la maximización de dicha libertad.

En Jerez, a 25 de mayo de 2018

* * * * * *

[3] Una minoría cualificada propuso eliminar el inciso "o modificar", dejando sólo la mención a "despenalizar".

3. Estudios

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, Madrid. Presidente de honor de la FICP.

~Ejercicio legítimo de derecho y cumplimiento del deber. Cuestiones generales*~

I. ALCANCE Y SENTIDO DEL ART. 20, 7.º

1. Remisión a todo el ordenamiento; relación entre estas causas de justificación

Según el art. 20, 7.º CP está exento de responsabilidad criminal: "El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo". Con ello se reproduce la tradicional fórmula recogida en el art. 8, 11.º CP 1944, pero en cambio el art. 20 CP no menciona expresamente la obediencia debida, a la que se refería el art. 8, 12.º CP 1944, porque se considera que no es más que una forma de cumplimiento de un deber. Estas causas de justificación, que están bastante relacionadas entre sí, remiten a todo el ordenamiento jurídico, donde se contienen derechos y deberes que legitiman conductas que encajan en el tipo positivo de diversos delitos. El ejercicio legítimo de una profesión u oficio y el del cargo suponen, o bien el ejercicio de facultades (derechos) de tal oficio o cargo, o bien a veces incluso el cumplimiento de deberes profesionales o del cargo; por eso algunos autores[1] señalan que el art. 20,7.º se puede reducir a ejercicio del derecho o cumplimiento del deber. Ello es formalmente cierto, pero en el aspecto material el ejercicio (de derechos o deberes) del oficio o del cargo suponen una designación plástica y más específica de los correspondientes ámbitos[2].

2. Necesidad o superfluidad de su previsión expresa

Hay Códigos que sí recogen estas circunstancias como eximentes (p.ej. los CP

* Este trabajo se ha elaborado dentro del proyecto de investigación RTI2018-101401-B-I00, financiado por la AEI del Minist. de Ciencia, y que dirijo como investigador principal junto con la Prof. Dra. R. Roso en la Univ. de Alcalá, Madrid. En él desarrollo con más amplitud y con las correspondientes notas lo que ya he anticipado más reducidamente en mis Lecciones de DP, PG, 2.ª/3.ª, 2012/2016, 25/1-20, 84 s., 96-100. Los arts. sin indicación del texto legal corresponden al actual CP español de 1995.

[1] ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 252 (señalando incluso que el cumplimiento del deber puede incluirse en el ejercicio del derecho; CÓRDOBA, Coment CP, I, 1972, 360; MIR, PG, 10.ª, 2016, 18/1 ss. (señalando Córdoba y Mir que tanto en el cumplimiento del deber como en el ejercicio del derecho puede distinguirse entre los derivados y los no derivados de un oficio o cargo); CEREZO, Curso II, 6.ª, 1998, 290 ss.; DP, PG, 2008, 609 ss.

[2] Similar COBO/VIVES, PG, 5.ª, 1999, 473.

italiano, suizo, belga, holandés o japonés y la inmensa mayoría de los iberoamericanos[3]), pero existen otros Códigos (como el alemán o el austriaco) en que no se menciona expresamente estas circunstancias y sin embargo doctrina y jurispr. las admiten sin problemas como causas de justificación y por tanto eximentes. Ante esa situación, en la doctrina un sector sostiene la superfluidad del actual art. 20,7.º CP (y del anterior 8,11.º CP 1944/1973 y preceptos equivalentes en los CP españoles históricos) o de los preceptos equivalentes de los CP de muchos otros países[4]. En cambio, otros autores defienden que tal previsión expresa de estas eximentes no es superflua por diversas razones: porque llama la atención sobre su presencia a los jueces[5], porque pone de manifiesto la unidad del ordenamiento jurídico, que es más amplio que la ley[6] y además es coherente y necesaria en un sistema basado en la legalidad[7], o porque resuelve un conflicto de normas cuando el derecho o el deber se establecen por norma

[3] Así art. 51 CP ital., art. 14 CP suizo, art. 122-4 CP francés, art. 70 CP belga, arts. 42-43 CP hol., § 35 CP jap. Sobre ello y sobre la regulación en la gran mayoría de los CP iberoamericanos a comienzos de los años 60 cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado IV, 2.ª 1961, 495 ss., y aunque en muchos países hispanoamericanos hay CP posteriores a los citados en esa obra, la situación es sustancialmente coincidente: Actualmente mencionan expresamente estas eximentes los CP iberoamericanos en su casi totalidad: se recogen todas estas circunstancias en los arts. 34.4 CP arg., 10, 10.º CP chil., 20.7 CP per., 32.3-5 CP col., 65.1 CP venez, 11 I.2 CP boliv, 28 CP urug., 25 CP cub., 24, 3.º CP guat., 24.5) CP hond., 27.1) CP salv., 34.7 CP nicar.; y prevén el cumpl. del deber y ejercicio del derecho el art. 15, VI CP federal mex., el 23 III CP bras., el 25 CP costarr. y el 31 CP panam., y el cumplimiento de orden legítima y deber legal el art. 30, 2.º CP org. integr. ecuat. No las recogen el CP domin. o el CP parag de 1997, éste de influencia alemana.

[4] P. ej. GROIZARD, El CP I, 2.ª 1902, 318; SILVELA, El DP estudiado en principios y en la legislación…, I, 2.ª 1903, 139; II, 2.ª 1903, 160; MAGGIORE, Principi I, 1932, 175; QUINTANO, Curso I, 1963, 387 s.; ; BACIGALUPO, Principios DP, PG, 3.ª 1994, 154; 5.ª 1998, 274 s.; PÉREZ ALONSO, CPC 1995, 623 ss., 649 s., siguiendo a Bacigalupo y destacando que las circunstancias del actual art. 20,7.º pueden encajar en otras causas de justificación del CP, especialmente en el estado de necesidad (en contra con razón CEREZO, Curso II, 6.ª, 1998, 291 n. 6; OLMEDO, en Cobo (dir.), Coment CP, II, 1999, 504 ss.); MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 10.ª, 2019, 319 ("hasta cierto punto, es una declaración superflua"); similar ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 251, que tilda de obvio ese precepto; en el mismo sentido ya SILVELA, DP II, 2.ª 1903, 160, ya decía que había tal claridad y completa justicia en estas causas de justificación que no hacía falta largos desarrollos, pues si hay deber u obligación del oficio o cargo no es posible exigir responsabilidad "por aquello que ni puede excusarse ni puede dejar de cumplirse" y el que usa un derecho "a nadie injuria" y no hay en tal ejercicio "ni aun siquiera aspecto o apariencia criminal".

[5] Así JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado IV, 2.ª 1961, 490, e insiste en la no inutilidad en 517 ss.; aquí y en 490 ss. con amplias citas de autores de muy diversos países que no consideran superflua la mención legal; en 490 cita en el mismo sentido de la conveniencia advertir al juez de la necesidad de examinar las normas extrapenales de autorización o imposición de deberes a LOGOZ, Commentaire du Code penal suisse, II, 1955, 126; asimismo MORALES PRATS, en Quintero/Morales/y otros, Coment CP, 1996, 187; OLMEDO, en Cobo (dir.), Coment CP, II, 1999, 507; LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 25/4.

[6] Así COBO/VIVES, PG, 2.ª 1987, 323; 5.ª, 1999, 471; CARBONELL, La justificación penal, 1982, 117 ss., 125 ss.; ROMEO, EJB, II, 1995, 2677; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Ejercicio legítimo del cargo, 1995, 77 s. (siguiendo a Cobo/Vives); CEREZO, Curso II, 6.ª, 1998, 290 s.; PG, 2008, 610 y 609; OLMEDO, en Cobo (dir.), Coment CP, II, 1999, 502; QUINTERO, PG, 4.ª 2004, 510; LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 25/2-4.

[7] Así COBO/VIVES, PG, 2.ª 1987, 330 n. 2; 5.ª, 1999, 471 n. 3, en contra de la opinión de GROIZARD (cit. en n. 4) manteniendo la innecesariedad; similar CARBONELL, La justificación penal, 1982, 125: se cumple la reserva de ley, aunque sea tan sólo relativa.

anterior o inferior a la ley penal[8]; o en relación con el ejercicio legítimo del derecho, porque aparte de otros derechos, permite acoger como justificantes los derechos fundamentales y las causas de justificación supralegales[9].

En mi opinión, efectivamente aunque no se mencionaran expresamente estas eximentes en el art. 20, no habría más remedio que reconocerlas y aplicarlas –como en otros Derechos– por respeto al elemental principio de que lo que está permitido o incluso impuesto como deber por el Derecho en general no puede estar prohibido penalmente. Pero ello no se opone en absoluto a que tal principio jurídico general se pueda reconocer expresamente por el CP, y la consagración expresa de estas causas de justificación en el art. 20,7.º, aparte de contar con su larga tradición desde nuestros Códigos históricos, es útil como recordatorio de su existencia a la praxis, máxime cuando la jurisprudencia a veces defiende como principio que no cabe admitir más eximentes que las legalmente recogidas en la ley; es más, desde esa perspectiva la admisión expresa del ejercicio legítimo del derecho puede servir de cobertura legal formal para admitir causas de justificación supralegales o por analogía (p.ej. casos de riesgo permitido sin expresa admisión y regulación legal, de inexigibilidad jurídica

[8] Cfr. más ampliamente esta posición de MIR, PG, 10.ª, 2016, 18/5-7; tb. OLMEDO, en Cobo (dir.), Coment CP, II, 1999, 502-504. Sin embargo, como regla absolutamente general el ámbito de estas causas de justificación es *más específico y reducido* que el del tipo penal al que afectan, pues en el tipo (positivo) encajan todas las conductas con una determinada modalidad de ataque a un bien jurídico (p.ej. en las detenciones todas las privaciones dolosas de libertad ambulatoria mediante encierro o detención), mientras que el cumplimiento del deber o ejercicio de un derecho, oficio o cargo legitiman sólo algunos casos de dichas conductas debido a razones especiales (p.ej. los supuestos en que hay deber o derecho de detención según los arts. 490, 492 y 495 LECr). Por tanto, en virtud de la relación de especialidad –y sin necesidad de la remisión expresa del art. 20,7.º CP– la excepción de la norma extrapenal especial no quedará derogada por una posterior ley penal de ámbito general (teniendo en cuenta además que el tipo penal como tipo total de injusto lleva siempre implícita en su seno la excepción de las causas de justificación); a no ser que en algún caso hipotético un nuevo tipo penal quisiera acabar con algo autorizado por un derecho o deber, en cuyo caso la ley penal tendría que derogarlo expresamente (como reconoce MIR, PG, 10.ª, 2016, 18/6), o también salvo que se tratara de un nuevo tipo penal cuyo ámbito total, o el de alguna de sus modalidades expresamente incriminada, coincidiera precisamente con el ámbito de lo hasta entonces autorizado por un derecho, oficio o cargo o impuesto por un deber.

[9] Así se pronuncia MESTRE, Eximente de ejerc. leg. de un derecho, 2001, que, tras exponer en 31 ss. todos los anteriores argumentos de ambas posiciones, aparte de señalar la utilidad a la eximente de ejercicio legítimo del derecho para acoger la práctica deportiva y el ejercicio de derechos reales (56-59), en 61 ss., 111 ss., 129 ss., le atribuye importancia clave para acoger el ejercicio de derechos fundamentales y causas de justificación supralegales, si bien circunscribe éstas a las libertades y derechos fundamentales; lo que no comparto porque por una parte éstas ya tienen reconocimiento en la Constitución, la ley de leyes, y a veces también en regulaciones legales, y porque además son admisibles causas supralegales de justificación no conectadas con derechos constitucionales fundamentales, como el caso claro del riesgo permitido, o como la inexigibilidad jurídica general o como múltiples supuestos de justificación (que no llegue a la atipicidad) por consentimiento válido o por autorización oficial válida pero no reconocidos legalmente o por consentimiento presunto. Defendiendo su utilidad para acoger causas de justificación supralegales como el riesgo permitido no legalmente regulado, la inexigibilidad jurídica general y la adecuación social y jurídica si no llega a causa de atipicidad LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, § 25/4.

general, o de adecuación social y jurídica si no se admite ya como causa de atipicidad), apoyándolas en el ejercicio de un derecho basado en principios generales del Derecho o de origen consuetudinario.

3. Unidad del ordenamiento jurídico y causas de justificación

La remisión a la totalidad de las normas del Derecho que implica la admisión del ejercicio del derecho, oficio o cargo y del cumplimiento del deber supone según la doc. dom. el reconocimiento en este ámbito por el Derecho penal de la unidad del ordenamiento jurídico. No obstante, parte de la doctrina matiza la común afirmación de la unidad del ordenamiento jurídico en cuanto a la antijuridicidad y la licitud, destacando que, si bien es cierto que las conductas autorizadas en otras ramas del Derecho (por deberes o derechos) no pueden ser antijurídicas en Derecho penal, pues ello sería una insoportable contradicción axiológica e iría en contra de la subsidiariedad y carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, en cambio no es cierto lo contrario, ya que puede haber conductas antijurídicas en otros campos del Derecho que sin embargo desde la perspectiva del Derecho penal se consideren como no antijurídicas o prohibidas penalmente (algunos las consideran incluso penalmente lícitas o justificadas)[10].

Pues bien, efectivamente hay que reconocer la *unidad del ordenamiento jurídico a efectos de autorización o permisión* de conductas[11]: lo que está reconocido expresamente como derecho o incluso deber de actuación por cualquier rama del Derecho, no puede ser considerado antijurídico por ningún otro sector del ordenamiento y menos aún por el Derecho penal, y no sólo por el carácter de *ultima ratio* de éste (sancionando sólo los ilícitos más graves), sino de entrada porque sería una inadmisible contradicción lógica y axiológica considerar nada menos que como ilícito muy grave y por tanto penalmente prohibido lo que otra parte del Derecho autoriza como un derecho o incluso impone como deber; y además todo lo que no esté prohibido por ningún sector del ordenamiento, está permitido por el Derecho en su conjunto.

---

[10] Argumentan así en relación con la unidad del ordenamiento jurídico, p.ej. ROXIN, AT, 4.ª 2006, § 14/31 ss.; PG, 2.ª 1997, § 14/30 ss., admitiendo que en algunas conductas antijurídicas extrapenalmente y que encajan en un tipo penal puede haber en el caso concreto ausencia de antijuridicidad y desaprobación penal y admitiendo con ello la existencia de causas de exclusión del injusto penal propuestas por GÜNTHER (1983, *passim*; FS-Spendel, 1992, 189 ss.; en: Luzón Peña/Mir Puig (eds.), Causas de justificación y de atipicidad en DP, 1995, 45 ss., donde incluso las considera causas de justificación a efectos penales); MIR, PG, 10.ª, 2016, 18/3, llegando a decir: "no todo lo lícito para el Derecho penal lo debe ser para las demás ramas del Derecho".

[11] Así p. ej. JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 2002], § 31 III 1; ROXIN, AT, 4.ª 2006, § 14/31 ss.; PG, 2.ª 1997, § 14/30 ss.; LUZÓN PEÑA, PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 25/5.

Por otra parte, la conducta que esté *desaprobada y prohibida por cualquier sector del Derecho* es ciertamente *antijurídica, no permitida, no lícita con carácter general* para todo el ordenamiento jurídico; pero eso *no* significa que sea además declarada *específicamente antijurídica y prohibida por cada una de las demás ramas del Derecho*. Así p.ej. un ilícito civil no tiene por qué ser simultáneamente además un ilícito administrativo ni un ilícito penal si no encaja en el correspondiente tipo legal de infracción administrativa o de delito; y una conducta que en principio encaja formalmente en un tipo puede estar materialmente cubierta por una causa de exclusión sólo de la tipicidad penal –o del ilícito o injusto penal–, no estando por tanto penalmente prohibida, y constituir sin embargo un ilícito extrapenal (civil, administrativo, etc.) menos grave[12]. Ahora bien, en esos casos no se puede hablar de conducta lícita o justificada para el Derecho penal. Si no es lo suficientemente grave para ser considerada penalmente antijurídica (penalmente típica, es decir prohibida bajo amenaza de pena), pero sigue siendo antijurídica –desvalorada y prohibida– para otra rama del Derecho y por tanto también para el Derecho en general, por definición la conducta no es lícita ni justificada; *no hay conductas lícitas o justificadas sólo para el Derecho penal*[13]*, sino para todo el ordenamiento jurídico*, y esas son las conductas no prohibidas por ninguna norma jurídica.

4. Naturaleza y fundamento de estas causas de justificación[14]

a) Causas de justificación: fundamento

Como hemos visto, el ejercicio del derecho, profesión o cargo y el cumplimiento del deber reconocidos en alguna norma de cualquier sector del Derecho suponen, en virtud de la unidad del ordenamiento jurídico a efectos de autorización o permisión, obviamente conductas autorizadas y por tanto amparadas por causas de justificación. En una graduación de las mismas desde su valoración jurídica, el cumplimiento de un deber, en su caso derivado del cargo u oficio, precede al ejercicio del derecho, en su

[12] Cfr. ampliamente mi posición desde LUZÓN PEÑA, Causas de atipicidad y causas de justificación, en Luzón/Mir (coords.), Causas de justificación y de atipicidad en DP, 1995, 45 ss.; PG 3.ª, 2016, 20/3, 20/31 ss.

[13] Por consiguiente es equivocada la terminología de algunos que hablan de justificación penal o de causas de justificación penal: así p. ej. CARBONELL, La justificación penal, 1982; MESTRE, La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal, 2001; GÜNTHER, en: Luzón /Mir (eds.), Causas de justificación y de atipicidad en DP, 1995, 45 ss.: "causas de justificación a efectos penales"; MIR, PG, 10.ª, 2016, 18/3, llegando a decir: "lo lícito para el Derecho penal" no tiene que serlo para todo el Derecho.

[14] La posición que a continuación desarrollo en a) y b) y la graduación de valor y consecuencias de estas causas de justificación la he adelantado ya más brevemente en LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 25/6 ss.

caso facultad o derecho dimanante de cargo u oficio. En el cumplimiento del deber, la conducta se valora por el Derecho tan positivamente como necesaria que no sólo se autoriza, sino que se impone como obligatoria (lo que generalmente va acompañado además de una sanción para su incumplimiento y en cualquier caso implica para el afectado un correlativo *deber de abstención de impedir* el ejercicio del derecho, un deber de soportar la actuación debida si –pero sólo si– no puede simplemente eludirla sin resistencia o actividad típica[15], y ello incluso en los casos en que el cumplimiento del deber excluya sólo el desvalor de la acción y no el del resultado). En el ejercicio del derecho, derivado o no de cargo o profesión, la conducta solamente se autoriza o permite, siendo facultativo para el sujeto realizarla o no; dicha permisión puede basarse,

[15] Se suele hablar abreviadamente de "*deber de soportar* (*o de tolerancia, de tolerar*)", traduccción del término *Duldungspflicht*, utilizado por la dogmática penal alemana en este contexto del afectado por el ejercicio las causas de justificación como estado de necesidad, legítima defensa, ejercicio del derecho o cargo o cumplimiento del deber –así entre otros muchos ya HRUSCHKA, Strafrecht, AT, 1.ª 1983/2.ª 1988, 89 ss., 103 ss., 148 ss.; KÖHLER, Strafrecht, AT 1997, 237; KÜHL, Freiheit und Solidarität bei den Notrechten, FS-Hirsch, 1999, 259 ss.– , pero que procede de su Derecho civil, que en su BGB (Cód. Civil) y otras leyes impone múltiples deberes de soportar actuaciones de terceros p. ej. al propietario de una cosa fuente de peligro frente al estado de necesidad defensivo o defensa contra cosas del § 228 BGB, a poseedores o propietarios de fincas por razones de vecindad (§§ 905-924 BGB), o a arrendadores medidas necesarias para la conservación de lo arrendado (anterior § 554 BGB y actual ley de 2013 de modificación del Derecho de arrendamientos), etc. En la doc. de habla española el término se comienza a usar sobre todo a partir de SILVA SÁNCHEZ, Sobre las actuaciones en una "situación de necesidad" que no implican deberes de tolerancia, en *Luzón /Mir* (dirs.), Cuestiones actuales teoría delito, 1999, 155 ss.; Notstandsrechte und Duldungspflichtverletzungen, FG-Roxin: GA 2006-5, 382 ss. Sin embargo, aquí y en las siguientes ocasiones en que el texto utiliza esta expresión abreviada hay que hacer la siguiente precisión: esa terminología de "deber de tolerar o soportar" la actuación justificada es incorrecta (ya lo he apuntado más brevemente en LUZÓN, PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 21/19 y n. 1; 3.ª 2016, 22/33 y n. 6, 25/6 y n.1-2; lo destaca tb. ROXIN, AT I, 4ª, 2006, § 14/108; PG I, 1997, § 14/105), ya que **realmente el afectado en muchos casos no tiene el deber jurídico de soportar estrictamente la actuación debida o amparada por un derecho, sino que podrá eludirla**, esquivarla sin incurrir en responsabilidad; *lo que no podrá lícitamente es ofrecer resistencia a la misma ni practicar una forma de elusión que sea penalmente típica* (p.ej. alzamiento de bienes o quebrantamiento de condena), es decir que hay un deber de no impedir el ejercicio del derecho, un "**deber de abstención**" (v. mi PG, 3.ª 2016, 21/19 y n. 1, 22/33 y n. 6, 25/6 y n. 1-2); por tanto **el deber de soportar o tolerar se dará sólo cuando no se disponga de una posibilidad atípica de eludir o esquivar** como opción para no soportar tal conducta. Ahora bien, en cualquier caso el afectado no puede hacer frente a la conducta de cumplimiento del deber, ni amparado en legítima defensa (porque no sufre una agresión antijurídica), ni tampoco en estado de necesidad (defensivo), porque sería una contradicción jurídica inadmisible que el Derecho imponga al agente un deber de intromisión en bienes jurídicos y por otra parte autorizara al afectado a oponerse a esa conducta debida.

Mucho menos se puede admitir, como sostienen algunos, que el deber de soportar o tolerancia por razones de solidaridad sea el fundamento (de la autorización) de muchas causas de justificación, como éstas o el estado de necesidad agresivo o defensivo o la legítima defensa (cfr. ALPACA PÉREZ, Injusto penal y teoría de las normas, tesis Univ. León, 2019, 479 ss., compartiendo esta posición); el fundamento de las diversas causas de justificación, que hay que concretar en cada una en sus peculiaridades, reposa en la necesidad para el ordenamiento jurídico de cumplir y satisfacer adecuadamente sus misiones o funciones de proteger o salvaguardar intereses jurídicamente valiosos y en la ponderación del valor para el Derecho de tales intereses frente a los que para ello haya que menoscabar, que a veces habrán perdido valor al menos en parte por actuar ilícitamente su titular: cfr. sobre ello más ampliamente LUZÓN PEÑA, El doble fundamento de la leg. defensa, CPC 1977, 3, 101 ss., 141 ss.; Aspectos esenciales de la leg. defensa, Barcelona, Bosch, 1978, 79 ss.; 2.ª, B. Aires-Montev., BdF, 2002, 64 ss.; PG, 3.ª 2016, 21/2 ss., 22/27 ss., 44 s., 78/85, 121 s., 137 ss., 23/4 ss., 24/10, 25/6 s.

o bien en una valoración jurídica positiva de la conducta autorizada (lo que para el afectado implica un deber de soportarla o tolerarla, salvo que la acción positivamente valorada vaya a producir un desvalor del resultado, caso en que en principio al afectado le cabría estado de necesidad defensivo[16]), o también al menos en la indiferencia jurídica –la no desvaloración– de la misma: así v.gr. en algunos casos de riesgo permitido como en los deportes violentos o las competiciones automovilísticas (casos en que no hay deber de soportar la conducta por el afectado).

El fundamento de estas causas de justificación que autorizan u obligan a la lesión o afectación de algún bien jurídico reside en la *ponderación de intereses*. Pero la justificación se produce no sólo, como opina la doc. dom., cuando jurídicamente hay un interés preponderante –por diversas razones materiales que tienen en cuenta las diversas ramas jurídicas– frente a la preservación de un bien jurídico penalmente protegido, lo que fundamentará en los casos de mayor interés la imposición de un deber de intromisión y en otros casos la concesión de un derecho (o de facultades de un oficio o cargo) con valoración positiva de tal intromisión en el bien jurídico, sino que se produce también cuando hay un interés equivalente (y por ello indiferencia jurídica ante la equivalencia de intereses), lo que puede fundamentar el reconocimiento de un derecho a actuar aun sin valoración positiva de tal conducta.

[16] La acción amparada por ejercicio del derecho no es antijurídica, por lo que no cabe nunca legítima defensa contra ella; y si el derecho no sólo supone una valoración positiva de la conducta, sino que excluye también el desvalor del resultado, tampoco le cabe al afectado oponerse en estado de necesidad, porque no amenaza un "mal" en sentido jurídico (v. con amplia fundamentación LUZÓN PEÑA, Estado de necesidad e intervención médica (o funcionarial, o de terceros) en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis, REPen 1987-238, 53 ss. (47 ss.); tb. en Luzón, Estudios Pen., 1991, 185 ss. (173 ss.); Curso DP, PG I, 1996, 624; PG, 3.ª 2016, 24/14 s.). Pero si el derecho justifica sólo la acción, pero no el resultado, entonces se va a producir un desvalor del resultado, un mal jurídico y por ello el afectado puede en principio ampararse en estado de necesidad defensivo frente a la fuente del peligro, eso sí, dentro de sus estrictos límites de subsidiariedad (no poder recurrir a la autoridad o a las vías jurídicas, no poder huir o esquivar), de necesidad abstracta (no poder sacar al agente de su creencia racionalmente fundada pero errónea) y del medio concreto, de proporcionalidad atenuada o de no haber provocado la situación. Ello a no ser que en algún caso exista un precepto legal del que se desprenda que el afectado tiene que soportar la actuación pese a que le vaya a causar un desvalor del resultado; así se puede entender quizás en ese sentido lo dispuesto en el art. 491 LECr, relativo al derecho de detención practicada por un particular, cuando, tras establecer en el art. 490 los casos en que se puede detener, el art. 491 establece: "El particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior".

En cambio, frente al cumplimiento del deber, aunque en algún caso suponga sólo la justificación de la acción pero subsista el desvalor del resultado (p.ej. en el deber de detención por la autoridad de un sospechoso de delito que luego resulta inocente), en ningún caso –lo diga o no una disposición legal– se puede admitir que el afectado se oponga amparado en estado de necesidad defensivo, dado que ello supondría una inadmisible contradicción jurídica, como se ha indicado en la nota anterior.

b) Causas de justificación del resultado o sólo de la acción

Ahora bien, aunque generalmente la indicada ponderación de intereses supondrá que el ejercicio del derecho, oficio o cargo o el cumplimiento del deber excluyen tanto el desvalor de la acción como el del resultado o, dicho de otro modo, justifican la acción y el resultado, en algunos supuestos la ponderación específica de intereses da lugar a que jurídicamente se reconozca ese mismo derecho o se imponga incluso un deber de actuación cuando se excluya sólo el desvalor –objetivo o subjetivo– de la acción y aunque subsista el desvalor del resultado[17].

Sucede por tanto lo mismo que en el estado de necesidad (falta de desvalor objetivo de la acción) o en el caso fortuito y sus supuestos específicos de error objetivamente invencible de tipo o sobre los presupuestos de causas de justificación (falta de desvalor subjetivo de la acción)[18], sólo que aquí la ponderación de intereses específica de la correspondiente situación conduce a la admisión ya del propio ejercicio legítimo del derecho, profesión o cargo o del cumplimiento del deber, igual que cuando concurren los presupuestos objetivos que justifican también el resultado (situación idéntica a la que se da con la "necesidad racional" del medio en la legítima defensa[19].

Como supuestos de esta clase cabe citar: el derecho o deber de detención basada en motivos racionalmente fundados; el derecho fundamental de libertad de información veraz; el ejercicio de la profesión médica conforme a *lex artis*, pero con resultado negativo; la obediencia debida a órdenes antijurídicas pero obligatorias y que produzcan un desvalor del resultado; o el riesgo permitido considerado como ejercicio de un derecho, especialmente en la práctica de los deportes[20].

II. EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO. CUESTIONES GENERALES

1. Clases y fuentes de los derechos

El ejercicio legítimo de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico autoriza a realizar una conducta en principio típica –que realiza la parte positiva de un tipo– y por tanto la justifica. A los efectos que aquí interesan es irrelevante si se trata de

[17] Sobre las características de las causas de justificación que excluyen sólo el desvalor de la acción v. LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 21/4-7, 19-27, 25/8 s., 28 s., 46 s., 66 ss., 76 s., 107.

[18] Cfr. ampliamente LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 24/9, 22/15 ss., 27 ss.

[19] Cfr. sobre ello LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 23/69 s.

[20] Cfr. sobre todos esos supuestos LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 25/ 28 s., 46 s., 118, 120 ss., 66 ss., 76 s., 107.

un derecho subjetivo, de una potestad o de una simple facultad (sin que sea preciso entrar en las arduas discusiones sobre caracterización y delimitación de dichas figuras), pues basta que el ciudadano tenga jurídicamente reconocido un poder para realizar tal conducta. Ahora bien, aquí no basta con remitirse simplemente al ámbito de lo no regulado o no prohibido, o sea, al principio de que todo lo no prohibido está permitido, puesto que la conducta encaja en un tipo penal y por tanto en principio está prohibida; por consiguiente, para la justificación es preciso un derecho de actuación jurídicamente reconocido. La norma que concede o reconoce el derecho puede estar en la legislación (leyes y reglamentos de Derecho interno, Derecho comunitario europeo), en tratados incorporados al Derecho interno o en normas del Derecho de gentes, pero también, aunque excepcionalmente, en el Derecho consuetudinario o incluso en principios generales del Derecho (de estos dos últimos supuestos pueden derivarse p.ej. casos de riesgo permitido, de adecuación social y jurídica o de inexigibilidad jurídica general, que en definitiva se pueden reconducir a ejercicio de derechos).

2. Ejercicio del derecho existente frente a protección del derecho[21]: diferencia con otras causas de justificación; ponderación de intereses

En el ejercicio del derecho el sujeto se limita a ejercer a hacer uso de facultades que le otorga un derecho existente, sea un derecho real o de crédito en el campo jurídico privado o un derecho subjetivo público, en todo caso un derecho que le reconoce el ordenamiento jurídico. Se podría pensar por ello que, a diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa o el estado de necesidad, aquí no hay colisión que resolver con otros intereses jurídicos; pero no es cierto, ya que también en el ejercicio del derecho hay una colisión con los bienes jurídicos tutelados por el tipo correspondiente (si es causa de justificación es porque la conducta es en principio típica, realiza el tipo positivo y por ello afecta a bienes jurídicos), pero lo que ocurre es que de entrada se realiza una ponderación legal o jurídica de los intereses afectados[22] y se da jurídicamente prioridad al ejercicio libre, pero también legítimo (dentro de sus correspondientes límites) de tales facultades aunque puedan afectar a bienes jurídicos ajenos no preponderantes.

Lo que diferencia al ejercicio del derecho de las otras causas de justificación más importantes, la legítima defensa y el estado de necesidad, es que en éste no hay que

[21] Ello anticipado ya, algo más breve, en LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 25/11.

[22] Un detalladísimo y profundo estudio de la ponderación de intereses en los supuestos de ejercicio legítimo del derecho puede verse en UGARTEMENDIA, La eficacia justificante de los derechos, 2003, *passim* y espec. Cap. 4; tb. MESTRE, La eximente de ejerc. leg. de un derecho, 2001, 150 ss.

proteger el derecho frente a ataques ilegítimos que pretenden negarlo o destruirlo o frente otros peligros para la existencia o integridad del derecho, que es la situación base, respectivamente, de la legítima defensa y del estado de necesidad; en el ejercicio del derecho su titular simplemente tiene que decidir usar, dentro de los límites jurídicamente trazados para su legitimidad, las facultades que le concede ese derecho del que dispone; uso de facultades que ya está jurídicamente previsto que, dentro de límites, puede afectar o menoscabar bienes jurídicos ajenos. Así el titular de un derecho de servidumbre de paso puede decidir utilizar la facultad de pasar por la finca ajena aunque con ello realice una intromisión en el fundo y pueda molestar a su propietario, y del mismo modo el usufructuario de una cosa mueble o inmueble puede hacer uso de la misma y apropiarse de sus frutos aunque con ello menoscabe y restrinja las normales facultades dominicales. O el ciudadano puede hacer uso de su derecho fundamental a la libertad de expresión opinando negativamente sobre la actuación de una autoridad o cargo público y censurándola duramente, siempre que no se exceda, aunque con ello menoscabe el honor del personaje público; o un periodista puede usar su derecho fundamental de libertad de información veraz sobre las actividades de un personaje público que son de interés para la opinión pública aunque ello menoscabe en parte la intimidad y a veces también el honor y buena fama de ese personaje. O, por último, los padres pueden decidir usar las facultades de su derecho-deber de corrección e imponer un castigo moderado de no dejar salir de casa al hijo a jugar con los amigos por la falta cometida, aunque ello restrinja la libertad de movimientos del menor. En definitiva, en todos estos casos no se consideran preponderantes los intereses o bienes jurídicos afectados por el ejercicio del derecho, siempre que éste guarde los debidos límites, y por eso se autoriza el libre ejercicio de ese derecho.

3. Legitimidad del ejercicio. Exceso intensivo y extensivo[23]

El art. 20,7.º CP recalca que el ejercicio del derecho ha de ser "*legítimo*", es decir, la forma de ejercerlo o realizarlo ha de ser conforme al Derecho, sus principios y límites (como recuerdan COBO/VIVES, el art. 455 CP destaca que puede haber "realización arbitraria del propio derecho"[24]). En esta causa de justificación no se detalla

[23] Cfr. ya LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 25/12 s.

[24] COBO/VIVES, PG, 5.ª, 1999, 473. Del mismo modo, el art. 289 CP (sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural) pone de relieve que dañar, destruir o inutilizar una cosa propia, que en principio no es sino el ejercicio de facultades dominicales, de uso y disposición, se convierte en ejercicio ilegítimo del derecho de propiedad si la cosa es de utilidad social y cultural y se afecta por tanto a intereses

expresamente sus límites mediante los correspondientes requisitos, ya que los límites serán diversos según el derecho de que se trate; pero la exigencia de ejercicio legítimo supone una remisión a las diversas condiciones y límites impuestos para la legitimidad del ejercicio de cada derecho. En ocasiones la norma autoriza expresamente la realización de una o varias conductas a elección y a veces detalla también la forma de su realización; pero en otros casos autoriza de modo más genérico la elección de diversos medios para conseguir un fin permitido y aquí generalmente regirán los límites impuestos por el principio de necesidad (de la actuación lesiva), y a veces se exigirá también un cierto grado de proporcionalidad, adecuación, moderación, etc. En este contexto cabe discutir también la cuestión de si la legitimidad del ejercicio del concreto derecho requiere el correspondiente ánimo o elemento subjetivo de justificación (v.gr. finalidad educativa en el derecho de corrección, ánimo de usar y no de abusar en el ejercicio de otros derechos[25]). El examen de estos requisitos corresponde al estudio de cada derecho en particular.

Cuando la conducta siga manteniéndose dentro de los supuestos en que cabe ejercer el derecho (requisito esencial), pero se rebase los límites –p.ej. de necesidad, proporción o adecuación– impuestos a su ejercicio, éste se convierte en ilegítimo, pero hay un menor injusto, una causa de justificación incompleta (exceso intensivo: eximente incompleta del art. 21,1.ª con la atenuación especial del art. 68 CP); y, como sucede de modo general para las causas de justificación[26], esa atenuación se da aunque tal exceso intensivo sea doloso, pero si fuera imprudente (consciente o inconsciente debido a un

comunitarios. Pero además, fuera del CP y con carácter más general (el del tít. preliminar del CC), el art. 7.2 CC prohíbe el "abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo".

[25] Como veremos *infra* I.5, no se puede compartir ni la posición que exige un elemento subjetivo de justificación en todas las causas de justificación ni la que lo niega en todas ellas, sino parece más correcto sostener que en principio no se requieren tales elementos subjetivos a no ser que de la regulación de alguna se desprenda lo contrario. Ahora bien, de la regulación del art. 7 CC tras su reforma por el texto articulado del D 31-5-1974 (desarrollando la Ley de Bases de 17-3-1973) se desprende la exigencia de buena fe y buena intención para el ejercicio legítimo de los derechos y que la mala intención, unida a otras circunstancias objetivas, da lugar a abuso del derecho. Ese art. 7 CC dispone: "1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso". De todas maneras, como se ve, para el abuso del derecho no basta con la mala intención, sino que debe ir unida al manifiesto sobrepaso de los límites normales del ejercicio así como al daño para tercero. Y por otra parte, se plantea la cuestión de si este precepto, pese a estar contenido en el Tít. preliminar del CC, relativo a "las normas jurídicas, su aplicación y eficacia", afecta a todos los derechos, incluyendo los constitucionales y los públicos, o si su ámbito de aplicación es más bien el del Derecho privado.

[26] Cfr. al respecto LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 21/31 s., y respecto del exceso en la legítima defensa 22/73 s.

error vencible), la atenuación de la causa de justificación incompleta de ejercicio del derecho operará sobre la menor pena del tipo imprudente (de existir éste; en caso contrario, habría impunidad para esa conducta imprudente). Cuando el rebasar los límites del ejercicio legítimo suponga salirse ya totalmente fuera del ámbito del derecho, habrá un exceso extensivo y, al no concurrir el requisito esencial, no cabe siquiera eximente incompleta.

4. Ámbito (tipos de delitos y delimitación respecto de las otras eximentes del art. 20, 7.º). Normas: casos[27]

a) El *ámbito de aplicación* del ejercicio legítimo de un derecho es amplísimo y puede abarcar *los más diversos tipos delictivos* cuando el correspondiente derecho autoriza a lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos de los tipos correspondientes. La perspectiva del catálogo tradicional de derechos que se suelen enumerar aquí se amplía si se consideran también los derechos concedidos por la autorización oficial válida y los derechos de actuaciones peligrosas que implica el riesgo permitido, y más aún si se tiene en cuenta también los derechos y facultades del ejercicio legítimo de cargos y de determinadas profesiones.

Así, por citar sólo algunos ejemplos, pueden afectar a la vida o la integridad actividades de riesgo permitido, deportivas de competición, médico-quirúrgicas y sanitarias (riesgos permitidos del ejercicio profesional), de transportes o circulación, etc., que las pueden poner en peligro y a veces acabar lesionando; y si se tienen en cuenta los derechos/deberes de cargos públicos, nuevamente pueden afectar a la vida, integridad y salud actuaciones necesarias de las fuerzas de seguridad o militares, sin olvidar las condenas a muerte y su ejecución en los países donde subsiste la pena de muerte, lo que afortunadamente no sucede en los europeos. La libertad ambulatoria es afectada por el derecho de detención del particular o del funcionario (que a veces puede –no debe– detener momentáneamente para control). La libertad de actuación, la intimidad personal y de efectos propios, documental, domiciliaria o de conversaciones y comunicaciones pueden verse afectadas por múltiples facultades del ejercicio del cargo en la actuación de la justicia o policial. El honor y la intimidad personal o familiar pueden ser perturbados por la libertad de expresión y la de información, pero éstas también pueden perturbar el sistema político y el orden público, especialmente en sistemas no democráticos. La intangibilidad o bienestar físico (ya no la integridad

[27] Cfr. sobre esto ya LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 25/14 ss.

corporal), la libertad y en cierta medida el honor e intimidad del menor pueden ser afectados por el derecho de corrección. Propiedad, posesión y otros derechos patrimoniales sobre muebles o inmuebles pueden ser limitados o restringidos, además de por facultades del ejercicio del cargo llegando incluso a la privación del dominio por vía de embargo o de expropiación forzosa, por otros derechos patrimoniales de los particulares como los derechos reales de gravámenes o de garantía como la prensa o hipoteca o por el derecho de autotutela del acreedor en los sistemas que lo admiten. Los supuestos admisibles de derecho de objeción de conciencia afectarán a diversos bienes jurídicos comunitarios, los intereses públicos en el cumplimiento de deberes de contribuciones o prestaciones personales: para la defensa nacional, para la asistencia sanitaria a la interrupción autorizada del embarazo, para el fisco o la justicia. O los derechos de actuación de particulares concedidos por autorizaciones oficiales válidas pueden igualmente suponer la afectación de diversos bienes jurídicos, especialmente supraindividuales o comunitarios.

b) No obstante, aunque el ejercicio de la profesión y el del cargo pueden consistir en muchas ocasiones, no en cumplir deberes, sino en ejercer derechos y facultades, sin embargo, dado que el art. 20,7.º menciona explícita y autónomamente el ejercicio legítimo de la profesión y el del cargo, se puede tratar ambos separadamente, y reservar al ejercicio legítimo del derecho el estudio del ejercicio de *derechos no derivados de la profesión o del cargo*[28].

c) Las *normas que reconocen derechos* al ciudadano que pueden justificar acciones en principio típicas están contenidas en todas las ramas del Derecho[29]: en la Constitución y leyes constitucionales, derechos fundamentales como la libertad de conciencia, ideológica y religiosa o las libertades de opinión, expresión y de información, de reunión, manifestación, asociación, sindicación, huelga etc., pero también se reconocen derechos ordinarios y facultades de ciertas instituciones. En el Derecho público, en primer lugar el Derecho administrativo, entre otros casos,

[28] Así lo hago en LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, tratando en 25/10 ss,, 21-73 el ejercicio del derecho y en detalle el de derechos constitucionales, especialmente libertad de expresión e información, actuación en conciencia y objeción de conciencia, actuación con autorización oficial válida actuación *pro magistratu*, autotutela, derecho de resistencia, derecho de detención del particular, derecho de corrección de padres o educadores, riesgo permitido y adecuación social, sobre todo en los deportes, y posteriormente en 69 ss. el ejercicio legítimo de profesión, secreto profesional, ejercicio de la profesión médica o la de abogado, y en 25/85-95 el ejercicio del cargo, de sus facultades y a veces deberes y en especial la actuación policial.

[29] Para un amplio y detallado estudio de las normas fuentes de ejercicio legítimo de derechos cfr. UGARTEMENDIA, La eficacia justificante de los derechos, 2003, Cap. 2.

desarrolla y complementa muchos de los derechos constitucionales citados, regula las facultades que se derivan del ejercicio del cargo para autoridades y funcionarios administrativos o policiales y los derechos para ciudadanos derivados de autorizaciones oficiales válidas; el Derecho procesal p. ej., además de reglamentar las facultades y deberes del ejercicio del cargo en la justicia, a veces desarrollando también las previsiones constitucionales, prevé el derecho de detención por el particular o derechos de negarse a declarar judicialmente o a testificar para ciudadanos o profesionales o funcionarios en determinados casos, evitando así los delitos de desobediencia, denegación de auxilio u omisión de denuncia; del Derecho internacional público así como del derecho militar se derivan múltiples previsiones sobre los derechos (y deberes y prohibiciones) de actuación en casos de conflictos armados no sólo para autoridades y mandos sino para los simples soldados; y el Derecho tributario por su parte reconoce diversos derechos a disminuciones, exenciones o desgravaciones así como a subvenciones fiscales que autorizan elusiones fiscales o beneficios fiscales, limitando así tanto las infracciones como los delitos fiscales. En el Derecho privado, por una parte en el Derecho civil y mercantil existen múltiples derechos patrimoniales, económicos, societarios, en los sectores financieros y en los mercados, etc, que permiten restricciones o intromisiones, a veces típicas, en otros bienes jurídicos; en el Derecho de familia tanto el CC como el derecho consuetudinario reconocen el derecho deber de educación de menores, del que a su vez se deriva el derecho de corrección. O en esa rama jurídica mixta entre el Derecho privado y el público que es el Derecho del trabajo se regulan múltiples derechos de trabajadores, empresarios, intermediarios, agentes sindicales o en el ámbito de la seguridad social, que nuevamente marcan el límite de lo permitido y lo prohibido en los diversos delitos contra derechos de los trabajadores o contra la seguridad social, en la actividad sindical o en relación con el derecho de huelga.

El estudio y examen en detalle del ejercicio de los diversos derechos dentro de los diversos tipos delictivos corresponde por ello al ámbito de la Parte Especial.

5. Parte subjetiva: ¿elemento subjetivo de justificación? Creencia errónea pero racional, objetivamente fundada *ex ante* en la concurrencia de la situación

a) Elemento subjetivo de justificación en algunos derechos

La posición más correcta es la que sostiene que la mayoría de las causas de justificación para la ausencia del desvalor de la acción precisan únicamente

conocimiento de la situación justificante (pues de lo contrario habría tentativa inidónea) y no requieren como especial elemento subjetivo de justificación el ánimo o finalidad correspondiente que motive precisamente la actuación, a no ser que excepcionalmente ello se desprenda inequívocamente, de modo expreso o tácito, de la propia causa de justificación[30].

En la mayoría de supuestos de ejercicio de derechos no se requiere ese específico ánimo como motivación de la conducta, pero hay algunos supuestos que sí lo requieren. Así en el Derecho privado rige el principio de la buena fe, o sea la obligación de actuar de buena fe las partes en el ejercicio de los derechos según el art. 7.1 CC, y según otros múltiples preceptos del CC, en los contratos y en general en las obligaciones y derechos de crédito; y por otra parte el art. 7.2 CC prohíbe expresamente el abuso del derecho; por ello si una parte ejerce su derecho con abuso del derecho, es decir, amparándose formalmente en los límites legales pero movido por la finalidad de causar perjuicio al otro y sobrepasando por eso los límites normales del ejercicio de ese derecho, habrá un ejercicio ilegítimo del correspondiente derecho y, si la actuación era típica, habrá por ello un exceso, que generalmente será intensivo por causarse más perjuicio del estrictamente necesario (causa de justificación incompleta con su atenuación de la responsabilidad penal: arts. 21, 1.ª y 68 CP), pero que puede llegar a ser exceso extensivo si la actuación se sale ya por completo del ámbito del correspondiente derecho. Y en el derecho de corrección se desprende implícitamente, pero inequívocamente, de su propio sentido y función que la actuación sancionadora de los padres o tutores ha de estar movida precisamente por *animus corrigendi* o *educandi*, porque si es perceptible que el castigo está guiado por odio, crueldad o en general ánimo de hacer sufrir al menor, no podrá cumplir su función educadora y será por tanto ejercicio ilegítimo de tal derecho[31].

b) Creencia errónea pero racional, objetivamente fundada ex ante en la concurrencia de la situación[32]

Cuando se da esta situación de error, en la mayoría de los derechos no hay una regulación especial, sino que se aplican las reglas del error objetivamente invencible

[30] Así lo he expuesto en otros lugares: LUZÓN PEÑA, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, en Cobo dir., ComLP, V, 1985, 251 ss.; Curso PG I, 1996, 579 ss.; PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 21/26 ss., y a continuación en los correspondientes aps. de los caps. 22-25.

[31] Cfr. sobre ello LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 25/60 ss.

[32] Sobre esto ya LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 25/19 s.

sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación que como forma específica de caso fortuito y riesgo permitido encajable en el art. 14.1 y de modo genérico en el art.5 excluye el dolo y toda la imprudencia al estar referida la creencia a algo lícito que no hay deber de evitar, y por ello hay exclusión sólo del desvalor de la acción aunque no del resultado, lo que ya es suficiente para la falta de antijuridicidad[33].

Pero hay algunos derechos en que la ley admite el propio derecho con tal de que se actúe en virtud de una creencia razonable o racional, objetivamente fundada *ex ante* en la concurrencia de los presupuestos del ejercicio de ese derecho aunque *a posteriori* resulte ser errónea tal apreciación, error que por ello será objetivamente invencible. Así sucede en el derecho a la libertad de información veraz *ex ante*, en el derecho de detención del particular –igual que en el deber de detención– basado en motivos racionalmente bastantes de que concurren los presupuestos legales, o, aunque se trata de ejercicio de una profesión, en el ejercicio de la actividad médica o quirúrgica basada en un diagnóstico o pronóstico objetivamente fundado *ex ante* en la *lex artis*, es decir en las exigentes reglas científicas y profesionales conforme a los conocimientos alcanzados en la actividad médica, aunque *ex post* resulten equivocados o con resultado desfavorable[34]. Pues bien, en estos supuestos, cuando se comprueba que es especialmente frecuente la posibilidad de errores objetivamente invencibles al usar un derecho legal y se considera por ello que no es posible ni razonable ejercer el correspondiente derecho sin admitir expresamente la autorización de la actuación en cuanto sea fundada y objetivamente racional la apreciación de que concurren sus presupuestos, la normativa consagra estos supuestos específicos de riesgo permitido dentro del ejercicio del propio derecho como causa de justificación sólo de la acción pero equiparada a la causa de justificación con exclusión *ex post* también del desvalor de resultado, esto es, cuando la creencia racional y objetivamente fundada posteriormente resulta acertada y no errónea. Y ello tiene la ventaja de que el ciudadano o el profesional saben desde el principio que están amparados por el ejercicio del derecho con tal de que observen las reglas del juicio razonable, y que así se le comunica también al juez y demás operadores jurídicos para que no haya que entrar en la discusión, como sucede en los casos no especialmente regulados, de si el error

[33] Cfr. sobre ello LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 17/86 ss., 90 ss., 22/21, 27 ss.

[34] V. LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 25/22 ss., 46 s., 76 s.; en general sobre las características de las causas de justificación que excluyen sólo el desvalor de la acción v. 21/4-7, 17-25.

objetivamente invencible sobre los presupuestos del ejercicio del derecho excluye ya la antijuridicidad, como sostiene la posición más correcta, o excluye sólo la culpabilidad como sostienen otras posiciones.

Hay que destacar que, tanto en los casos especiales de ejercicio del derecho como en los generales de error objetivamente invencible, si un tercero provoca, dolosa o imprudentemente, esa creencia errónea (en los casos indicados la información objetivamente falsa, la detención de un inocente, el error médico), responderá , si el tipo no rechaza esa forma de autoría, como *autor mediato doloso o imprudente* –esto en caso de punición de la imprudencia– del correspondiente delito al haber provocado, con determinación objetiva del hecho *a través del instrumento que obra lícitamente* y actuando el provocador con desvalor de acción, la producción de un desvalor del resultado que realiza la parte objetiva del tipo[35].

III. EJERCICIO LEGÍTIMO DEL CARGO Y CUMPLIMIENTO DEL DEBER

1. Relación entre ejercicio legítimo del cargo y cumplimiento del deber[36]

El ejercicio legítimo del cargo y el cumplimiento del deber, que el art. 20, 7º menciona separadamente, son dos causas de justificación estrechamente relacionadas. Es cierto que el ejercicio del cargo a veces supone ejercer derechos y facultades y no cumplir deberes y, por otra parte, que el cumplimiento del deber puede darse no sólo en el desempeño de cargos públicos, sino también en la actividad de los ciudadanos o en el ejercicio de ciertas profesiones, pero, al encomendar el ordenamiento al Estado y las administraciones públicas el uso de la fuerza para hacer cumplir los cometidos y objetivos públicos encomendados, la mayoría de los supuestos de cumplimiento del deber que justifican acciones en principio típicas, sobre todo que encajan en los tipos de delitos contra derechos y bienes jurídicos personales, lo son de cumplimiento de deberes derivados de un cargo público, o sea de una autoridad, un agente de la misma o un funcionario público en el desempeño de sus funciones, e impuestos de modo directo o indirecto (por órdenes obligatorias) a tal ejercicio del cargo por la ley o el resto del ordenamiento.

---

[35] Al respecto cfr. ampliamente, trazando el paralelismo con la *actio illicita in causa* para la provocación de la propia situación de colocarse luego en una causa de justificación sólo de la acción, LUZÓN PEÑA, "Actio illicita in causa" y provocación en las causas de justificación, ADPCP 1994-3, 61 ss.; Curso PG I, 1996, 578 s.; PG 2.ª/3.ª, 2012/2016, 21/23 s.

[36] Cfr. sobre lo expuesto en estos aps. 1 y 2 más ampliamente y desarrollándolo respecto del ejercicio del cargo en la actuación policial LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 25/84-95.

2. Ejercicio del cargo público en general: facultades y deberes del cargo

Se trata del desempeño conforme a Derecho con carácter permanente u ocasional de competencias y cometidos (autorizados u obligatorios, facultades o deberes) de un cargo público, es decir de un puesto de servidor público en el Estado y las diversas administraciones o entes públicos, con rango de autoridad, con mando o jurisdicción, o de funcionario público, que participa legalmente en el desempeño de funciones públicas, según las definiciones de autoridad o funcionario a efectos penales del art. 24 CP; en ámbitos especiales como el policial, la justicia o las instituciones penitenciarias, los funcionarios ejecutores de las órdenes de la autoridad reciben el nombre de agentes de la autoridad, como se denominan en múltiples artículos del CP (p. ej. en los arts. 550-556 sobre atentados, resistencia y desobediencia). Cabe distinguir requisitos esenciales e inesenciales de la causa de justificación (hay que advertir que algunos supuestos de ejercicio del cargo pese a afectar a bienes jurídicos de terceros son tan cotidianos, normales y socialmente aproblemáticos que pueden considerarse casos de adecuación social y por tanto causa ya de atipicidad). Son *presupuestos básicos o requisitos esenciales* del ejercicio del cargo la *competencia legal* de esa autoridad o funcionario, material o funcional y territorial, cuya ausencia, que es incompetencia manifiesta, da lugar a nulidad del acto según el art. 62 1 b LRJAP[37], y que concurran *los supuestos de hecho legalmente previstos* (en la ley o en reglamentos de desarrollo legal) para llevar a cabo esa actuación que afecta a bienes jurídicos individuales o supraindividuales y por ello en principio es típica (realiza el tipo positivo, aunque no el tipo total de injusto). Si no concurre cualquiera de ambos requisitos esenciales, su ausencia produce un exceso extensivo, es decir la ausencia total de la causa de justificación de ejercicio del cargo, de modo que no hay eximente completa ni incompleta. Pero además la *forma concreta de ejecución* o cumplimiento de una potestad a o función del cargo debe ser *conforme a los principios generales y a los requisitos concretos* de esa actuación, que son los requisitos de "legitimidad" del ejercicio del cargo, pero como ya concurre el presupuesto básico de tratarse de tratarse de ejercicio de una facultad o un deber del cargo, son requisito inesencial de la eximente, por lo que su incumplimiento da lugar a exceso intensivo, o sea a una causa

[37] Lo que *sensu contrario* significa que la ausencia de competencia jerárquica, que es no manifiesta (mientras que la de competencia territorial o funcional es siempre manifiesta), sólo da lugar a anulabilidad del art. 63.1 LRPAP por "infracción del ordenamiento jurídico"; ello significa que de momento el acto es eficaz, pues aunque puede ser impugnado y anulado, también puede ser convalidado por la administración conforme al art. 67.

de justificación incompleta con su atenuación de la responsabilidad penal (arts. 21, 1.ª y 68 CP). Al exigir que el ejercicio del cargo sea "legítimo" en cuanto a su concreta forma de ejecución, el art. 20, 7.º CP está haciendo una remisión a los sectores correspondientes del ordenamiento jurídico cuyos principios generales y disposiciones concretas rigen y regulan el modo de ejecución de la función pública correspondiente.

Hay por tanto una remisión en bloque a la Constitución, las leyes, reglamentos, principios generales del derecho, complementados por la aplicación de la jurisprudencia constante y de los precedentes administrativos; en cambio, las instrucciones particulares de funcionamiento de un cuerpo o servicio operarán como criterios interpretativos pero no como fuente de Derecho. La CE contiene principios generales sobre la forma de actuación de los poderes públicos y las diversas administraciones, tales como los del art. 9, especialmente los principios de legalidad y de sumisión de los poderes públicos al ordenamiento constitucional y jurídico y la interdicción de la arbitrariedad de dichos poderes, y los del art. 103.1: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho". Dichos principios son desarrollados en la LRJAP y otras leyes administrativas así como en las leyes orgánicas y procesales de la Justicia, en las policiales y las militares, y tales leyes, la legislación reglamentaria y las demás fuentes indicadas contienen además las normas reguladoras del correspondiente desempeño del cargo.

Se ha discutido si existe un privilegio jurídico para la actuación de la autoridad y sus agentes en comparación con las facultades permitidas a los particulares. Antiguamente así se entendía, pero hoy en muchos aspectos sucede más bien al contrario, que se imponen más límites y restricciones a la actuación del cargo que a la de los particulares (p.ej. en legítima defensa), aunque es inevitable privilegios consustanciales al principio de autoridad como son: la ejecutoriedad de las órdenes y actos administrativos, la no necesidad en muchos casos de acudir a autorización judicial o la presunción de veracidad *iuris tantum* de las denuncias o testimonios de los agentes de la autoridad.

Como hemos dicho, el ejercicio del cargo público, sus competencias y funciones supone unas veces el *ejercicio de derechos y facultades*, siendo discrecional su puesta en práctica para el cumplimiento de los fines, en cuyo caso el principio de oportunidad

abarca no sólo el cómo y el cuándo, sino incluso el "si" de la propia actuación, y otras el *cumplimiento de deberes legales o reglamentarios*, caso en el que si, como sucede en la actuación policial, rige el principio de oportunidad, éste no se refiere al "si" de la actuación, sino sólo al cuándo y al cómo (salvo una excepcional colisión con un deber superior de evitación de un daño mayor que pueda causar el cumplimiento del primer deber). En ambos casos, ejercicio de derechos del cargo y cumplimiento de deberes del mismo, se habla abreviadamente de ejercicio legítimo del cargo, pero cuando se trata de las obligaciones, es bastante frecuente hablar más bien, de entre las eximentes del art. 20, 7.º, del cumplimiento del deber. Las facultades y deberes del cargo pueden unas veces permitir y otras obligar a la autoridad o en general al cargo público a conceder *autorizaciones oficiales*, autorización o permiso que es eximente de la actuación del ciudadano, administrado o funcionario autorizado, si la autorización es válida porque excluye la antijuridicidad, si es fáctica aunque viciada porque puede excluir la tipicidad penal de la conducta autorizada. En la autoridad o cargo que concede la autorización, si ésta es válida excluye a su vez la antijuridicidad (a veces incluso ya la tipicidad) de su conducta, lo que excluye toda posible responsabilidad[38], mientras que si la autorización es inválida, antijurídica y dolosa, el cargo que la concede puede incurrir en responsabilidad por prevaricación y, según la configuración de los tipos, eventualmente también por autoría directa de algunos delitos o por autoría mediata –a través de instrumento que obra sin tipicidad penal por la autorización fáctica– del delito realizado por el ciudadano o funcionario autorizado.

3. Cumplimiento de deberes jurídicos: del ciudadano o del cargo público[39]

a) Deberes jurídicos y sus efectos. Deberes legales y deberes de obediencia a órdenes

1) El cumplimiento del deber al que se refiere el art. 20, 7.º CP y que puede operar como causa de justificación de acciones típicas, o excepcionalmente como causa ya de atipicidad si hay adecuación social, es el *deber jurídico*, impuesto por la ley (en sentido amplio, incluyendo la constitución, pero también la legislación reglamentaria), *no el*

[38] Cfr. más ampliamente sobre ello LUZÓN PEÑA, Consentimiento presunto y autorización oficial: exclusión de la antijuridicidad o de la tipicidad y requisitos respectivos, RDP (Lex Nova) 38, 2013, 9 ss.; tb. en ForoFICP, 2013-2, 23 ss., y en RDPyC (Buenos Aires) 2012-11, 3 ss.; PG 3.ª, 2016, 22/133 ss.

[39] Sobre ambas clases de deberes cfr. ampliamente QUERALT, La obediencia debida en el CP. Análisis de una causa de justificación, Barcelona, J.M. Bosch, 1986, 71 ss., 129 ss.; LUZÓN PEÑA, PG 3.ª, 2016, 25/96 ss., examinando en 25/101 ss. el deber de detención por la autoridad y sus agentes.

deber moral sin reconocimiento legal, que sólo puede dar lugar en algunos casos al derecho de objeción de conciencia[40].

2) El cumplimiento del deber supone la forma más valorada dentro de los supuestos de exclusión de la antijuridicidad, de modo que la conducta no sólo está autorizada o permitida, sino impuesta como obligatoria por considerarse por el Derecho que su realización es imprescindible. Por esa razón, como regla absolutamente general, *se sanciona su incumplimiento*, a veces penalmente. Pero además el tratamiento jurídico de la *posibilidad de reacción contra la misma en estado de necesidad es diferente del de las restantes causas de justificación*: obviamente frente a ninguna causa de justificación cabe reaccionar en legítima defensa, pero en cuanto a la reacción en estado de necesidad defensivo, como he expuesto en otro lugar[41], sí cabe esa posibilidad frente a las restantes causas de justificación que suponen sólo derechos o facultades, si se trata de causas de justificación que excluyen sólo el desvalor de la acción pero no el del resultado, o sea los supuestos generales de riesgo permitido y caso fortuito o los particulares en que el riesgo permitido se incorpora a la propia causa de justificación, dado que suponen un derecho a actuar pero no un derecho a lesionar y por tanto el afectado por una amenaza de desvalor del resultado no tiene el deber de abstención o deber de soportar; pero cuando la ley impone como deber una actuación en supuestos en que se excluya seguro sólo el desvalor de la acción aunque pueda producirse un desvalor del resultado, p. ej. el deber policial de detener a los sospechosos de cometer un delito o el deber judicial de condenar al sujeto contra el que hay pruebas de cargo que disipan la duda razonable de que ha cometido el delito, aunque en ambos casos pueda comprobarse *a posteriori* que se ha detenido o condenado a un inocente, entonces no se puede admitir que el afectado que sabe que es inocente pueda reaccionar en estado de necesidad defensivo contra el cumplimiento del deber, pues sería una contradicción inadmisible que el ordenamiento imponga por una parte a la autoridad o funcionario la obligación de adoptar tal decisión y por otra parte le permitiera al afectado que pudiera hacerle frente; en estos casos el ordenamiento remite al afectado a la vía de los recursos y posteriores reclamaciones judiciales para intentar evitar o reparar el daño, y sólo cabe la duda de si cabe excepcionalmente permitir el estado de necesidad defensivo en el

[40] Sobre ese derecho cfr. LUZÓN PEÑA, Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, InDret 2013-1, 1 ss.; PG 3.ª, 2016, 25/21 ss.

[41] Así LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 22/33, 25/6 ss.

caso de que el cumplimiento del deber amenace causar un mal irreparable en bienes jurídicos importantísimos del afectado inocente, p.ej. un condenado a muerte[42].

3) Los deberes de actuación pueden venir impuestos directamente por la ley a sus destinatarios, o sea, ciudadanos, profesionales o cargos públicos, o pueden ser impuestos sólo indirectamente por la ley en el caso de la obediencia debida[43], en donde es la orden obligatoria de una autoridad o funcionario la que genera directamente el deber de obediencia del destinatario a la orden, aunque naturalmente ese deber es tal porque tiene el respaldo de la ley, que ordena obedecer.

b) Deberes de ciudadanos y profesionales

Los deberes legales de actuación que amparen acciones en principio típicas, pueden afectar no sólo a cargos públicos, que será lo más frecuente, sino también a ciudadanos o particulares. En el caso de los ciudadanos, p. ej., los deberes familiares, relacionados con el derecho-deber de corrección, de educación, vigilancia y custodia de los menores y de salvaguardar su integridad física y moral, lo que obliga a tomar múltiples medidas de ingerencia en su esfera privada para preservarlos de riesgos y daños materiales o morales, de malas compañías, corrupción, etc., o los deberes de garante de bienes jurídicos que el particular asuma por contrato o actuación precedente peligrosa (art. 11 CP), deberes que le obligarán a medidas de protección y salvamento aunque se interfieran en derechos ajenos, o los casos en que la legítima defensa o el estado de necesidad de terceros sean obligatorios en virtud del deber de impedir delitos muy graves (art. 450) o del deber de socorro (art. 195) cuando la acción de defensa o de salvamento a costa de bienes jurídicos ajenos pueda efectuarse sin riesgo personal. Asimismo, como hemos visto *supra* I.3, en el ejercicio legítimo de su oficio los profesionales tienen diversos deberes de actuación, muchas veces mezclados con las facultades, que pueden implicar la comisión de actos típicos, como en las actuaciones del abogado en su labor de defensa, en actuaciones de vigilantes de seguridad privada, en el derecho/deber de información a la opinión pública, en algunas actuaciones médicas o sanitarias obligatorias o en los casos de deber de secreto profesional.

c) Deberes legales del cargo público

Existen, además de los derivados de la obediencia a órdenes obligatorias de

[42] Cfr. LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 22/33 y n. 6.
[43] Cfr. ampliamente LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016, 25/113 ss.

superiores jerárquicos, que deben tratarse separadamente en la obediencia debida como forma especial de cumplimiento del deber[44], múltiples deberes legales impuestos a autoridades y cargos públicos que pueden incidir en bienes jurídicos ajenos y realizar hechos en principio típicos. P. ej. los deberes judiciales de hacer justicia en todos los órdenes jurisdiccionales, dictando cuando sea lo justo sentencias condenatorias, pero también en ocasiones autos acordando medidas provisionales personales o reales, que a veces son facultativas, pero a veces obligatorias (p.ej. según el art. 494 LECr ordenar la detención provisional es obligatorio para el juez o tribunal en los supuestos del art. 492, la prisión provisional es obligatoria cuando el juez la considere absolutamente necesaria para asegurar alguno de los fines del art. 503.1, 3.º LECr, pero la propia ley la impone en todo caso como obligatoria en el supuesto del art. 503.1, 3.º a, párr. 3.º), los deberes paralelos del Ministerio Fiscal de defender la legalidad y promover la persecución de delitos, los deberes militares de combatir y hacer uso de las armas contra acciones del enemigo, los deberes de las autoridades y funcionarios penitenciarios de asegurar el cumplimiento de la privación de libertad de los internos y otros múltiples deberes conexos, los deberes de autoridades sanitarias de preservar la salud pública ordenando en ocasiones el internamiento y tratamiento de enfermos contagiosos o posibles infectados, los deberes de autoridades urbanísticas de ordenar la paralización y en ocasiones la demolición de construcciones ilegales, etc., además de los múltiples deberes del ya estudiado ejercicio del cargo policial, de los cuales dedicamos a continuación un apartado especial (b) al deber de detención. En tales casos, como ya se ha visto, si rige el principio de oportunidad, éste sólo puede afectar al cómo o al cuándo de la actuación, pero no a si se ejecuta la misma, que es obligada, salvo que excepcionalmente entre en colisión con un deber de rango superior.

SELECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

ALPACA PÉREZ, Injusto penal y teoría de las normas. Consideraciones normológicas sobre el delito y la pena, tesis doctoral dir. por. M. Díaz y García Conlledo, Univ. León, 2019; ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 251 ss.; BACIGALUPO, Principios DP, PG, 3.ª 1994, 154; 5.ª 1998, 274 s.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO, Lecc PG, 1996, 196 ss.; CARACCIOLI, L'esercizio del diritto; Milano, Giuffrè, 1965; CARBONELL, La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes, Madrid, Edersa, 1982; CAVALLO, L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato, Napoli, Jovene, 1939; CEREZO MIR, La eximente de obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo, ADPCP 1987, 273 ss.; Curso DP, PG II, Madrid, Tecnos, 6.ª, 1998, 290 ss.; DP, PG, Buenos Aires-Montevideo, BdF, 2008, 609 ss.; CUELLO CONTRERAS, DP esp PG, I, Madrid, Dykinson, 3.ª 2002, X/225 ss., pp. 884 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, DP español, PG, 4.ª, Valencia, Tirant, 2016, 307 ss.; GARINO, Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere nel diritto penale militare, DigDP,

[44] Cfr. sobre la obediencia debida LUZÓN PEÑA, Obediencia debida justificante y obediencia no debida exculpante o atenuante, LH-Bajo, Madrid, Ed. Univ. Ramón Areces, 2016, 243 ss.; PG, 3.ª 2016, 25/113 ss.

IV 1990, 331 ss.; GIORGIANNI, L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica, Milano, Giuffrè, 1963; GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtausschluß, Köln, Berlin, Bonn, München, Heymanns, 1983; Rechtfertigung und Entschuldigung in einer teleologischen Verbrechenssystem, en: Eser/Fletcher (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung I, 1987, 361 ss.; Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, FS-Spendel, 1992, 189 ss.; La clasificación de las causas de justificación (trad. Luzón Peña), en: Luzón Peña/Mir Puig (eds.), Causas de justificación y de atipicidad en DP, Pamplona, Aranzadi, 1995, 45 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, Cap. 16, en Romeo/Sola/Boldova/et al., DP, PG, Granada, Comares, 2013, 227 ss.; HRUSCHKA, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum AT, Berlin, New York, de Gruyter, 1.ª 1983/2.ª 1988, 89 ss., 103 ss.; JESCHECK/WEIGEND, Strafrecht AT, 5.ª 1996 [PG, 2002], § 31 I ss; § 35 I ss; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de DP, IV, 2.ª 1961, 487 ss.; KIENAPFEL, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, Freiburg/Karlsruhe, Müller, 1961; KÖHLER, Strafrecht AT, Berlin etc., Springer, 1997, 298 ss.; LEONE, L'esimente dell'esercizio di un diritto, Napoli, Jovene, 1970; LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª 2016 [Lecciones DP, PG en la ed. española, Valencia, Tirant; contenido coincidente, aunque no las pp., con la ed. iberoamericana: DP, PG, B. Aires-Montevideo, BdF], 25/1 ss.; MADER, Rechtsmiβbrauch und unzulässige Rechtsausübung, Wien, Orac, 1994; MARTÍN BERNAL, El abuso del derecho, Madrid, Montecorvo, 1982; MESTRE DELGADO, La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal, Madrid, Edisofer, 2001; MIR, PG, 10.ª, 2016, 18/1 ss.; MIR/GÓMEZ MARTÍN, Comentarios al art. 20, 7.º, en Corcoy/Mir, Coment, 2011, 91 ss.; MORILLAS, Sistema DP, PG, 2018, Madrid, Dykinson, 557 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 10.ª, 2019, 319 ss.; OLMEDO CARDENETE, Art. 20, 7.º, en Cobo (dir.), Coment CP II, Madrid, Edersa, 1999, 497 ss.; PÉREZ ALONSO, La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente, CPC 1995, 623 ss.; POMARES, Tema 31: El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, en Zugaldía/Pérez Alonso, DP, PG, Valencia, Tirant, 2002, 605 ss.; PORTILLA CONTRERAS, El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento de un deber, LH-Sainz Cantero II (RFDUGr 13), 1987, 147 ss.; PUIG PEÑA, El abuso del derecho en el área penal, LH-Pereda, 1965, 565 ss.; QUINTERO, Manual DP, PG, 4.ª, Navarra, Aranzadi, 2004, 510 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y desarrollo de las huelgas (Comentarios a la STC 104/2011 desde la perspectiva penal), LH-Suárez Montes, 2013, 595 ss.; ROMEO CASABONA, Ejercicio del derecho o profesión, EJB II, 1995, 2677 ss.; Ejercicio del derecho o profesión, en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 635 ss.; ROMEO/SOLA/BOLDOVA/ET AL. (HERNÁNDEZ PLASENCIA), DP, PG, Granada, Comares, 2013, Cap. 16, 227 ss.; ROSS, Sobre el derecho y la justicia, Buenos Aires, Eudeba, 1970; ROXIN, AT, 4.ª 2006, § 14/31 ss.; PG, 2.ª 1997, § 14/30 ss.; §§ 17-18; RUIZ VADILLO, Art. 20,7.º, en *Conde-Pumpido*, CP, I, 1997, 703 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad, Barcelona, J.M. Bosch, 1995; SILVA SÁNCHEZ, Sobre las actuaciones en una "situación de necesidad" que no implican deberes de tolerancia, en *Luzón Peña/Mir Puig* (dirs.), Cuestiones actuales de la teoría del delito, Madrid, McGraw Hill, 1999, 155 ss.; Notstandsrechte und Duldungspflichtverletzungen, FG-Roxin: GA 2006-5, 382 ss.; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, La eficacia justificante de los derechos: análisis de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (20.7º.CP) desde una perspectiva constitucional, Valencia, Tirant, 2003 ; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, DP, PG, 2.ª 2002, 638 ss.; ZAMBRANO PASQUEL, DP, PG, 2017, 623 ss.; ZUGALDÍA (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), DP, PG, 2002, 605 ss.

* * * * * *

Prof. Dr. Maximiliano Hairabedián

Profesor Adjunto de Derecho Procesal Penal, Univ. Nacional de Córdoba, Argentina.
Socio de la FICP.

~Mentiras policiales y debido proceso[1]~

"La verdad y la mentira son demasiado relativas, y en este trabajo que hacemos tú y yo no hay fronteras entre una y otra".

Leonardo PADURA, El hombre que amaba los perros.

I. INTRODUCCIÓN

En la película "El engaño" ("*The trials of Cate McCall*" en el original), un juez le dice a una abogada: "Me siento en el estrado mientras me acostumbro al hecho de que el juicio es básicamente un concurso de mentirosos". En el film, una fiscal –convencida de la culpabilidad- logra la condena de un acusado de matar y violar a una niña. Años después las pruebas de ADN demuestran su inocencia y que los investigadores mintieron. Luego de su renuncia, la ex fiscal ejerce la abogacía y logra revertir la condena por homicidio de una joven, persuadida por ésta de que no era culpable, de abusos policiales y mentiras de testigos, pero luego la abogada se entera de que su defendida era la autora del crimen. A su vez, los policías enojados por la alegación, le inventaron una resistencia a la autoridad. Con razón se ha señalado que "los policías casi siempre se encuentran a sí mismos navegando en situaciones morales dificultosas"[2].

En la opinión pública otras profesiones y actividades también suelen ser asociadas a mentiras y engaños (p. ej., la política, el periodismo), pero cuando este fenómeno ocurre en el contexto de procesos que se entablan para establecer la verdad en base a pruebas y condenar o absolver a una persona, adquiere una dimensión especial con repercusiones constitucionales. Claro está que, como en todo ámbito, hay personas que en su trayectoria ostentan un buen concepto; abogados, fiscales, policías y jueces con reputación de serios, honestos y creíbles, y los que, por el contrario, tienen mala fama.

[1] Versión modificada y ampliada del original publicado en El debido proceso penal, dir. por Ángela LEDESMA, Hammurabi, Buenos Aires, 2018.

[2] KLOCKARS, Carl B., Blue lies and police placebos-The moralities of police lying, American Behavioral Scientist, Vol. 27 N° 4, Sage Publications, marzo-abril 1984, ps. 529 y ss., citado por COURTNEY HRITZ, Amelia,Voluntariness with a vengeance: the coerciveness of police lies in interrogations, Cornell Law Review 2, 102, 2017, p. 487.

Hasta aquí hemos estado refiriéndonos a la mentira en su acepción negativa común y corriente. Pero sucede que el recurso de faltar a la verdad es más complejo de lo que se cree.

El engaño es común en la naturaleza; desde plantas, insectos, reptiles, hasta los mamíferos más desarrollados se valen de este recurso en distintas estrategias (mimetización, simulación de parálisis, sueño, apariencia de inofensividad, etc.) para lograr objetivos (defensa, alimentación, reproducción)[3]. Utilizado por todos los humanos desde temprana edad, consiste en una elaboración compleja y consciente, que requiere un mayor procesamiento mental que la verdad[4].

Hay distintas clases de personas de acuerdo a la forma de mentir (p. ej. los ocasionales, habituales y patológicos[5]). Esta acción puede tener origen y finalidades muy distintas: se miente en defensa propia, para evitar una consecuencia negativa, para seducir[6], por inseguridades, piedad o bondad[7], en pos de conseguir objetivos (v. gr. impunidad, obtención de beneficios, estafar), por ego, protagonismo o fama, amor, miedo, vergüenza, privacidad, adulación, cortesía[8], costumbres y convenciones[9], etc. En la lista no podían faltar los que quieren o prefieren creer mentiras[10].

---

[3] "No hay nada especial acerca de las mentiras. Los monos verdes y los chimpancés mienten. Por ejemplo se ha observado a un mono verde emitiendo la llamada "Cuidado, un león!", cuando no había ningún león por las inmediaciones. Esta alarma asustó convenientemente e hizo huir al otro mono que acababa de encontrar un plátano, lo que dejó solo al mentiroso, que pudo robar el premio para sí" (HARARI, Yuval Noah, De animales a dioses-Breve historia de la humanidad, 10° Ed. Debate, Buenos Aires, 2018, p. 46).

[4] Científicos de la Universidad estadounidense de Temple indicaron que cuando una persona dice la verdad utiliza partes de su cerebro diferentes a las que usa cuando está mintiendo (BBC Ciencia, El cerebro no puede mentir, 30/11/2004).

[5] Los últimos son los que mayores dificultades pueden presentar al control –aun científico- de la mentira porque, incurriendo reiteradamente en el autoengaño, se tornan absolutamente incapaces de distinguir entre fantasía y realidad (ver HO, David, A Forensic Psychologist Looks at Lying and Lie Detection, Hong Kong Lawyer, Julio, 2000).

[6] "El engaño forma parte casi necesariamente del arte de enamorar. ¿Quién no simula virtudes y disimula defectos ante la persona amada?. Todos los novios son buenos, virtuosos, complacientes, comprensivos, generosos. Después del matrimonio las cosas suelen cambiar. Por ello, Loyseul decía: *en mariage, il trompe qui peut*" (BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, Familia, Perrot, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 110).

[7] NIETZSCHE, en "Humano, demasiado humano" (1878), defendía el recurso de espíritus superiores que se sirven del arma de engañar "para no irritar, y, en casos no raros, por compasión y bondad".

[8] Como sucede cuando a alguien lo invitan a cenar y la comida le parece horrible, pero con una sonrisa dice que le gustó mucho. O bien aquel que publica en una red social fotos posando y le hacen comentarios resaltando una belleza que no es tal.

[9] "A un cortés "¿qué tal?" en el ascensor de la oficina, poca gente respondería que muy deprimida porque está punto de divorciarse, pese a que sea verdad". Pura socialización. Mark Twain lo tenía claro en su sarcástico *La decadencia del arte de mentir:* "Nadie podría vivir con alguien que dijera la verdad de forma habitual; por suerte, ninguno de nosotros ha tenido nunca que hacerlo". Lo escribió un siglo antes de que Robert Feldman, profesor de Psicología de la Universidad de Massachusetts, haya establecido en su libro *The liar in your life* que mentimos entre dos y tres veces en una primera conversación de 10

Los engaños en los procesos penales no escapan a esta complejidad. Son distintas las situaciones, los casos y los fines de la manipulación de la verdad. En este trabajo sólo nos detendremos en las mentiras policiales. Aceptando que la falta a la verdad es una realidad del ser humano, la pregunta es cuánta mentira estamos dispuestos a tolerar.

II. LA MENTIRA POLICIAL

Una primera respuesta irreflexiva a la pregunta de si está bien que la policía mienta, nos puede llevar a la negativa absoluta. El razonamiento simple es: porque mentir está mal, no se lo puede hacer. Además, se nos vienen a la mente las mentiras claramente reprochables; desde las que se dicen como excusa para evitar cumplir el trabajo o para tapar la tarea mal realizada, hasta aquellas que por su entidad o tipo no sólo afectan el debido proceso, sino que además hasta pueden constituir delitos (plantar pruebas, sustituirlas o suprimirlas, testimoniar en falso, etc.).

Cada profesión tiene su deontología, por la cual sus actuaciones y conductas deben ser guiadas por una serie de reglas éticas y principios morales básicos[11]. En algunos países se interpreta que por disposiciones de códigos deontológicos de actuación se desprenden la inclusión de engaños y falta de respeto a la verdad dentro de los incumplimientos de los deberes y obligaciones[12].

Si se analiza con detenimiento la cuestión, el problema no es de tan sencilla respuesta. Así como la mentira en general es un comportamiento complejo que se presenta de distintas formas, lo mismo ocurre cuando se la utiliza en el ámbito policial. Aquí también hay mentiras que pueden ser malas o buenas, repudiables o loables, legales e ilegales, necesarias o innecesarias. Esto último no es extraño. Cualquier persona con experiencia práctica en la justicia penal ha presenciado mentiras policiales

---

minutos con un nuevo conocido" (BLANCO, SILVIA, Todos mentimos, lo que cambia es la dosis, El País, Madrid, 13/11/2009).

[10] La clásica es la de este diálogo atribuido a Alejandro Magno "-Yo sólo te quiero a ti. -Una bonita mentira (objetó Alejandro), pero haré como que me lo creo porque me complace" (MANFREDI, Valerio Massimo, Aléxandros I-El hijo del sueño, Sudamericana, Buenos Aires, 2005).

[11] SERVERA MUNTANER, José Luis, Ética policial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.132. Agrega que la deontología policial será el conjunto de deberes de los policías y sus normas morales o el conjunto de reglas éticas que regulen el comportamiento profesional.

[12] SERVERA MUNTANER, loc. cit., p. 172, comentando las líneas fundamentales de la deontología policial en España, en particular referencia al Código Deontológico y Principios básicos de actuación según la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad N° 2 del 13/2/86. Lo cierto es que el artículo 5 inc. c del cual deriva vía interpretación la proscripción de la mentira, no conmina tal prohibición de manera expresa; sólo se limita a decir que los policías deben "actuar con integridad y dignidad, y en particular, abstenerse de todo acto de corrupción y oponerse a él resueltamente".

que tranquilamente podrían haberse evitado[13]. Inclusive hay casos en los que no se advierte cuál fue la finalidad de la mendacidad. Pero en otros supuestos es difícil la determinación de si está bien o mal faltar a la verdad. Como dice Waddington, la ambigüedad moral para los policías no se limita sólo al uso de la fuerza, también a la mentira, el engaño, el ardid para un gran bien y no es extraño que en las sociedades democráticas liberales, al menos la ley adopta una postura escéptica a la relación de la policía tratando de trazar la línea entre el uso legal de la fuerza y la violencia[14].

III. ALGUNAS CAUSAS Y MECANISMOS DE LAS MENTIRAS POLICIALES

Además de las complejas razones por las que mentimos los humanos en general, estudios sobre este fenómeno en el trabajo policial indican una serie de factores.

El condicionamiento de la cultura laboral, sumado a las características, necesidades y ambiente en que se desarrolla, ha llevado a reconocer que un policía que miente no es necesariamente un mal policía[15].

Estudiosos de la obra de KLOCKARS, uno de los máximos especialistas en el tema, han extraído sus ideas exponiendo los cuatro elementos de la cultura policial que predisponen a la mentira: a)La presunción de culpabilidad operativa (considerar culpables aun en ausencia de pruebas); b)Empeorar las posibles culpabilidades (sobredimensionarla, tendencia a creer a las personas más peligrosas de lo que son); c)Un "gran ámbito de culpabilidad"[16] (sometimiento a ambiente criminógeno); d) Presunción de inocencia aislada (si en un caso no encuentran pruebas o falla un

[13] "Desde el punto de vista del oficial de policía, mentir cuando uno puede alcanzar el mismo efecto eficientemente y con menos esfuerzo no es inmoral, pero sí estúpido" (KLOCKARS, 1984:53, citado por BARNES, J.A., A pack of lies-Towards a sociolgy of lying, Cambridge University Press, 1994, p. 43).

[14] WADDINGTON, P.A.J., Policing citizens: authority and rights, UCL Press, Londres, 1999.

[15] KLOCKARS encabeza su trabajo con la siguiente cita de H.L. MENCKEN (Recollections of notable cops): "Muchos de ellos, a mi juicio, fueron miembros muy honestos, al menos dentro de los límites de lo razonable" (KLOCKARS, Carl B., Blue lies and police placebos-The moralities of police lying, American Behavioral Scientist, 27 4, Sage Publications, marzo-abril 1984, p. 529). Para KLOCKARS muchos policías cuyas actividades estudió, fueron honestos, practicando el engaño sin cargo de conciencia como parte del desempeño de su rol de aplicadores de la ley.

[16] Explican autores al reseñar los elementos de KLOCKARS sobre la cultura policial que la presunción denominada "*Great guilty place*" se da cuando los policías están expuestos a muestras altamente selectivas de su entorno. Los lugares son criminógenos y el policía experimentado ve el peligro donde para ojos menos desconfiados no hay apariencia de tal (CALDERO, Michael A./CRANK, John P., Police Ethics-The corruption of noble cause, 3° Ed. Anderson Publ., 2011, Burlington, USA, p. 51; mutatis mutandi, BANKS, Cyndi, Criminal Justice Ethics-Theory and practice, 3° Ed., Sage, Washington, 2013, 62). Ciske resalta que en este gran ámbito de culpables, los policías tratan frecuentemente con las peores gentes, lugares y situaciones (CISKE, Matthew, The ethics of police deception, Ohio University, 27/7/2009, https://www.ohio.edu/ethics/1999-conferences/the-ethics-of-police-deception/).

interrogatorio, no piensan en la inocencia, sino que hay crímenes sin ser descubiertos)[17]. Esta última presunción funciona porque los policías conocen personas que cometieron muchos delitos por los cuales no fueron atrapados, obligando a los oficiales a la presunción de "no culpable, esta vez"[18].

También que las restricciones legales sobre la conducta policial consecuentemente tienen un efecto contraproducente intensificando la necesidad de los oficiales de usar métodos sucios para encubrir sus actividades ilícitas[19].

Ciertamente, por un lado existen prácticas excesivamente burocráticas y solemnes por parte de los tribunales, y por otra parte, muchas formas y reglas procesales importantes cuya inobservancia sancionan los tribunales, son metidas en la misma bolsa que las otras, al no ser percibidas o entendidas por los policías en su verdadera función (evitar la arbitrariedad, asegurar la fidelidad de las pruebas, etc.), sino como formalismos huecos u obstáculos burocráticos. Por eso a veces usan atajos para sortearlos. KLOCKARS trae como ejemplo un incidente que involucró un zapato encontrado tras la fuga de un violador que había sido sorprendido in fraganti. En vez de guardar el zapato en un depósito de evidencias, el comisionado en la investigación lo dejó en un cajón de su escritorio. Posteriormente lo cotejó con otro calzado encontrado en el allanamiento a la residencia del imputado, y al corroborar que coincidían y serviría como prueba en juicio, falseó un recibo de evidencia de forma tal de hacer aparecer que el zapato siempre había sido mantenido en custodia desde su recuperación en la escena del hecho. KLOCKARS discurre sobre por qué se comportaría de esta manera un policía de una bien merecida reputación de honesto. El oficial sabía que el zapato no había sido manipulado y estaba convencido de que el abusador era culpable, no sólo de esta violación, sino de al menos otras cuatro. Más aún, el oficial percibía las reglas de continuidad de la evidencia aplicadas por el tribunal como un mero tecnicismo, "una regla de procedimiento cuya violación no afecta la culpa fáctica del perpetrador". Falsear el recibo tenía el efecto de cubrir el error que había cometido. Sucedió que ni él tuvo que fabricar el zapato como evidencia ni el veredicto de culpabilidad tuvo de

[17] CALDERO/CRANK, loc. cit., ps. 50 y 51. Sostienen que esta forma de pensar incide en que piensen que deben usar trampas para encontrar a los culpables; como los chicos malos saben los pliegues de la ley, deben ser engañados o forzados para obtener la verdad.

[18] KLOCKARS, Carl B., The Dirty Harry Problem, in: Moral Issues in Police Work, Elliston and Feldberg, eds. Rowman & Littlefield: Savage, MD, 1985, p. 60, citado por CISKE.

[19] "El problema de 'Harry el sucio' recrudece frente a restricciones que particularmente son percibidas por los policías como indeseables o irrazonables" (CALDERO/CRANK, Police Ethics-The corruption of noble cause, 3° Ed. Anderson Publ., 2011, Burlington, USA, ps. 50 y 51).

bisagra a esa prueba. Entonces para él su acción fue conforme a las normas de moralidad policial.

Dentro de lo que es la estructura del sistema penal, los policías son generalmente los primeros en intervenir y tomar contacto con el delito, las víctimas, sus familiares, el dolor, la conmoción, el estrépito. No es lo mismo ver un delito cuando se comete, que reconstruirlo tiempo después. Presenciar el llanto desconsolado de quien fue desapoderado de todos sus bienes, de sus instrumentos de trabajo, los gritos desgarradores de los familiares del asesinado, genera emociones y sentimientos distintos a leer la historia en un expediente, o aun escucharla tiempo después en audiencias solemnes y formales. Además, el policía está recibiendo continuamente información sobre quiénes cometen delitos, muchas veces de fuentes que no pueden usar como pruebas (dateros, vecinos, parejas despechadas, manifestaciones de los propios involucrados), y también le resulta decepcionante cuando toma conocimiento que los culpables de los delitos están prontamente en libertad, por el motivo que sea. Por eso en la literatura comparada se ha expuesto cómo a medida que se asciende en la pirámide del sistema penal, los intervinientes tienden a tener posturas menos duras frente al crimen. FRANKEL, en un original estudio al respecto aparecido en 1976 en la Texas Law Review señalaba que la menor o mayor cercanía procesal con la "línea de fuego" del delito es lo que cambia la visión[20].

IV. LA MENTIRA COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL

El fenómeno de la mentira policial también puede ser explicado como parte de los sistemas sociales de control. A nivel macro se da en las mentiras de los gobernantes para la manipulación de la población, problema que obviamente se agudiza en los regímenes totalitarios[21]. Para KLOCKARS los medios tradicionales de control social son: *a)Autoridad*; *b)Poder* (chance de realizar la propia voluntad en una acción aún contra la resistencia de otros; *c)Persuasión* (superar la resistencia por medio de palabras y argumentos que induce en la mente del persuadido la creencia de que debería cumplir); y *d)Fuerza*. Explica que la autoridad es aquella forma de dominación y control marcada por el reconocimiento incuestionable de los que deben obedecer, cuando no son

[20] FRANKEL, Marvin E., El juez adversario, Nueva Doctrina Penal, 2000/A, Del Puerto, Buenos Aires.
[21] Lo describe magistralmente RAFECAS en relación al nazismo en Historia de la solución final, 6° Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.

necesarias la coerción ni la persuasión[22]. Los que obedecen los mandos de la autoridad lo hacen espontáneamente porque los entienden como correctos y necesarios; correctos porque la persona o institución que emite la orden está legitimada; necesario porque, sociológicamente hablando, la autoridad genuina imposibilita considerar alternativas serias[23].

La actividad policial puede ser obstaculizada o condicionada a desobediencias y resistencias, actuales, inminentes o potenciales, por lo que se le otorga a quienes la ejercen la potestad del uso de la fuerza, o al menos la amenaza de hacerlo. Cuando esta facultad se ejerce con un fin legítimo y de una manera racional y proporciornada, se encuentra justificada. Por eso para KLOCKARS, la legitimidad y la moralidad de la mentira policial son, como la fuerza, un medio inestable de control social[24].

CISKE considera que mientras ha sido tradicional describir el rol de la policía en el contexto de la teoría del contrato social, tal definición no es aquí suficiente. Que puede ser mejor enmarcado en el contexto de la definición presentada por BITTNER, "como un mecanismo para la distribución de fuerza coercitiva no negociable, empleado en emergencias situacionales"[25]. Para este último autor, la sociedad reconoce tres formas legítimas de fuerza de respuesta: la que se usa en defensa propia, la autorizada a ciertos tipos de profesionales (empleados de hospitales mentales, guardias de prisiones) encargados de proceder coercitivamente contra personas especialmente designadas y la instituida en el poder de policía[26]. La consecuencia que deriva CISKE es la justificación de la mentira como preferible sobre la fuerza dentro del control social que forma las bases para la moralidad de las políticas de la mentira; en la clasificación de KLOCKARS, mentir o engañar es una subespecie de la dominación por persuasión, porque comunica

[22] KLOCKARS, Carl B., Blue lies and police placebos-The moralities of police lying, American Behavioral Scientist, 27, 4, Sage Publications, marzo-abril 1984, ps. 529 y ss. https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=100392

[23] Esperar pacientemente la luz roja hasta que se ponga en verde antes de pasar, aun cuando el camino esté obviamente despejado y no haya posibilidad de detección (KLOCKARS, ob. cit., p. 521, también en CURRAN, James T. – FOWLER, Austin/WARD, Richard, Police and Law Enforcement, 4, AMS Press, 1973, ps. 131 y 132).

[24] KLOCKARS, American Behavioral Scientist, 27, 4, 1984.

[25] CISKE, Matthew, The ethics of police deception, Ohio University, 27/7/2009, https://www.ohio.edu/ethics/1999-conferences/the-ethics-of-police-deception/.

[26] BITTNER, Egon, Capacity to Use Force as the Core of the Police Role, en *Moral Issues in Police Work*, ELLISTON /FELDBERG (dirs.), Rowman & Allanheld, 1985. Advierte sobre la falta de guías, lineamientos o rangos específicos de objetivos que los oficiales de policía tengan en cuenta sobre cuando aplicar fuerza y que la sociedad ha fallado en desarrollar un criterio que pueda permitir el juzgamiento de si una actuación por la fuerza fue necesaria; concluyendo que la función primaria de la intervención policial es hacer uso de la capacidad y autoridad para vencer resistencia en el intento de dar solución frente a un crimen o asistencia (https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=151406).

un mensaje que el remitente sabe que es falso con la intención de sacar de la mente del receptor la capacidad de delinear su propia conclusión[27].

V. JUSTIFICACIONES DE LA MENTIRA POLICIAL

Siendo tan diversas las causas y fines del engaño, y aceptando que puede haber mentiras necesarias o bien intencionadas, para analizar su admisibilidad en un proceso penal sin que se lesione el debido proceso, se impone distinguir situaciones, porque a veces está justificado mentir. En una primera lectura tal afirmación puede sonar mal. Podría responderse que el fin nunca puede justificar los medios. Pero ésta suele ser una de esas frases que se repiten mecánicamente, sin reparar que en ocasiones es falsa, puesto que cotidianamente sopesamos medios y fines. Muchas veces en la vida el fin justifica los medios, a punto tal que hasta el derecho lo reconoce, como sucede cuando se autoriza a causar un mal en defensa propia, o de un tercero, o por necesidad; romper puertas para allanar, esposar para trasladar detenidos, abortar para salvar la vida de la madre, etc. Así, admitimos que se mutile el cuerpo para curar; cortar el tránsito para arreglar una calle; encerrar a quien ha cometido un delito; anestesiar para sacar una muela; sacrificar animales para comer, expropiar una fracción de campo para hacer una ruta, talar un árbol que se puede derrumbar, etc. Y a nadie se le ocurre proclamar que, en sí mismo, está bien o es lindo mutilar, encerrar, clavar agujas, quitar la propiedad, sacar árboles. En definitiva, todo depende del grado de racionalidad, necesidad y proporción que tengan los medios con los fines legítimos.

CISKE defiende enfáticamente que los policías y otros investigadores penales tienen éticamente permitido el empleo de engaños o mentiras. Es más, cree que hay casos donde el policía está moralmente obligado a mentir. También cita el argumento de KLEINIG, según el cual como los delincuentes tienen alguna razón para prever que la fuerza y el engaño serán usados en su contra, igualmente están dispuestos a hacerlo para su propio escape[28].

Desde la filosofía moral se ha señalado que uno puede mentir justificadamente cuando no hay otra alternativa buena y veraz y los daños causados por la mentira son

[27] CISKE, Matthew, The ethics of police deception, Ohio University, 27/7/2009, https://www.ohio.edu/ethics/1999-conferences/the-ethics-of-police-deception/

[28] KLEINIG, John, The Ethics of Policing, Cambridge University Press, 1996, ps. 132 y 133. Limita CISKE que el policía deberá tomar en cuenta qué tipo de métodos están permitidos y cuáles serán los costos (art. cit.).

superados por sus beneficios; y que las justificaciones para la mentira incluyen prevenir daños, producir un beneficio, contribuir a la justicia y corregir la injusticia [29].

La delimitación de los casos, situaciones y condiciones en las que es admisible el engaño policial es relevante, no sólo para analizar la validez del procedimiento dentro de un debido proceso, sino también para que el policía pueda asumirlo. Es importante que cuando la mentira está razonablemente justificada, al momento de declarar sobre el caso ante un tribunal, en lo posible se la admita, porque de esta manera se puede explicar su por qué, de forma tal que sea entendible. Inclusive puede ser el mismo fiscal el que se adelante a la debilidad que implica un testimonio al que se le descubren falsedades, pidiéndole al policía que transparente su situación[30].

Pasemos a continuación a ver casos en que es posible el uso de mentiras.

1. Engaños legales

Una primera y más sencilla justificación se da cuando la mentira tiene previsión legal expresa al haber reconocido el legislador su carácter necesario. Por ejemplo, en criminalidad organizada a veces es necesario infiltrar el grupo con un agente encubierto, que simulará ser un delincuente a fin de poder conseguir las pruebas; o bien hacer entregas vigiladas, haciendo creer que no se descubrió un cargamento para detectar quien lo recibe, pudiendo inclusive cambiarse la droga por algo de apariencia similar. Para proteger testigos y arrepentidos, puede ser válido cambiar su identidad o el carácter en el que declaró (p. ej., se hace constar en la causa a la que tienen acceso los imputados que fue una denuncia anónima en vez de una delación premiada de un coimputado). Ciertos fenómenos delictivos se despliegan en un marco de precauciones o bien en ámbitos muy cerrados o íntimos, por lo que legítimo el recurso de engañar a los autores para poder comprobar sus conductas y someterlos a proceso. Por ejemplo, en la investigación de pornografía infantil por internet, es legítimo que un agente del Estado cree un perfil o usuario fácil y se haga pasar por depravado digital; o en la venta de drogas es admisible que el policía actúe como agente revelador actuando como comprador de estupefacientes. Con razón la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo

[29] BOK, Sissela, Lying: Moral choice in public and private life, nota 66, 1978, ps. 78/86 citado por COURTNEY HRITZ, p. 488.

[30] "No hay razón para sentirse incómodo al testificar sobre el uso legítimo de trucos o engaños. La mayoría de los miembros del jurado entienden fácilmente que el trabajo encubierto y el engaño a menudo son necesarios para atrapar ladrones cuyos crímenes se cometen normalmente en secreto" (DEVALLIS RUTLEDGE, The Lawful Use of Deception, Police, The Law Enforcement Magazine, 1/1/2007, http://www.policemag.com/channel/patrol/articles/2007/01/point-of-law.aspx).

hace tiempo que los artificios y estratagemas pueden ser empleados para atrapar a aquellos involucrados en empresas delictivas[31]; y que el mero hecho del engaño no derrotará la actividad persecutoria, ya que hay circunstancias en las que su uso es la única técnica práctica viable disponible para la aplicación de la ley[32].

2. La mentira como medio menos lesivo

Otros casos en los que puede defenderse el engaño policial, es cuando se trata de supuestos en los que el acto puede cumplirse por la fuerza o con medidas de coerción más gravosas, por lo que aquí la mentira sería el medio menos lesivo para lograrlo. Supongamos que un agente debe detener a un loco agresivo para su internación, y logra hacerlo pidiéndole que lo acompañe a ver a un amigo que lo espera, llevándolo así mansamente hasta la clínica psiquiátrica. Mucho mejor que reducirlo violentamente, sujetarlo, etc. Otra hipótesis: una persona está con orden de captura y hay que efectivizarla en el interior de su casa. El policía puede conseguir una orden de allanamiento e invadir su propiedad, pero decide hacerlo sin afectar su intimidad doméstica. Golpea la puerta y haciéndose pasar por el cartero lo detiene cuando sale a la vereda a recibirlo. En la misma línea se ubican distintos tipos de celadas[33]. Ningún mandamiento impone una investigación "boba" y la "picardía" policial no está proscripta siempre y cuando no transgreda una ley o constituya un atajo, trampa, ardid o subterfugio para violar garantías constitucionales (p. ej., engañar al sospechoso para que se autoincrimine), o instigar la comisión de un delito (p. ej., la provocación). Ergo, utilizar ardid o engaño para asegurar el éxito de un procedimiento (p. ej., se lo distrae al sospechoso examinando la documentación del vehículo, mientras se revisa si el rodado esconde droga), será válida siempre que no supere este límite, es decir, cuando mediante la estrategia no se obtenga una confesión ni una producción de prueba por parte del

[31] "Sorrells v. U.S." (287 US 435 -1932-).

[32] "U.S. vs. Russell" (411 US 423 -1973-).

[33] BÖHMER la define como "acción planeada cuidadosamente por una autoridad de aplicación de normas con el objeto de atrapar in fraganti a quienes serán previamente sospechosos de la comisión de un delito". Distingue las formas de la estrategia: infiltración en grupo sospechoso; orquestación de engaños pensados para que alguien caiga en la celada y cometa del delito; facilitación de material u oportunidades (La celada legal y los fundamentos del proceso penal, LL, Doctrina, Buenos Aires, 1992-B). Más amplia parece ser la opinión de Nino; frente a las críticas a las celadas de generar recelos y sospechas en la sociedad, responde que él no los tendría en la medida que estuviera dispuesto a mantenerse en los márgenes de la ley y observa que la celada aumenta la eficacia preventiva de la pena, pues crea oportunidades de detención que no habría de otro modo, porque el que está por cometer un delito no sabe si es objeto o no de una celada y si lo sospechase tiene más motivo para sentirse disuadido de la comisión del hecho (NINO, Carlos, Un país al margen de la ley, Emecé, Buenos Aires, 1992, p. 265; ambos autores cit. por GARIBALDI, E.L., Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito, Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, ps. 153 a 155).

imputado (supuesto éste en que ya no sería legítima la "táctica"). Mucho más válido será el recurso engañoso, cuando constituya la vía idónea tanto para evitar el uso de la fuerza, salvar vidas, o evitar que la violencia permitida pueda afectar a víctimas o terceros (p. ej., si en una crisis con rehenes se le hacen promesas al captor a sabiendas de que no serán cumplidas).

El engaño adoptar la forma de "celada"; entendida como aquella estrategia que en cualquier parte del mundo la policía puede poner en marcha para atraer a autores de hechos seriales muy específicos o delincuentes escurridizos, mediante la utilización de un "anzuelo con carnada" o puestas en escena a modo de "trampas" con "llamadores", para ver si el buscado "pisa el palito". Si en una zona en cierto horario hay una patota que golpea linyeras, es legítimo que un policía se disfrace de vagabundo y se ubique en el sector; o frente a un depravado que sorprende a mujeres en lugares muy puntuales, es un recurso válido que una mujer policía simulando no serlo recorra el área para captar la presencia del autor; o que para atrapar a un agresor de transexuales, un policía adopte apariencia de travesti. También dejar estacionado un vehículo con GPS oculto en un sector donde hay altas tasas de sustracción de automotores. Ni siquiera cabe hablar de una provocación o instigación policial, por cuanto ésta se da cuando el autor es convencido o persuadido de cometer un hecho delictivo o se le introduce la iniciativa o idea de hacerlo, en cambio en estos casos, sólo se aprovecha su decisión libremente determinada de antemano, poniéndole las condiciones para que se muestre o evidencie. Por ejemplo, un proveedor de una banda narco buscado por enviar 80 kilos de marihuana, fue atrapado cuando concurrió a una supuesta cita amorosa originada en una agente de la Policía Federal que lo sedujo por Facebook y pactó el encuentro en el que lo arrestaron[34]. Genial.

La doctrina y jurisprudencia norteamericana son prolíficas en la justificación de la mentira policial cuando sirve como alternativa al uso de la fuerza.

Autores consideran que a los policías les puede resultar necesario mentir, a pesar de las reservas morales, porque posiblemente sea una herramienta útil para conducir a resultados deseables, como controlar situaciones y evitar el uso de la fuerza[35].

[34] CLARÍN, Buenos Aires, 7/2/2017.

[35] SKOLNICK, Jerome H. – LEO, Richard A., *The Ethics of Deceptive Interrogation*, Crim. Just. Ethics, 1992, 3, 7–9, cits. por COURTNEY HRITZ, ob. Cit., p. 488. La última autora también cita a Sissela BOK, en el sentido de que "seguramente si la fuerza es permitida, una mentira debería igualmente serlo, quizás en el momento más permisible".

KLOCKARS dice que está generalmente admitido que la mentira es más preferible que la fuerza, y es esta concesión la que forma la base para la legitimación de la mentira policial: cuando la policía goza de un derecho legítimo a usar la fuerza, adquiere un derecho moral a sustituirla por la mentira para lograr los mismos fines[36].

Las "mentiras azules", como las llama KLOCKARS, son vertidas para el control de los engañados, por ende, los individuos con más probabilidades de convertirse en engañados por las mentiras azules, son aquellos que se presume no se someten sumisamente al poder y la autoridad de la policía o a los simples intentos de persuasión.

Las mentiras justificadas por su finalidad y necesidad, no sólo pueden estar dirigidas al autor de un delito, también hacia otras personas (p. ej., si un policía ya sabe quién es el autor de un delito, pero no quiere decirlo hasta detenerlo porque teme filtraciones, bien podría decir a sus compañeros o a la prensa que no lo sabe, e inclusive dar otro nombre para desviar la atención; o decir que no conoce quién le dio una información, si al exponerlo lo coloca en serio riesgo). En este sentido, KLOCKARS incluye en la categoría de mentiras azules, además de las dichas a sospechosos para conseguir que "vengan tranquilos", también las manifestadas a los superiores, o aun en la Corte, de manera tal que la mentira pueda continuar cumpliendo su misión.

El engaño como método menos lesivo y preferible al uso de la fuerza, también puede engarzarse con el fenómeno que se ha ido dando en las últimas décadas acerca de la mayor visualización de los procedimientos policiales. En efecto, al ser cada vez más captados, registrados por cámaras de todo tipo y posteriormente difundidos masivamente, aún cuando el uso de la fuerza haya sido proporcionado y necesario, la visualización al que no está en contacto o acostumbrado produce un fuerte rechazo[37]. Por otra parte, la tecnología es un buen instrumento de control y prueba para aquellos casos en que la violencia es excesiva o injustificada, generando un nuevo modelo de escrutinio social.

3. Mentiras piadosas

El título coincide con el que lleva la canción de Joaquín Sabina, según la cual en "historias de dos conviene a veces mentir que ciertos engaños son narcóticos contra el

[36] KLOCKARS, Carl B., American Behavioral Scientist, 27, 4, 1984, ps. 529 y ss. https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=100392

[37] Desde hace tiempo los estudios vienen demostrando que a mayor difusión de las imágenes de los procedimientos, mayor es la percepción social sobre la violencia policial (JEFFENS, Erik S.-KAMINSKI, Robert J.-HOLMES, Stephen-HARLEY, Dena E., The effect of a videotaped arrest on public perceptions of police use of force, Journal of Criminal Justica, 25, 5, 1997, ps. 381 y ss..

mal de amor". No es muy distinto en otras situaciones. Hay veces que el objetivo de la mentira es evitar o atenuar el sufrimiento ajeno, tranquilizar, pacificar. Podríamos decir que en este supuesto el menoscabo de la verdad se basa en razones humanitarias, compasivas o terapéuticas. Es lo que ocurre si al que amaga con suicidarse, se le dice que la persona amada que lo abandonó está pensando en volver.

KLOCKARS denomina "placebo policial" a este tipo de engaños. Como ejemplos comunes cita: prometer vigilar de cerca un área o vivienda después de que una persona ha sido víctima de un delito o tiene miedo de ser victimizado por las noticias de los medios; asegurar que robos con características de haber sido trabajo de profesionales, probablemente fueron sólo travesura de chicos; decirle a un niño seriamente herido o a la viuda de la víctima de un accidente, que el fallecido está bien o recibiendo ayuda médica experta; comunicarle al familiar de la víctima de un accidente fatal que su ser querido murió instantáneamente y sin dolor, aun cuando el oficial sabe que no fue así, entre otros[38]. KLOCKARS identifica cuatro características que distinguen los placebos de otras formas de engaños de la policía: la mentira da la sensación al engañado de que los policías son eficientes; el placebo es dado parcial o totalmente en beneficio del engañado; y el que miente asume que el engañado no estará mejor asistido por alguna respuesta no engañosa[39].

Algunas de las mentiras citadas por KLOCKARS pueden ser reprochables dependiendo de las circunstancias. Si una víctima tiene miedo y para tranquilizarla se le miente que va a tener custodia, la justificación de la mentira estará dada por el grado de riesgo en que se encuentre. Una cosa es que el temor sea infundado o genérico, y otra muy distinta es que exista un peligro y se lo minimice o ignore, dejando aún más indefensa y expuesta a la persona que reclama ayuda.

4. El ardid para ocultar la intervención policial y asegurar el resultado

Muchas veces el investigador debe emplear estrategias y tácticas de simulación y camuflaje para evitar ser detectado, porque de lo contrario se frustraría su tarea. Si tiene que observar una casa a fin de determinar si venden drogas, obviamente no lo va a hacer con uniforme frente a la puerta. A tal fin podrá disfrazarse, hacerse pasar por otro, etc.

[38] KLOCKARS, Carl B., Blue lies and police placebos, 1984, citado por BARNES, John A., A pack of lies-Towards a sociology of lying, Cambridge University Press, 1994, ps. 43/44.
[39] Idem, p. 44.

Hay una amplia gama de técnicas sigilosas de averiguación que no vulneran derechos constitucionales. Por ejemplo, un agente vestido de civil que se sienta a leer el diario en la mesa del bar contigua a la del sospechoso para observar los detalles del tatuaje que luce en el brazo, no está afectando ninguna expectativa legítima de privacidad, y por eso está habilitado a hacerlo aun sin orden judicial. Situación análoga fue la ocurrida con policías que integraron un equipo de fútbol para interactuar en un partido con los rivales, entre los que suponían podía estar un escurridizo prófugo, al que así lograron identificar y capturar cuando se disponía a patear un penal[40].

La jurisprudencia extranjera ha convalidado el ardid policial como estrategia de investigación. Así sucedió en un caso[41] donde la DEA había tomado conocimiento por escuchas que el empleado del líder de una banda transportaría drogas en un vehículo. Los agentes contaban con orden de secuestro del rodado, pero querían hacerlo sin que se enterara el dueño del cargamento. Lo lograron mediante el artilugio de chocar levemente el automotor en cuestión y al bajarse el conductor, un agente se apoderó del vehículo simulando que se trataba de un robo. El tribunal convalidó el procedimiento argumentando que el fin era detener el traslado de estupefacientes antes de que llegue a destino, un objetivo claramente importante y legítimo; también se dirigía a proteger la reserva de los resultados de la investigación; la lesión constitucional fue relativamente leve ya que el uso de la fuerza por la policía lejos de ser excesivo, fue menor; y lo único que tuvo que hacer el imputado fue salir del vehículo y examinar el paragolpes (se hizo la salvedad que distinta hubiera sido la decisión si la salud del imputado se hubiese puesto en riesgo o si la violencia hubiera sido desmedida)[42].

El engaño también puede admitirse cuando se lo aplique como contramedida del ardid o estrategia que adopta el investigado para evitar ser descubierto y lograr su impunidad. La justificación radica en que aparece proporcionado y útil para lograr y asegurar un resultado eficaz. Lo contrario sería rendirse y resultar derrotados por la creatividad y el ingenio de los que delinquen aceptando la impunidad. Por ejemplo, el

[40] https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2019/06/10/policias-se-hicieron-pasar-por-jugadores-de-futbol-y-atraparon-a-un-acusado-de-homicidio-lo-detuvieron-cuando-iba-a-patear-un-penal/

[41] "US vs. Alvarez Tejeda", 491 F.3d 1013 -9th Cir.- (2007).

[42] En comentario a ese fallo señala BERNARDINI que "nadie puede negar que en la persecución del delito, la policía deba actuar con una dosis de astucia y picardía", pero se pronuncia en contra de la solución adoptada porque al "consagrar precedentes como el nombrado, lejos de premiar la viveza de los agentes para aportar pruebas a un proceso penal, consagra un cheque en blanco para futuras actividades policiales ilegales" (BERNARDINI, Pablo, La utilización de ardid o engaño en los procedimientos policiales, ¿un cheque en blanco para las actividades policiales ilegales en la recolección de pruebas?, Actualidad Jurídica, Córdoba, 2011, ps. A 211 y ss.).

juez ordenó la interceptación del celular del sospechoso y cuando se está realizando en modalidad directa (escucha directa) aguardando la entrega del cargamento de droga para poder incautarla, se advierte que los involucrados van a continuar la comunicación usando canales de chat difíciles de acceder (p. ej., de juegos en línea). Sería legítimo contrarrestarlo solicitando a la empresa telefónica que suspenda por un tiempo los datos al usuario para que de esta manera desviarlo a que tenga que comunicarse con sistemas más comunes (p. ej., llamadas de voz). Desde el punto de vista de la injerencia constitucional no hay un cambio sustancial, porque si un órgano jurisdiccional ya dispuso la restricción al secreto de las comunicaciones, la vía por la cual se las entablen no modifica el tipo de afectación. Tampoco se violan garantías cuando se oculta la finalidad del procedimiento dándole otra apariencia para que se puede cumplir eficazmente (v. gr. si al amparo de la autorización jurisdiccional para detener a una persona se simula un retén o control vehicular de rutina para no alertarla y evitar que escape).

VI. LOS PROBLEMAS DE ADMITIR LA MENTIRA

La mentira, por regla, es un disvalor que va en contra de mandatos éticos y morales, con consecuencias prácticas perniciosas. Socava la confianza en las instituciones, puede afectar la credibilidad de los procedimientos y fidelidad de las pruebas. CISKE señala que el engaño puede crear la percepción de las fuerzas legales como de la misma clase que los delincuentes y fugitivos, aun si el engaño es reconocido públicamente con posterioridad[43].

Otro problema de otorgar "licencia para mentir" a policías, es que se puede volver difícil controlarla, pudiendo fomentarse su extensión de forma tal que en algún momento nadie sepa qué es cierto y qué no. COURTNEY sostiene que cuando la gente con poder dice mentiras, el potencial para la propagación y abuso se magnifica, dando lugar a la necesidad de normas claras y salvaguardas[44]. En la misma línea, KLOCKARS alerta que, debido a su atractivo seductor, existe la posibilidad de que aquellos que se vuelven hábiles para mentir utilicen esa habilidad de manera casual e irresponsable; que

[43] CISKE, Matthew, The ethics of police deception, Ohio University, 27/7/2009, https://www.ohio.edu/ethics/1999-conferences/the-ethics-of-police-deception/. Agrega que mentir es efectivo sólo en la medida de la persona siendo engañada crea y la credibilidad del que engaña permanezca públicamente intacta. El descubrimiento público engaño previo pone eso en riesgo.

[44] Ob. cit. p. 499.

la mentira está siempre en peligro de ser descubierta, es abusiva para la voluntad de la persona a la que se le ha mentido y es probable que provoque una reacción hostil[45].

En consecuencia, volvemos a lo dicho al principio, sobre la necesidad de admisión de la mentira únicamente en casos puntuales bien delimitados, circunscriptos a momentos y actos puntuales del proceso[46].

VII. LA UTILIZACIÓN DE MENTIRAS EN LOS INTERROGATORIOS POLICIALES

Nuestro sistema prohíbe el engaño como método de obtención de confesiones y lo permite en defensa de los imputados. En el estadounidense es al revés: se admite la mentira de los policías en los interrogatorios a sospechosos y se la castiga cuando el que miente es el acusado declarando.

En un excelente estudio crítico sobre la utilización de la mentira en interrogatorios policiales en Estados Unidos, COURTNEY HRITZ expresa que sin la disponibilidad de la fuerza, la policía de ese país ha virado hacia métodos sicológicos tales como la astucia y la mentira para compeler a confesar, a diferencia de otros países, inclusive con sistemas emparentados, como Gran Bretaña y otras naciones europeas, que han prohibido las mentiras en interrogatorios por el daño que causan. En cambio, en Estados Unidos, la jurisprudencia ha respaldado esta práctica[47]. Explica que la Corte Suprema de esa nación no extiende los métodos prohibidos a todas las mentiras ("Miranda", 384 U.S. at 448) y que si bien admite que tanto la mentira como la fuerza pueden ser coercitivas en los interrogatorios bajo custodia, en vez de prohibir totalmente las primeras, las supedita a que la policía haya realizado las advertencias de "Miranda" (por el citado fallo que consagró la famosa obligación vista en tantas series y películas, de advertir los derechos al detenido –guardar silencio y contar con abogado-)[48]. También que para considerar la confesión voluntaria, el Estado tiene la carga de probar que no fue producto de coerción,

[45] KLOCKARS, Carl B., American Behavioral Scientist, 27 4, 1984, ps. 529 y ss.

[46] CISKE (The ethics of police deception) observa que el engaño puede ocurrir en cualquiera de las etapas del proceso de investigación, interrogación o en el testimonio ante la Corte y cita que cada etapa está sujeta a normativa que va incrementando las restricciones. En la fase de la investigación la policía tiene permitido por las Cortes involucrarse en engaños y están entrenados para ello (SKOLNICK, Jerome H., Deception by Police, en Moral Issues in Police Work, Rowman & Littlefield: Savage, MD, 1985, p. 80).

[47] COURTNEY HRITZ, Amelia, Voluntariness with a vengeance: the coerciveness of police lies in interrogations, Cornell Law Review 2, 102, 2017, ps. 487 y ss.

[48] En su trabajo, COURTNEY cita la parte de ese fallo donde dice que la coerción puede ser tanto mental como física, por lo que "la sangre del acusado no es el único sello distintivo de una inquisición inconstitucional" (según "Blackburn vs. Alabama", 361 U.S. 199, 206 -1960-).

sea física o sicológica ("Miranda"), debiendo ser resultado de una "libre e inconstreñida elección".[49] Y para determinar si la confesión fue el producto de la propia elección del que la hizo, las Cortes examinan la totalidad de las circunstancias del caso[50].

Volviendo al punto de la relación entre el interrogatorio mediante engaños y la previa información de derechos, COURTNEY expone que aunque el requerimiento de que los sospechosos confiesen voluntariamente está separado de la exigencia de que estén "mirandarizados", cuando las Cortes evalúan la voluntariedad, a menudo asignan gran peso sobre las advertencias de Miranda[51]. También expone que por ello es que consistentemente con el respeto de las Cortes a las salvaguardas de "Miranda", una vez que los sospechosos han sido "mirandarizados", las Cortes han juzgado de voluntarias a confesiones, a pesar de mentiras policiales respecto a la seriedad de los cargos, promesas de lenidad, presencia de evidencia física y declaraciones de cómplices[52]. En esta línea podemos traer el caso "Oregon vs. Mathiason", en el cual los policías le

[49] "Culombe vs. Connecticut", 367 U.S. 568, 602 (1961).

[50] "Frazier vs. Cupp", 394 U.S. 731, 739 (1969). A tal fin consideran la conducta de los policías, lugar y extensión de la interrogación, y las características del sospechoso, según "Connelly", 479 U.S. 164, fallo para el cual la enfermedad mental del sospechoso no es suficiente para considerar una confesión involuntaria (COURTNEY HRITZ, ob. cit., ps. 490 y 491). Con cita de doctrina y jurisprudencia agrega que las características relevantes de los sospechosos incluyen edad, función intelectual, madurez, salud mental y condición física (incluyendo estados como intoxicación) ("Withrow vs. Williams", 507 U.S. 680, 693 -1993-) y que la confiabilidad o no de la confesión no es en sí misma parte del análisis del debido proceso ("Connelly", 479 U.S. at 167; WELSH S. White, False Confessions and the Constitution: Safeguards Against Untrustworthy Confessions, 32 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 105, 106 -1997-).

[51] Cita a Gerard E. LYNCH, *Why Not a* Miranda *for Searches?*, 5 Ohio St. J. Crim., L. 233, 234, 2007. También que está consolidadamente establecido que un aspecto de la historia de "Miranda" fue producto, en parte, de la frustración judicial por la dificultad de aplicar un test de la "totalidad de las circunstancias" para determinar la voluntariedad de confesiones (MAGID, Laurie, *Deceptive Police Interrogation Practices: How Far Is Too Far?*, 99 Mich. L. Rev. 2001, nota 12, 1175–76, sosteniendo que, después de "Miranda", los fallos de la Corte Suprema han sido más favorables hacia los interrogatorios y confesiones policiales). En similar sentido, Brandon L. GARRETT, The Substance of False Confessions, 62 Stan. L. Rev., 1051, 1093, 2010).

[52] Cita que las Cortes generalmente no juzgan de coercitivas a las mentiras en la medida que no impacten en las decisiones de los sospechosos relacionadas a renuncias de los derechos de "Miranda" (Miriam S. GOHARA, A Lie for a Lie: False Confessions and the Case for Reconsidering the Legality of Deceptive Interrogation Techniques, 33 Fordham Urb. L.J., 2006, 795). También a Marcus, Paul, It's Not Just About Miranda: Determining the Voluntariness of Confessions in Criminal Prosecutions, 40 Val. U. L. Rev., 2006, nota 20, 612, encontrando un pasmoso número de casos en los cuales los jueces sostuvieron la validez de confesiones cuando los funcionarios mintieron a los imputados sobre materias significantes para inducir la incriminación). Agrega que en un repaso exhaustivo, MARCUS encontró solo dos Cortes que expresaron preocupación respecto de mentiras policiales sobre la prueba ("US vs. Orso", 266 F.3d 1030, 1039, 9th Cir. 2001, encontrando la mentira reprochable; y "State vs. Register", 476 S.E.2d 153, 158, S.C. 1996, calificándola de deplorable). A pesar de esos calificativos, ambos casos admitieron las confesiones). Por ejemplo, la CS en "Frazier vs. Cupp" sostuvo que una confesión fue voluntaria, aun cuando era consecuencia de la mentira de un oficial informando la confesión de un cómplice (394 U.S. 731, 739 (1969)). En "Miller vs. Fenton" (474 U.S. 104, 109 -1985-), se sostuvo que ciertas técnicas de interrogación, ya sea en soledad o aplicada a las características únicas de un sospechoso en particular, son tan ofensivas al sistema de justicia civilizada que deben ser condenadas bajo la cláusula del debido proceso de la enmienda 14).

mintieron a un sospechoso de robo que habían levantado sus huellas dactilares en el lugar del hecho; el sospechoso confesó y la Corte sostuvo que su engaño no invalidaba la declaración[53].

COURTNEY cita que uno de los objetivos de los modernos interrogatorios de la policía americana es comunicar que la resistencia del sospechoso es fútil, porque el resultado es inevitable, y de esta manera confesar es en el interés del sospechoso[54]. Esto se relaciona con la "técnica Reid". Siguiendo a GARCÍA MIRANDA, consta de nueve pasos. *1. Confrontación*: asegurarle al sospechoso que cuentan con evidencias suficientes de culpabilidad. *2. Desarrollo de minimización*: motivos que pudieran justificar o explicar el delito para atenuar o exculpar la responsabilidad del culpable. *3. Interrupción de negaciones*: evitar que el acusado niegue su culpabilidad, mermando así sus defensas, reiterando el mecanismo. *4. Superación de objeciones*; *5. Acaparamiento de la atención*: se ofrece al acusado escucha, atención, apoyo y comprensión, a modo de establecimiento de un vínculo emocional. *6. Potencial quiebre*: tras haber perdido las defensas que mantenían en la negación, es normal que se desmorone y caiga en el llanto. El entrevistador puede hacer una lectura de arrepentimiento de esa actitud y aprovecharla para obtener conclusiones. *7. Pregunta alternativa*: del tipo: "¿Lo planeaste o te acorraló un impulso?". Con cualquiera de las dos respuestas, el entrevistado asume su culpabilidad. *8. Desarrollo de la confesión verbal*: momento de dejar hablar al acusado y añadir las ideas necesarias para que exteriorice todo lo ocurrido. *9. Declaración escrita de la confesión*: Se utiliza el registro de todo lo relatado a lo largo de la sesión para escribir la declaración[55].

[53]Ver DEVALLIS Rutledge, The Lawful Use of Deception, Police, The Law Enforcement Magazine, 1/1/2007, http://www.policemag.com/channel/patrol/articles/2007/01/point-of-law.aspx.

[54] Saúl KASSIN- Steven A. DRIZIN, Thomas GRISSO, Gisli H. GUDJONSSON, Richard A. Leo & Allison D. REDLICH, Police-Induced Confessions: Risk Factors and ecommendations, 34 L. & Hum. Behav. 3, 2010, nota 11, ps. 16 y17). La policía mentirá en pos de estos objetivos por vía de minimizar la seriedad del delito y tergiversando la fuerza de la prueba (SLOBOGIN, Christhoper, Deceit, Pretext, and Trickery: Investigative Lies by the Police, 76 Or. L. Rev. 775, 789–801, 1997, nota 66, ps. 785 y 786).

[55] GARCÍA MIRANDA, Carlos, ¿Confesaría un crimen que no ha cometido?, El País, Madrid, 27/1/2016. Agrega que este método se utiliza en todo el mundo, cuenta con una demostrada eficacia y son muchas las confesiones previas al interrogatorio obtenidas con su utilización, aunque hay países, sobre todo europeos, que la rechazan por la directibilidad que guía el interrogatorio, que puede reducir la validez de la confesión. Se critica que su objetivo no es encontrar la verdad, sino desequilibrar los mecanismos de respuesta racional del investigado hasta llegar a la contestación que se necesita para condenarle. Las horas de encierro quizás pueden llevar hasta un punto en el que la confesión de la acusación se convierta en algo más sencillo que su negación.

COURTNEY HRITZ acude al caso "Thomas"[56] en apoyo de su posición contraria a la admisión de interrogatorios engañosos. La policía sospechaba que un padre había lesionado críticamente a su hijo de escasa edad, en base a la opinión del médico de la sala de emergencia del hospital en orden a que el cráneo del niño estaba fracturado. La policía interrogó a Thomas por horas haciendo todo lo posible para convencerlo de decir lo que ellos pensaban que era la "verdad". Con esa finalidad, le dijeron al interrogado múltiples mentiras (le insistían una y otra vez que podía salvar la vida de su hijo con solo explicar cómo había sido la lesión -el niño tenía muerte cerebral y no había esperanza de recuperación-; que si confesaba podían pasarlo por un accidente y se iba a su casa; que si no lo hacía buscarían a su esposa para interrogarla bajo custodia). Después de varias horas de negar que hubiese lesionado a su hijo, ante la insistencia policial el interrogado aceptó primero que él podía haber tirado a su hijo, y luego dijo que lo arrojó al piso. El Tribunal de juicio admitió la confesión y el jurado lo condenó a pesar de la forma en que fue obtenida y aun frente a evidencia médica de que el cráneo del niño no estaba fracturado y que podía haber fallecido por una infección y no por una lesión[57]. Otro fue el criterio de la Corte de Apelaciones, al sostener que las mentiras policiales señaladas fueron coercitivas. La Corte razonó que porque estas mentiras amenazaron con privar a Thomas de intereses vitales (su esposa y su hijo), la combinación de mentiras fue "lo suficientemente potente para anular el juicio individual", más aun tratándose de un interrogado sencillo que no tenía experiencia con el sistema de justicia criminal.

Casos famosos de confesiones por estrategias propias de la técnica Reid han sido llevados al cine y la televisión. La fenomenal serie "Así nos ven" que narra las injusticias cometidas en Nueva York contra un grupo de jóvenes negros, o la documental que muestra la autoinculpación de Brendan Dassey, un menor fronterizo que dijo haber colaborado en un asesinato supuestamente cometido por su tío, historia llevada a la pantalla por Netflix ("*Making a murderer*"), en una serie digna de ver para los espectadores del género policial/legal. Relata la historia de Steven Avery. Condenado por una violación, varios años después se descubre por pruebas de ADN que era inocente. Convertido en una celebridad contra las injusticias del sistema penal, al

[56] "People vs. Thomas", 8 N.E.3d 308, N.Y., 2014.

[57] COURTNEY (ob. cit., p. 489) cita doctrina advirtiendo que las técnicas sicológicas utilizadas por la policía para extraer la confesión de Thomas no fueron aisladas, sino que las han utilizado por décadas (DOROTHY HEYL, The Limits of Deception: An End to the Use of Lies and Trickery in Custodial Interrogations to Elicit the "Truth"?, 77 Alb. L. Rev. 931, 935, -2013-).

poco tiempo es incriminado y condenado a perpetua por un homicidio. Reproduce las escenas reales de las declaraciones y demás actos del proceso. Sentenciados él y su sobrino a prisión perpetua, actualmente está en proceso de revisión por las irregularidades de la pesquisa, principalmente la confesión del menor, en la que se advierte sin dificultades el grado de presión para lograrla. En 2017 una Corte de Apelaciones del 7mo. Circuito con sede en Chicago, en fallo dividido confirmó la anulación de la confesión del menor, por lo que el caso será revisado.

Es notorio que un país en el que la cláusula contra la autoincriminación involuntaria tiene una raíz histórica tan profunda que se remonta al nacimiento mismo de esa nación y al pasado colonial, admita confesiones logradas mediante engaños, cuando sabido es que, además de los problemas respecto a la afectación de la voluntad, son menos confiables en su calidad, o sea, en su credibilidad.

En Argentina y otros países de occidente la cuestión es más sencilla y respetuosa de un debido proceso. Tradicional y pacíficamente se ha entendido que la garantía consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional que prohíbe obligar a alguien a declarar contra sí mismo, abarca no sólo la violencia, sino también el engaño. La cuestión es sencilla: la confesión tiene que ser voluntaria (con discernimiento, intención y libertad), y la mentira es un vicio que priva al acto de ese requisito esencial. Precisamente por las manipulaciones que pueden suceder en las declaraciones vertidas en sede policial, el Supremo español tiene dicho que no pueden operar como corroboración de los medios de prueba, ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECR, ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de dicha ley y no pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron[58].

Como lo que proscribe la Constitución es ser obligado a declarar sobre un hecho ilícito o a producir prueba en contra, queda fuera de la protección constitucional el requerimiento a dar datos personales de identificación o actuar como objeto de prueba (tolerar pasivamente que otro produzca el conocimiento probatorio). En consecuencia, puede admitirse el engaño para lograr o facilitar una de esas finalidades cuando de no utilizarlo se frustraría. Por ejemplo, simular un control vehicular rutinario para observar

[58] TSE., Sala II, 3/6/2015. Agrega el acuerdo que cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias.

la fisonomía de un sospechoso o preguntarle sus datos personales, cuando en realidad se lo hace porque está siendo investigado. O también decirle al imputado que se niega a que le tomen fotografías, que no lo harán, mientras las logran obtener de manera subrepticia.

VIII. CONCLUSIONES

Por regla la mentira policial afecta el debido proceso. Excepcionalmente se pueden admitir engaños cuando están expresamente previstos en la ley (p. ej., el agente encubierto); si se trata de una alternativa menos lesiva que el empleo de la fuerza física; con fines humanitarios o compasivos; y el despliegue de ardides para ocultar o disimular la intervención policial.

Hay que tener cuidado con la extensión de la justificación de conductas policiales negativas porque llevada al extremo de considerar que los policías pueden adoptar acciones de la misma naturaleza de los que persiguen, se puede traspasar la delgada línea con el delito. No viene mal recordar la advertencia de Nietzsche: "Quien con monstruos lucha cuide de convertirse a su vez en monstruo".

* * * * * *

Prof. M.ª del Carmen Buendía Rubio

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Profesora tutora de Derecho Romano, Procesal, Penal y Mercantil de la UNED, España. Socia de la FICP.

~Evolución del sistema penitenciario español: del sistema progresivo al sistema de individualización científica~

I. INTRODUCCIÓN.

Con base en los sistemas americanos[1], el sistema filadélfico o pensilvánico, nacido a finales del siglo XVIII y caracterizado por el aislamiento celular de los presos, tanto diurno como nocturno, facilitándoles únicamente una Biblia, aunque posteriormente se permitió el trabajo en el interior de la celda; el sistema auburbiano o sistema de Auburn, implantado igual que el anterior en los EEUU a principios del siglo XIX, el cual permitía la vida en común de los presos durante el día, siempre y cuando respetaran la regla del silencio; y sobre todo, el sistema reformatorio, también denominado sistema de Elmira, destinado fundamentalmente a jóvenes delincuentes y caracterizado por la exigencia del ejercicio físico a los penados, la instrucción, la progresión de grados y la sentencia indeterminada hasta que el penado consiguiera reformarse, pudiendo el interno progresar o regresar de grado de acuerdo con la conducta observada por el mismo en prisión, constituyen y sobre todo, este último sistema, el precedente de lo que más tarde será el sistema de clasificación penitenciaria dividido en grados que actualmente se aplica en España.

II. EL SISTEMA PROGRESIVO PENITENCIARIO EN ESPAÑA.

Surge en la primera mitad del siglo XIX, a la par que en Europa, caracterizado por la división del tiempo de cumplimiento de la condena en diferentes períodos o fases, de tal manera que una vez superados los mismos por el penado, antes obtendría la libertad, convirtiéndose éste en el protagonista de la ejecución de su condena.

Desde su origen, el Derecho penitenciario español tiene carácter militar[2], no sólo los presidios tienen naturaleza castrense sino que la dependencia y dirección de los mismos es también militar, con la consecuente dureza en la ejecución de las penas impuestas.

---

[1] CERVELLÓ DONDERIS, V. Derecho Penitenciario, 3ª edición, edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp, 101-102 .

[2] GARCÍA VALDÉS, C. Apuntes históricos del Derecho Penitenciario Español, edit. Edisofer, Madrid, 2014, p. 13.

El cambio de sistema en el cumplimiento de ejecución de penas, comienza a finales del siglo XVIII, siendo Lardizábal uno de los pioneros del mismo, impulsando la creación de las *Casas de Corrección* como centro de internamiento de los delincuentes para su enmienda, si bien, son el general Abadía y el coronel Montesinos quienes impulsan las reformas y transformaciones que permiten un cambio sustancial en dicha ejecución.

El teniente general Francisco Xavier Abadía instaura, por primera vez, en los presidios de Cádiz, la nueva orientación respecto de la ejecución de las penas, organizando el *trabajo industrial* en dicho presidio, a donde fue destinado en 1803, redactando, entre otros, el Reglamento de 26 de marzo de 1805, estableciendo en dicho presidio una organización manufacturera compensadora que cubrió con creces los gastos de dicho Penal, gracias al desarrollo de los talleres. Otros elementos importantes de esta nueva normativa eran el criterio clasificatorio en base a la edad y conducta del penado, así como la tendencia humanitaria en los medios empleados para la corrección de los penados, abreviando la condena como recompensa a la conducta observada por los mismos. Sistema que se extendió posteriormente al resto de presidios de Andalucía, llegando a ser nombrado el teniente general Abadía, presidente de la Junta designada para el arreglo de los presidios del Reino, que daría lugar a la importante Ordenanza General de Presidios de 1834.

El sistema llevado a cabo por el coronel Manuel Montesinos y Molina, basado en principios humanitaristas, consigue, aplicando la Ordenanza General de Presidios de 1834 en la cárcel de Valencia, de la que fue director, unos índices de reincidencia casi nulos respecto de los penados que cumplían condena en dicho centro, utilizando por primera vez, métodos de persuasión y psicología habilitadora para corregir al penado, en lugar de castigos severos como los aplicados en épocas anteriores. Este sistema se basaba, además, en el conocimiento directo de la persona penada, en su intento de rehabilitación al preparar a los penados para que, aprendiendo un oficio, pudieran trabajar fuera del presidio una vez hubieran cumplido su condena, estableciendo la posibilidad de anticipar su salida de prisión acortando su condena por buena conducta y constancia en el trabajo así como en su capacidad de evitar la reincidencia, intentando su reinserción en la sociedad. "*Los tres períodos del sistema progresivo de cumplimiento de penas privativas de libertad, ideado y aplicado por Montesinos, el de hierros, el de trabajo y el de libertad intermedia, ponen las bases de las nuevas ideas*

que legislativamente se plasman en el Reglamento de 5 de septiembre de 1844 que desarrolla la Ordenanza General de Presidios de 1834 y que serán consagradas en alguna de las normas fundamentales del siglo venidero"[3].

Era necesaria la progresividad de los distintos períodos de la pena que los reclusos tenían que cumplir en el presidio, debiendo ser gradual su cumplimiento, descendiendo de una a otra hasta la finalización del mismo. La sujeción de los reclusos a hierros tenía como finalidad fundamental que éstos se avergonzaran públicamente de sus acciones delictivas, el segundo período, de trabajo, en talleres y remunerado, era obligatorio pero no forzado, es decir, se trataba de persuadirles para incitarles a que por sí mismos llevaran a cabo dicha actividad, con ello se conseguía resocializarles, por último, en el tercer período, de libertad intermedia, de trabajo fuera del propio presidio, se distinguían dos modalidades, de una parte, los trabajos exteriores llevados a cabo dentro del radio de la población del presidio, regresando el penado a diario a dormir y comer en el mismo y, de otra parte, el trabajo llevado a cabo en obras públicas que tenía lugar en poblaciones fuera del radio de población de aquél, constituyendo por tanto, un precedente claro del régimen abierto actual[4].

Otra característica fundamental del sistema llevado a cabo por el coronel Montesinos era el carácter humanista del trato para con los reclusos, basado en el respeto a su dignidad como personas y el régimen correccional implantado en la prisión en virtud del cual se promovía la participación de los propios reclusos en el gobierno de sus compañeros, con la posibilidad se ascender en grado si su comportamiento mejoraba.

Con posterioridad, la Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849, supuso un punto de inflexión en el ámbito penal, al conformar la separación de los establecimientos penales en dos áreas: la de las prisiones civiles y la de las militares, aquéllas dependientes del Ministerio de Gobernación y éstas del de la Guerra. El de Marina seguía inalterable con la competencia de los presidios navales[5]. En la misma se contienen normas garantistas sobre separación de los reclusos, posible comunicación con sus familiares y allegados,

[3] GARCÍA VALDÉS, C. Del presidio a la prisión modular, 2ª edición, Madrid 1998, p. 40. citado por CHECA RIVERA, Natalia, El sistema penitenciario: orígenes y evolución histórica, Trabajo de fin de máster, Univ. de Alcalá, 2017.

[4] LASALA NAVARRO, G. La obra de Montesinos y su influencia en la legislación de la época, Revista de Estudios Penitenciarios, 159, p. 85.

[5] GARCÍA VALDÉS, C. Del presidio a la prisión modular, 2ª edición, Madrid, 1998, p.19.

así como con sus defensores. El gobierno de las prisiones se atribuye a los Alcaides y su nombramiento lo realiza el Gobierno.

Con el Real Decreto de 3 de junio de 1901 se reformó el régimen de las prisiones destinadas al cumplimiento de condenas, "*confirmándose plenamente la división de grados o períodos"* [6]. Cadalso es el artífice de este sistema, caracterizado por la clasificación de los reclusos por grupos en atención a *los delitos y condenas*, reuniendo en cada grupo a reclusos que se encuentren en situaciones similares, enseñándoles una determinada disciplina y llevando a cabo con ellos un tratamiento penitenciario individual, dividiendo el período de reclusión en períodos o grados con la finalidad de ser sometidos a un tratamiento progresivo, basado en el aislamiento, el trabajo, la educación y recompensas para conseguir su resocialización. Se establecían cuatro grados, el primero de ellos, el celular o de separación, el educación, el tercero, período intermedio y el cuarto, de gracias y recompensas; fijándose la progresión entre los mismos, siendo posible igualmente la regresión para los supuestos de mala conducta[6]. Se establecía ya un tratamiento penitenciario individualizado.

El Real Decreto de 18 de mayo de 1903 creado por Salillas, introduce la *"ideología tutelar correccional"*[7], rompiendo el equilibrio del sistema progresivo de cumplimiento de condenas, basándose la ejecución penitenciaria, con esta nueva ideología, en la personalidad del penado, con la finalidad de cambiar el régimen de los centros penitenciarios, abriendo paso a la individualización científica que en la actualidad es seguida por la legislación penitenciaria.

El Real Decreto de 5 de mayo de 1913 es considerado un verdadero Código Penitenciario. El mismo se aparta del anterior y vuelve a instaurar el sistema progresivo, pretendía que los penados reflexionasen acerca de sus conductas delictivas, fueran aplicados en el estudio y en el trabajo, lo que les suponía un acortamiento de la pena impuesta y con ello, un adelanto de su libertad. De otra parte y al igual que en los sistemas ideados por el general Abadía y el coronel Montesinos, la humanidad en el trato de los penados estaba presente, así, el trabajo estaba vedado a los mayores de sesenta años y a los impedidos para el mismo; la separación entre los penados, por

[6] SANZ DELGADO, E. El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX, edit. Edisofer, SL.. Madrid, 2003. p.81.

[7] SALILLAS Y PANZANO, R. Evolución penitenciaria en España edit. Analecta, Madrid 1918, p.277

sexos, edad y tipo de delito cometido en atención a su gravedad y al bien o derecho atacado por el mismo.

Por último la libertad condicional, cuyo antecedente en España podemos situarlo en el sistema ideado por el coronel Montesinos en el penal de Valencia, si bien, es la Ley de 23 de julio de 1914, sobre Libertad Condicional, la que la instaura definitivamente en nuestro Derecho, concediéndose a aquéllos penados a penas privativas de libertad como una recompensa por su buena conducta siempre y cuando se hallasen en el cuarto y último período de su condena, comprendiendo por tanto, el período final del sistema progresivo. La misma es recogida en el Código Penal de 1928, en el Código Penal publicado en 1932 con la segunda República, siendo una de las medidas más utilizadas bajo ese régimen, en el que fue Directora General de Prisiones Victoria Kent, gran reformista del sistema penitenciario, y también es recogida la libertad condicional en el Código Penal de 1944 con el régimen franquista, así como el Código Penal de 1973, hasta llegar a la LOGP 1/1979 de 26 de septiembre que enmarca la libertad condicional como el último grado de ejecución de la pena privativa de libertad, ahora ya, como sistema de individualización científica.

III. EL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA.

Es recogido en la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979[8], desbancando al tradicional sistema progresivo penitenciario que exigía el transcurso obligado de determinados períodos para acceder a los distintos grados.

Así, la LOGP, en su artículo 72, reseña: "*Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal. Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto; los clasificados en primer grado serán destinados a establecimientos de régimen cerrado. Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar directamente por los que le preceden. En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión*."

[8] Art. 72. De la LOGP de 1979.

Queda patente la flexibilidad establecida en la LOGP, donde lo habitual será acceder directamente al segundo grado, teniendo el primer grado carácter excepcional, y con la finalidad de alcanzar la clasificación en el tercer grado para conseguir vivir en libertad.

El sistema de individualización científica, se caracteriza por:

- llevar a efecto una relación directa con el tratamiento que necesita cada penado, fijando objetivos y actividades al programa individual asignado al mismo para conseguir su reeducación y reinserción social.

- la asignación de grado al penado en función de su personalidad y su actividad delictiva.

- la posibilidad de asignar al penado, en su clasificación inicial, el grado que se estime oportuno sin necesidad de pasar por los anteriores, a excepción de la libertad condicional, como ya hemos visto.

- no siendo necesario para la progresión de grado, el cumplimiento obligatorio de períodos de tiempo mínimos -como sucedía en el sistema progresivo-, si bien, sí se ha establecido un límite máximo de seis meses para que el penado sea estudiado individualmente por los profesionales penitenciarios por si fuera necesaria una progresión o regresión del grado de clasificación inicial del mismo.

- la existencia de regímenes de vida distintos para cada grado, según las necesidades de cada penado.

Gracias a este nuevo sistema, puede llevarse a cabo un estudio personalizado de cada penado, clasificándoles de acuerdo a su personalidad y a sus necesidades, en el intento de conseguir la reeducación y reinserción social de los mismos, fin primordial de la Administración penitenciaria.

IV. CONCLUSIONES.

Los primeros regímenes penitenciarios, aparecidos a finales del siglo XVIII en EEUU, filadélfico, auburbiano y de Elmira, son fundamentales en la evolución del Derecho Penitenciario, extendiéndose posteriormente por Europa.

En el sistema penitenciario español, el cual tuvo carácter militar hasta principios del siglo XX, además de estos tres regímenes, hubo un cuarto, el sistema progresivo, cuyos principales precursores en nuestro país fueron el teniente general Francisco

Xabier Abadía y el coronel Montesinos y Molina, caracterizándose dicho sistema por la existencia de grados, etapas o fases en el cumplimiento de la pena privativa de libertad, pudiendo el penado progresar de grado en atención a su buena conducta o aplicación al trabajo penitenciario. Posteriormente, en 1914 se regula la libertad condicional, constituyéndose la misma a modo de período final y último de cumplimiento de la pena privativa de libertad.

A pesar de los beneficios reportados por el sistema progresivo, el mismo fue sustituido por el sistema de individualización científica, consagrado en la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979, el cual atiende al estudio de forma individual del penado para lograr su reeducación y reinserción social, clasificando al penado en atención a su personalidad y necesidades, atendiendo, además, a su actividad delictiva.

Existiendo en la actualidad una clasificación penitenciaria en cuatro grados: el primero, en establecimientos de régimen cerrado, el segundo en establecimientos de régimen ordinario, el tercero en régimen abierto y, por último, la libertad condicional.

V. BIBLIOGRAFÍA

CERVELLÓ DONDERIS, V. Derecho Penitenciario, 3.ª edición, edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

CHECA RIVERA, N. El sistema penitenciario: Orígenes y evolución histórica, Trabajo de fin de Máster, Univ. de Alcalá, 2017.

GARCÍA VALDÉS, C. Apuntes históricos del Derecho Penitenciario Español, edit. Edisofer, Madrid, 2014.

GARCÍA VALDÉS, C. Del presidio a la prisión modular, 2.ª edición, Edisofer, Madrid 1998.

LASALA NAVARRO, G. La obra de Montesinos y su influencia en la legislación de la época, Revista de Estudios Penitenciarios, 159.

SALILLAS Y PANZANO, R. Evolución penitenciaria en España, edit. Analecta, Madrid 1918.

SANZ DELGADO, E. El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX, Edisofer, SL, Madrid, 2003.

* * * * * *

M.ª Mercedes Fernández Saldaña

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Almería n.º 1789. Socia de la FICP.

~Actos preparatorios: una visión de la legislación actual~

I. DEFINICIÓN DE CONSPIRACIÓN, PROPOSICIÓN Y PROVOCACIÓN.

Los actos preparatorios, en general, son impunes. Sin embargo, el legislador entiende que, excepcionalmente, existen "actos preparatorios punibles", ya que existen conductas que van dirigidas a la preparación o puesta en marcha de un delito. El CP prevé tres formas: la conspiración, la proposición y la provocación (y dentro de ésta la apología). Se adelantan, pues, las barreras de la punición y se sitúa antes del comienzo de la tentativa, es decir, antes de que se inicie la realización de un tipo. Se exige cierta peligrosidad patentizada externamente por la conexión a la comisión de un delito, sobre todo los más graves.

El CP español sigue ese sistema en el que se castigan los actos preparatorios (la conspiración, la proposición y la provocación: arts. 17 y 18 CP) y solamente en los casos de delitos graves (artículos 17.3 y 18.2 CP). También está previsto para casos explícitamente previstos (artículo 141 CP, delito de homicidio). Es, pues, un numerus clausus. El iter criminis se puede definir como el proceso que se inicia con la idea o propósito de cometer un delito (en la mente del autor) y que termina con la consumación, consiguiendo las metas últimas perseguidas con su comisión. El iter criminis comprende cuatro etapas: los actos internos (ideación impune), los actos preparatorios, los actos de ejecución y la consumación. Se habla de que los actos preparatorios son tipos dependientes, ya que la tipificación es en cierta manera la antesala de otro delito, que si bien no es necesario que haya comenzado, si es necesario que se haya ideado, para que se den los requisitos de la conspiración, proposición o provocación[1]. Por tanto, el sujeto responderá sólo del acto preparatorio, pero si, además, ejecuta alguna conducta del delito de que se trate, la conspiración queda desplazada por dicho delito por aplicación del concurso de normas. Por otro lado, debemos manifestar que los actos preparatorios no constituyen formas de participación.

[1] SSTS de 22 de marzo de 2006; y de 7 de febrero de 2007.

El dilema sobre la diferenciación entre los actos preparatorios del delito impunes y los actos ejecutivos del delito, ha sido analizado por numerosas Sentencias del Alto Tribunal (SSTS19/05/2016, 1479/2002 de 16 de septiembre).

Actos ejecutivos son aquellos que suponen una puesta en peligro (aunque sea remoto) para el bien jurídico, incluyendo incluso los que no constituyan rigurosamente hablando la realización de la acción típica, siempre que se encuentren una inmediata conexión espacio-temporal y finalístico con dicha acción.

El dolo del autor exige 3 requisitos:

1.- Un plan del autor cuyo dolo abarque la creación del peligro típico propio del delito,

2.- El inicio del riesgo para el bien jurídico protegido mediante un principio de ejecución manifestada por hechos exteriores y,

3.- La inmediatez de la acción del sujeto con la finalidad perseguida, que no se llega a alcanzar por causas independientes de la voluntad del autor.

Además, es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1.- Que haya univocidad (que tales actos exteriores, sean reveladores, de modo claro, de esa voluntad de delinquir).

2.- Que exista ya una proximidad espacio-temporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito.

3.- Que esa actuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal, que en su progresión natural conduzca ya a la consumación, es decir, que si esa acción continúa (no se interrumpe) el delito va a ser consumado. Es entonces cuando puede decirse que hay ya un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal (éste criterio es el que representa la diferencia última entre los actos preparatorios y los de ejecución).

La tentativa, por su parte, supone pasar de la fase preparatoria a la de ejecución. El artículo 16.1 C.P., establece que hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores (practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado) y, sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

Por tanto, en la tentativa, objetivamente, se requiere la ejecución parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal; subjetivamente, se requiere la voluntad del agente de alcanzar la consumación del delito; y, por último, se requiere la ausencia de un desistimiento voluntario.

Sin embargo, en los actos preparatorios la regla general es la de su impunidad, ya que cuando se pasa a la fase ejecutiva del delito, el principio que opera es el de la punición de la tentativa con las excepciones señaladas en el artículo 15 C.P.

No es fácil deslindar, según el Tribunal Supremo[2] los actos preparatorios (que son sólo punibles en los casos expresamente señalados por la ley) y los actos ejecutivos propiamente dichos.

Para ello es ineludible saber cuándo puede afirmarse efectivamente que un acto determinado ya está dando principio a la ejecución de lo resuelto. En este sentido es importante tener en cuenta lo establecido en el artículo 16 del CP cuando se refiere a actos "directamente encaminados a la ejecución". De esa forma, el tipo de la tentativa únicamente será posible tomando como punto de partida el concepto mismo de ejecución típica. Es preciso proclamar una relación entre el acto ejecutado y el bien jurídico protegido y también es obligado atender a la relación entre la esencia del comportamiento típico y la acción que se realiza, de forma que tal esencia vendrá dada por el verbo nuclear del tipo de que se trate (matar, en el caso del homicidio, privar de libertad en el supuesto de la detención ilegal).

Conspiración

El artículo 17.1 CP recoge que se da este acto cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. Parte de la doctrina interpreta esta forma de acto preparatorio como "coautoría anticipada", ya que si al concierto de voluntades sigue el comienzo de su ejecución, entrará en juego la tipicidad del delito ejecutado. Pero para conspirar basta con ponerse de acuerdo sobre un delito y decidir ejecutarlo. La jurisprudencia viene exigiendo dos requisitos para que exista la conspiración para delinquir:

1.- Debe existir un *pactum scaeleris* o concierto previo y,

[2] STS 234/2012, de 16 de marzo.

2.- Debe concurrir la resolución firme de cometer un delito o decisión seria de ejecución.

La conspiración se ubica entre la ideación impune y las formas imperfectas de ejecución, y constituye una especie de coautoría anticipada[3] . Nos hallamos ante la denominada coautoría anticipada, en la que se contempla la intervención de todos los conspiradores en la realización material del hecho delictivo, sea cual fuere el cometido o la parte del plan acordado que les haya tocado ejecutar a cada uno de los concertados[4].

Si se inicia la ejecución del delito, los hechos se castigarán como tentativa (forma imperfecta de ejecución) o como delito consumado, y no por conspiración, porque el desvalor de ésta se ve consumido por el de aquélla (principio de consunción). De esta manera, la jurisprudencia viene entendiendo que la conspiración, caracterizada por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, es incompatible con la iniciación ejecutiva material del delito, que supondría ya la presencia de coautores o partícipes de un delito intentado o consumado[5].

Los requisitos de este acto preparatorio de conspiración son:

1.- Que concurren dos o más personas en las que se dan las condiciones necesarias para ser las autoras del delito que han proyectado;

2.- El concurso de las voluntades;

3.- Que la resolución ejecutiva sea firme tras la formación de la voluntad común de lesionar un bien jurídico;

4.- Que la anterior resolución se refiera a la ejecución de un delito concreto de aquellos en los que el legislador ha previsto el castigo y sanción de los actos de conspiración;

5.- Que exista un período de tiempo relevante entre el acuerdo y la realización del hecho, ya que no podrá calificarse como conspiración el mutuo acuerdo surgido de forma espontánea;

6.- Para que haya conspiración, no ha podido darse comienzo a la ejecución delictiva.

[3] STS 321/2007 de 20 de abril.
[4] STS 1994/2002 de 29 de noviembre.
[5] STS de 7 de febrero de 2007, que cita la de 20 de mayo de 2003.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido en coincidir en la admisión del desistimiento en la conspiración, ya que si es eficaz en la tentativa, con más razón lo será cuando la ejecución no se ha iniciado.

Proposición

El artículo 17.2 CP, lo define como la invitación a otra u otras personas a ejecutar el delito que ha resuelto cometer, pero sólo aquellas que reúnan los elementos del tipo legal podrán ser consideradas como tales. La razón de sancionar esta forma participativa en el delito es proporcionar una protección integral ante los ataques más graves a la libertad, los derechos humanos y la convivencia social. De este modo, se sancionan todas las posibles formas de participación en un hecho delictivo: la consumación, la tentativa y estas otras formas resolutivas de cometerlo.

En esta forma participativa en el delito, el factor prevención es fundamental y supera, en mucho, la finalidad retributiva que tienen las penas, siempre más elevadas, en los delitos consumados. La proposición no es un acto ejecutivo, ni tampoco preparatorio, sino que se sitúa en un estadio anterior. La tesis dominante es la que considera que forma parte de las *"resoluciones manifestadas de voluntad"* delictivas, sancionables únicamente en los casos estimados más graves.

Los requisitos que han de concurrir en la propuesta o invitación, son:

1.- Concreción (proponer cometer un hecho delictivo);

2.- Precisión (decir en qué va a consistir; sobre qué persona o personas determinadas; cuándo; de qué modo, etc.);

3.- Seriedad (ha de tratarse de una propuesta que revista los caracteres de creíble, elaborada y factible) y,

4.- Persuasión (el proponente ha de desplegar todo lo necesario para que la invitación resulte suasoria frente a la persona que se invita).

Para sancionar la proposición, es fundamental analizar lo que se llama *"juicio de adecuación"*, que supone ponderar *"ex ante"* (esto es, con carácter previo a lo que haya resultado), la invitación en sí, a fin de comprobar si era adecuada o idónea, tanto respecto del plan delictivo en sí como respecto al ejecutor escogido.

Los efectos jurídico-penales de la proposición para delinquir son:

1.- Si no se acepta, es impune con carácter general y punible, solamente, cuando expresamente así se determina.

2.- Si se acepta, existirá una conspiración.

3.- Si a la aceptación sigue el comienzo de la ejecución de la propuesta, habrá tentativa.

4.- Si además de aceptarse, se ejecuta por ambos, proponente y aceptante, estaremos ante una coautoría de los partícipes o una autoría y complicidad, según que el aporte del aceptante sea esencial o no.

El Código Penal establece que se impondrá en la proposición, la pena inferior en uno o dos grados, a la pena señalada para el delito en grado de consumación (si bien resulta aplicable la doctrina general de que lo normal es la reducción en un grado, ya que para reducir en dos grados la pena, es necesario motivar de forma suficiente y razonada, tal decisión).

Provocación

La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito (art. 18.1 CP). Dentro de la provocación se ha añadido una modalidad, prevista en principio en los delitos de terrorismo, que es la apología. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito únicamente cuando constituya "incitación directa a cometer un delito" podrá ser tratada la apología como efectiva provocación para delinquir[6].

La provocación requiere que se empleen expresiones o acciones idóneas para convencer, inducir o persuadir y que estén dirigidas a la perpetración de uno o más hechos previstos en la ley como delitos, por lo que no es suficiente una actuación inspiradora o generalizada para delinquir, ni tampoco la incitación indirecta mediante metáforas o divagaciones.

Por su parte, el artículo 18.2 CP establece que "*si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción*". Existe en la regulación legal una estrecha relación entre la provocación y la inducción, pero la

[6] STS de 28 de junio de 2007.

diferencia entre ambas estriba en que la provocación es multitudinaria y pública, mientras que la inducción tiene una naturaleza privada e interpersonal.

Como indica RODRÍGUEZ MOURULLO[7], "*La cuestión relativa a si deben castigarse y, sobre todo, a cómo deben castigarse la conspiración, la proposición y la provocación, hace que surjan una serie de tensiones entre necesidades político-criminales, por un lado, y garantías constitucionales, principios dogmáticos y criterios valorativos rectores, por otro".*

II. DIFERENCIAS ENTRE TENTATIVA Y ACTOS PREPARATORIOS.

El artículo 16 CP establece que hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

La tentativa supone pasar de la fase preparatoria a la de ejecución. Objetivamente, es necesario la ejecución parcial (o total) de los hechos descritos en el tipo penal. Subjetivamente, el agente debe querer la consumación del delito. Por último, la ausencia de desistimiento voluntario por parte del sujeto activo.

En relación con los actos preparatorios, éstos son impunes cuando se ha pasado ya a la fase ejecutiva del delito, ya que el principio que opera es el de punición de la tentativa con las excepciones del artículo 15 CP (son punibles el delito consumado y la tentativa de delito).

La tentativa acabada y la tentativa inacabada se regulan en el artículo 16 CP. La tentativa es acabada cuando se practicaron todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y la tentativa es inacabada, en los casos en que se han practicado parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado.

El estado actual de la dogmática y la jurisprudencia del TS consideran que la delimitación entre el acto propiamente ejecutivo y aquel que todavía no ha superado el umbral del acto preparatorio, se obtiene con más facilidad de la aplicación combinada de las teorías objetivas y subjetivas[8]. La jurisprudencia ha optado por fórmulas mixtas

[7] RODRÍGUEZ MOURULLO, G., La punición de los actos preparatorios, ADPCP, 1968, p. 284.

[8] SSTS 1479/2002, 16 de septiembre y 227/2001, 29 de noviembre que recogen como requisitos para afirmar que la ejecución del delito se ha iniciado los siguientes: "a) que haya univocidad, es decir, que tales actos exteriores, sean reveladores, de modo claro, de esa voluntad de delinquir; b) que exista ya una proximidad espacio-temporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación

para solucionar los interrogantes acerca de cuándo puede afirmarse que el autor ha dado principio a la ejecución, ya que cada una de ellas por separado es insuficiente[9].

Al hilo de lo manifestado, la STS 77/2007, 7 de febrero, recuerda que en la dogmática se presenta problemática la delimitación de la tentativa y la preparación (trazar la frontera entre el ámbito de lo punible y lo no punible), admitiéndose que una delimitación cierta posiblemente no sea segura.

Las teorías para determinar el límite entre los meros actos preparatorios y la tentativa son las siguientes:

1.- Subjetivas.- Las teorías subjetivas se basan en el dolo relativo al delito consumado, lo que dificulta la diferencia entre acto preparatorio y principio de ejecución.

2.- Objetivas.-

a) La teoría del acto próximo.- Según esta teoría, los actos remotos respecto del resultado son preparatorios y los próximos a él, tentativa.

b) Teoría de la univocidad.- Dicha teoría, define el acto preparatorio como el acto externo que podrá conducir tanto al delito como a una acción inofensiva, mientras la tentativa va inequívocamente dirigida a la realización del delito.

c) Teoría objetivo-formal.- Esta teoría nos dice que la ejecución principal se da cuando ha comenzado a realizarse alguno de los elementos recogidos en el tipo delictivo. Los actos periféricos (los que no realizan el verbo del tipo), son preparatorios, y, frente a ellos, los que constituyen el núcleo del tipo entrañan la tentativa. Algunos autores defienden la teoría formal objetiva y consideran que la línea fronteriza entre ambas debe situarse en el terreno de la tipicidad (en la zona del tipo afectada) de tal manera que si tales actos exteriores inciden en el núcleo del tipo (si suponen la realización del verbo activo que rige la figura delictiva), deben ser considerados como de ejecución; mientras aquellos otros que mantienen su actividad en la zona periférica (por no ir dirigidos a la ejecución del verbo rector, sino solamente a posibilitar y facilitar ésta), vienen siendo calificados como preparatorios.

---

del delito; c) y éste es el criterio que ha de marcar la última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución: que esa actuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación, es decir, que si esa acción continúa (no se interrumpe) el delito va a ser consumado. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal …".

[9] SSTS 1791/1999, 20 de diciembre y 357/2004, 19 de marzo.

d) Teoría objetivo-material.- Interpreta que la ejecución se inicia cuando ha empezado a estar en peligro el bien jurídico protegido. Hay comienzo de ejecución cuando los actos, dada su necesaria pertenencia a la acción típica, aparecen como parte de ella según una concepción natural; en otro supuesto, son meros actos preparatorios.

e) Teoría funcionalista.- No hay comienzo de la ejecución si la situación, según la representación del sujeto, no es cercana a la consumación, y tampoco si son comportamientos socialmente habituales. Junto a esos criterios obligatorios, coexisten otros variables; la cercanía temporal a la acción típica y la introducción en la esfera de protección de la víctima marcan el comienzo de la ejecución.

3.- Mixta (individual-objetiva).- Actualmente, se sigue esta teoría que combina criterios objetivos (tanto formales -tipo- como materiales -proximidad del tipo-) como subjetivos o individuales (la representación del autor). Además, la Ley requiere la inmediatez de la acción ejecutiva respecto de la consumación (algún autor entiende que la exigencia de dar principio directamente a la realización del tipo significa que las acciones de la tentativa, son sucesos que se encuentran situados inmediatamente antes de la realización de un elemento del tipo). El comportamiento que, aún no es típico, ha de estar vinculado con la propia acción ejecutiva, conforme al plan del autor, pudiendo desembocar en la fase decisiva del hecho sin necesidad de pasos intermedios esenciales.

El fundamento jurídico de punibilidad de la tentativa, reside en el peligro de "la mayor o menor proximidad objetiva respecto de la lesión del bien jurídico", es decir, por la probabilidad de producción del resultado.

Cuestión fundamental sobre todo a efectos prácticos es la de establecer en qué momento se considera que comienza la ejecución, ya que, según sea la respuesta, unas conductas serán punibles y otras no. Resumidamente, las teorías existentes (subjetiva, objetiva y mixta) han intentado dar respuesta a estas cuestiones (Por ejemplo, en caso de traslado de una ciudad a otra para cometer un delito de robo, podemos preguntarnos cuándo consideramos que ha comenzado la ejecución).

Según el artículo 16 CP se sancionan los actos de imperfecta realización del delito, sólo cuando el agente "comienza la ejecución del delito" que decidió cometer, sin consumarlo. Por tanto, solamente a partir de ese "comienzo de la ejecución" tienen relevancia penal las conductas que se dirigen hacia el delito.

En el caso planteado, la teoría subjetiva entendería que la ejecución comienza (o sea, habría tentativa de robo) cuando según su plan delictivo los autores creen que inician la ejecución. Es decir, pueden considerar iniciado el delito cuando salen de viaje camino a la otra ciudad, ya que según su convicción firme ese es el inicio de la ejecución del robo. Por tanto, se deja al arbitrio el autor la decisión sobre el momento de comenzar la ejecución, lo que supone una inseguridad jurídica a efectos prácticos, pues, la determinación del momento a partir del cual los actos que se dirigen hacia el delito son punibles no puede dejarse al autor, sino que corresponde a la ley determinarlos.

La teoría objetiva se caracteriza por buscar el fundamento de la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos, en criterios objetivos que se basan en la norma o en el bien jurídico protegido (ambos independientes de la voluntad del autor). A su vez, dentro de esta teoría se distinguen dos tendencias: la teoría objetivo-formal y la objetivo-material.

Para la teoría objetivo-formal, los actos ejecutivos comienzan cuando se empieza a realizar la acción típica en sentido estricto, es decir, por *"comienzo de la ejecución"* hay que entender el comienzo de realización de la acción descrita en el verbo típico. Es decir, en el ejemplo planteado los sujetos "empezarán la ejecución del robo" con el comienzo de realización de la acción de "apoderarse" que es el verbo típico utilizado en el delito de robo (Art. 188 del C.P.). La cuestión estriba en ese caso en definir cuándo empieza a hacerse dicho apoderamiento.

Para la teoría objetivo-material (que es un complemento de la anterior), es necesario un criterio material que permita delimitar objetivamente el inicio de aquel "campo previo" a la consumación, es decir, la ejecución. Existen, a su vez, dos puntos de vista:

1.- El de la concepción natural.- Entiende con un concepto vago e ininteligible, que se dará comienzo con los actos que se hallan de tal forma unidos a la acción típica que según la concepción natural aparecen como parte suya.

En el ejemplo planteado, se dará comienzo a los actos ejecutivos del robo cuando se empiece a realizar una acción que esté unida de tal forma a la acción de apoderarse (verbo típico del Art. 188 del C.P).

2.- El de la puesta en peligro del bien jurídico protegido. Por tanto, el término de los actos preparatorios y el comienzo de los actos de ejecución se da cuando existe ya una directa e inmediata puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Por último, la teoría mixta (objetivo-individual) combina criterios objetivos y subjetivos, tomándose como momento de determinación de cuando comienza la "ejecución" tanto el plan del autor (aspecto subjetivo), como el aspecto objetivo (peligro del bien jurídico).

La teoría objetivo-individual, predominante en la doctrina, distingue la tentativa de los actos preparatorios a partir de la representación del hecho por parte del autor (la forma en que éste piensa cometer el delito), si bien tiene que ser complementada por criterios objetivos en función de si el acto efectivamente realizado representa ya un peligro para el bien jurídico.

En el ejemplo estudiado, empezarán los actos ejecutivos cuando según el plan de los autores (que como hemos dicho es variable pues está sujeto a su arbitrio) crean ellos que empiezan a ejecutar el delito, pero este criterio ha de ser complementado con el criterio del peligro que corre el bien jurídico. Por tanto, en el caso planteado empezará la ejecución, no cuando salen de sus viviendas en camino para cometer el robo, sino cuando ya dentro del ambiente del establecimiento donde van a cometer el robo, dan la voz de asalto (ya que es en ese momento donde el bien jurídico protegido corre un peligro inmediato).

III. ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Hay que acudir a la Parte Especial del Código Penal para enumerar los supuestos de punición de los actos preparatorios. Se pueden destacar, los siguientes: asesinato y homicidio (artículo 141 CP), lesiones (artículo 151 CP), detención ilegal (artículo 168 CP), determinados delitos contra el patrimonio (artículo 269 CP aplicable al robo, la extorsión, la estafa y la apropiación indebida), el delito de atentado (artículo 553 CP) o los delitos de terrorismo (artículo 579 CP), entre otros.

En general, los preceptos de la Parte Especial que recogen la punición de los actos preparatorios suelen prever una pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

Por su parte, se castiga la proposición, en los siguientes delitos: homicidio y asesinato (artículo 141 CP); lesiones (artículo 151 CP); detención ilegal y secuestro (artículo 168 CP); trata de seres humanos (apartado 8 del artículo 177 bis CP); robo, extorsión, estafa y apropiación indebida (artículo 269 CP); blanqueo de efectos procedentes del delito (artículo 304 CP); tráfico de drogas (artículo 373 CP); delitos contra la Administración Pública (artículo 445 CP); rebelión (artículo 477 CP); delitos contra la Corona (artículo 488 CP); asociación ilícita (artículo 519 CP); sedición (artículo 548 CP); atentado (artículo 553 CP); terrorismo (artículo 579 CP); traición (artículo 585 CP) y delitos contra la comunidad internacional (artículo 615 CP).

Solo cuando expresamente así se indique serán punibles los actos preparatorios. Cuando se supere la preparación, estaremos ante una tentativa o una consumación del delito. En estos casos, la tentativa o la consumación, incompatibles con los actos preparatorios, absorberán aquéllas a éstos.

Ejemplos de casos prácticos que podemos citar son los siguientes: disparar contra una persona pero el proyectil no la alcanza, personas que quieren robar en un establecimiento pero son detenidos cuando salen de sus viviendas con la finalidad de ejecutar dicho robo; poner una escalera en un muro de una propiedad privada con la intención de utilizarla acceder a la misma y robar pero es descubierto por los vecinos, etc.

Es necesario esclarecer si esas situaciones anteriores a la consumación del delito doloso quedan impunes o no y desde qué momento tienen relevancia penal. En el iter criminis (proceso desde que aparece la idea primogenia para la comisión del delito hasta la consumación del mismo), existe:

1.- Una fase interna (que se desarrolla en el ámbito de las ideas, en la esfera del pensamiento privado) y,

2.- Otra externa (exteriorización de actos objetivos que se dirigen a la comisión de un delito).

Pues bien, dentro de la fase externa distinguimos los actos preparatorios, los actos de ejecución y la consumación. Solamente los actos de ejecución y de consumación son punibles (ya que la fase interna y los actos preparatorios no son punibles).

IV. CONCLUSIONES.

El CP español ha optado por la aplicación de la teoría objetiva en este aspecto, en atención al relevante peligro que pueden entrañar, a veces, para determinados bienes jurídicos la conspiración, la proposición y la provocación, ya que suponen "un adelantamiento de la línea de defensa" que convierte a tales conductas, en delitos sui generis. Por ello, sólo son castigables aquellos actos que demuestren una peligrosidad objetiva para el bien jurídico, si bien, ésta se debe de manifestar a través de ciertas actuaciones dirigidas a la realización del delito, teniendo en cuenta, desde luego, la voluntad del sujeto. Son, pues, un peligro de ejecución del hecho y, por ello, basándose en razones político-criminales y los problemas que se pueden crear, es por lo que se tipifican dichas conductas.

Como he indicado anteriormente, es una cuestión fundamental, sobre todo a efectos prácticos, establecer en qué momento se considera que comienza la ejecución, ya que, según sea la respuesta, unas conductas serán punibles y otras no. Las teorías indicadas intentan dar respuesta a dichas preguntas.

* * * * * *

Ponencias presentadas al XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá (16/17-05-2019) y relaciones de los debates[1]

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José Luis Díez Ripollés

Catedrático de Derecho Penal, Director de la Sección de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Univ. de Málaga, España.

~La fundamentación de la categoría de la punibilidad*~

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo que aquí presento no procede a un análisis comprensivo del debate sobre la procedencia de la categoría de la punibilidad en la teoría jurídica del delito ni de su eventual contenido. Se trata más bien de formular una propuesta clara, acabada y lo más coherente posible del papel que a mi juicio debe en efecto desempeñar la punibilidad como última categoría del delito, y de fundamentar los elementos que la componen. Mi exposición, por tanto, deja un buen número de asuntos sin tratar, a veces sin siquiera enunciarlos, y la doctrina que considera, de modo no exhaustivo, es especialmente la española.

Me empecé a preocupar por los componentes utilitarios del juicio de responsabilidad penal hace ya algún tiempo, con motivo de un trabajo relacionado con el aborto, y entré más a fondo en el tema al estudiar con algún detenimiento la categoría de la antijuricidad. Sin embargo, fue con motivo de la elaboración de mi *Manual de derecho penal. Parte general* cuando creí haber entendido de un modo satisfactorio el lugar que las consideraciones de utilidad deben ocupar en la teoría jurídica delito[2]. Lo que sigue es una profundización, todavía insuficiente, en esa dirección.

[1] Organizado 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). Lugar: Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá, Alcalá de Henares, Madrid. En esta sección se publican la mayoría de las ponencias (o resúmenes de las mismas) presentadas en el Seminario. Véanse asimismo las Actas del XXII Seminario, con ISSN **2695-3994,** disponibles en nuestra página web, en la sección de Actas de los Seminarios Interuniversitarios Internacionales anuales de Derecho penal, Univ. de Alcalá.

* Artículo previamente publicado, con el título "La categoría de la punibilidad en el Derecho penal español", en Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig (dirs.: Silva/Queralt/Corcoy/Castiñeira), Montevideo/Buenos Aires, B de f, 2017, pp. 523-537.

II. AUTONOMÍA.

1. La estructura de la exigencia de responsabilidad criminal.

Una adecuada consideración del papel que juega la categoría de la punibilidad en el juicio de responsabilidad penal obliga a elevar la vista hacia la completa estructura del sistema de exigencia de responsabilidad criminal[3].

Así, la exigencia de responsabilidad penal implica un *juicio de responsabilidad* de una persona por la realización de un comportamiento: Esa persona será *merecedora* de un juicio de responsabilidad criminal si en el comportamiento analizado concurren ciertos elementos que le identifican como una acción u omisión, típica, antijurídica y culpable, y *se necesitará* ese juicio de responsabilidad si se dan en el comportamiento elementos que permiten calificarlo como punible.

La persona que merecida y necesariamente es juzgada penalmente responsable de ese comportamiento queda sometida a la *imposición* de una o varias *penas*. La reacción penal impuesta debe estar configurada de modo que resulte *merecida*, lo que se determina según los principios de humanidad y de proporcionalidad de las penas, y *necesaria*, lo que sucederá si con ella se persiguen adecuadamente algunos de los efectos socio-personales de la pena considerados legítimos. Todo ello debe poderse explicitar a través de las reglas de determinación legal y judicial de la reacción penal.

El juicio de responsabilidad criminal y la consecuente decisión de imponer una pena deben formularse en el marco de un *procedimiento judicial penal*. La mayoría de los elementos constituyentes de ese proceso penal establecen las *condiciones de verificación* de la responsabilidad y la reacción penales, pero ciertos elementos procesales fundamentan o excluyen de forma específica la *necesidad de verificar* esa responsabilidad y reacción penales.

La persona declarada criminalmente responsable y condenada a una pena queda sometida a la *ejecución* de la reacción o reacciones penales impuestas. Su cumplimiento se acomodará a los elementos que establecen las *condiciones de ejecución* de la pena,

---

[2] Véase DÍEZ RIPOLLÉS, El art. 417 bis del código penal y su naturaleza jurídica, en: Díez Ripollés (coord.), La reforma del delito de aborto. T. IX Comentarios a la legislación penal, Edersa, 1989, pp. 69 ss.; del mismo, La categoría de la antijuricidad en derecho penal, 2.ª edición, B de F, 2011, pp.125 ss.; del mismo, Derecho penal español. Parte general, 4.ª edición, Tirant, 2016, pp. 115-116, 541 ss., 827 ss.

[3] En lo que sigue no vamos a considerar el juicio de peligrosidad criminal, cuya formulación puede dar lugar a la imposición y ejecución de medidas de seguridad, ni el juicio de peligrosidad objetiva que puede originar la imposición y ejecución de las llamadas consecuencias accesorias.

siempre que no concurran elementos que priven de *necesidad* a la ejecución penal o fundamenten la necesidad de una ejecución distinta. Todo ello se plasma en las reglas penales y penitenciarias relativas a la ejecución penal[4].

2. La punibilidad dentro del juicio de responsabilidad criminal.

Dentro de esa estructura, y concretamente dentro del juicio de responsabilidad penal, la punibilidad constituye la última categoría de la infracción penal, a verificar una vez se ha comprobado la concurrencia de las categorías precedentes. En ese sentido, es una categoría más de la infracción penal, de rango similar a las restantes, con un contenido propio y diferenciado.

Desde luego, no constituye un corolario de la concurrencia del conjunto de categorías previas constitutivas de la infracción penal, de modo que se limite a expresar que, presente una acción u omisión típica, antijurídica y culpable, el comportamiento realizado ya permitiría imponer una pena a su autor, es decir, sería *punible*. Eso supondría en el fondo una tautología, pues las categorías constituyentes de la infracción penal pretenden justamente determinar los presupuestos de responsabilidad por un comportamiento que abren la puerta a la imposición de una reacción penal. La punibilidad sería bajo este punto de vista criticado algo así como la etiqueta final a adherir al comportamiento, mero resultante de la averiguación precedente[5].

Admitido que el concepto de punibilidad ha de tener elementos propios, relevantes en la estructura de exigencia de la responsabilidad criminal, otra forma de cuestionar su autonomía es considerar que los elementos a él atribuidos pertenecen en realidad a otra categoría del delito, a los criterios de imposición de pena, o a uno u otro

[4] No podemos ahora ocuparnos con más atención del contraste entre los conceptos de merecimiento y necesidad en el sistema de exigencia de responsabilidad criminal. Baste expresar dos ideas:

La primera es que estamos hablando de normas secundarias, o de reglas del sistema secundario, pues se trata de pautas dirigidas a los órganos jurídicos de aplicación del derecho. En ese contexto, las reglas de merecimiento aludirán predominantemente a valores últimos, valores de corrección, mientras que las reglas de necesidad se referirán de forma predominante a valores utilitarios, y estarán por ello atentas a las consecuencias que producen. Véase sobre estos conceptos, ATIENZA / RUIZ MANERO, Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos, Ariel, 1996, pp. 1-25, 136-141, 178-181.

La segunda es que la sucinta descripción del sistema de exigencia de responsabilidad criminal acabada de hacer no pretende entrar en el debate sobre el sistema integral del derecho penal (WOLTER / FREUND –eds.–, El sistema integral del derecho penal, Marcial Pons ediciones, 2004), aunque ciertamente el desarrollo de lo aquí expuesto podría suponer una modesta aportación desde una perspectiva que pretende salvaguardar la estructura clásica propia del sistema.

[5] Criticaron ya esta interpretación de la punibilidad, MAYER, M.E. Derecho penal. Parte general, (trads. Politoff / Guzmán Dalvora), B de F, 2007, p. 16; MEZGER, Tratado de derecho penal. T. I, Editorial revista de derecho privado, 1935, p. 164. CEREZO MIR, Derecho penal. Parte general, B de F, 2008, pp. 313-314, que también rechaza esta interpretación, enumera una serie de autores españoles que, a su juicio, caen en esa tautología.

lugar, según los casos[6]. Sin embargo, como ya he apuntado en algún párrafo anterior y espero demostrar en las páginas siguientes, los elementos de la punibilidad expresan un componente específico del juicio de responsabilidad que no es reconducible a categorías anteriores de la infracción penal. Es más, a semejanza de algunas de esas categorías, esos elementos se estructuran de modo que en ocasiones fundamentan esa categoría, otras la excluyen y a veces la gradúan[7]. Por el mismo motivo tampoco puede aceptarse que la punibilidad esté compuesta de elementos que determinan la imposición de pena o, si se quiere, pertenecientes a la penalidad o teoría de la pena. Como ya hemos visto, esa fase de la exigencia de responsabilidad criminal tiene lugar una vez que la infracción penal está constituida y se puede formular un juicio de responsabilidad. La inserción de esos elementos entre los criterios de imposición de pena implicaría reconocer que los componentes habitualmente atribuidos a la punibilidad no aportan contenido alguno al juicio de responsabilidad, lo que descartaré más adelante.

Finalmente alguna opinión doctrinal, sin negar que la punibilidad es una categoría de la infracción penal, le atribuye un carácter no esencial, secundario, a diferencia de lo que sucede con las otras categorías. La razón de ello residiría en que los elementos específicos que ella aporta solo se tienen en cuenta en contadas ocasiones: en la gran mayoría de los casos la concurrencia de la categoría se presupone sin necesidad de incorporar elementos adicionales en ella específicamente contenidos[8]. Sin embargo, aunque ello fuera así, entiendo que esta categoría no se diferenciaría significativamente de la categoría de la antijuricidad, o de los componentes de imputabilidad o exigibilidad

[6] Las tomas de postura en la doctrina española son abundantes sobre este asunto. Valga citar, entre los representantes del primer punto de vista, a CUELLO CONTRERAS, El derecho penal español. Parte general, 3.ª ed., Dykinson, 2002, pp. 359-361; del segundo punto de vista, a COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, Derecho penal. Parte general, 5.ª ed., Tirant, 1999, pp. 260-262, 431; y del tercer punto de vista a RODRÍGUEZ MUÑOZ, en comentarios a MEZGER, Tratado, 1935, pp.164-169 y MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, 10.ª ed., 2.ª reimpr., Reppertor, 2016, pp. 153-155.

Recientemente se ha propuesto mantener la autonomía del concepto de punibilidad, pero inserto en algún lugar intermedio entre la teoría del delito y la teoría de la pena, aunque mucho más cercano a esta última (MENDES DE CARVALHO, Punibilidad y delito, Reus, 2007, pp. 53-57, 465-504; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Las excusas absolutorias en derecho español, Tirant, 2014, pp. 17 ss.; BUSTOS RUBIO, Más allá del injusto culpable: Los presupuestos de la punibilidad, Estudios penales y criminológicos, 2015, pp. 189-200).

[7] Basten como ejemplo ahora la previa declaración judicial de concurso o el incumplimiento regular de obligaciones exigibles en el delito de insolvencia punible del art. 259 CP, entre los elementos fundamentadores; la inviolabilidad del jefe del estado o de los parlamentarios de los arts. 56 p.3 y 71.1 CE, entre los elementos excluyentes; y la atenuante de reparación del daño del art. 21.5ª CP entre los elementos graduadores.

[8] Es la opinión de CEREZO MIR, DP, PG, 2008, p. 315; MARTÍNEZ PÉREZ, Las condiciones objetivas de punibilidad, Edersa, 1989, p. 116; MAPELLI CAFFARENA, Estudio jurídicodogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, Centro publicaciones. Ministerio de justicia, 1990, pp. 53-54, entre otros.

presentes en la categoría de la culpabilidad, cuya existencia se afirma en gran medida a partir de la ausencia de las causas excepcionales que las niegan. Además, como se podrá apreciar en la enumeración parcial que haremos más adelante, los elementos de la punibilidad han de ser considerados en el juicio de responsabilidad con relativa frecuencia, tanto de manera general para cualquier figura delictiva como en particulares figuras de delito

III. CONCEPTO Y FUNDAMENTO.

Como ya hemos expresado, las categorías anteriores a la de la punibilidad se ocupan sustancialmente de precisar si el sujeto, en razón de su comportamiento, es merecedor de un juicio de responsabilidad penal, lo que se ha materializado en los sucesivos juicios de valor que dan lugar al injusto culpable. Por el contrario, la punibilidad se ocupa de determinar si es necesario formular al sujeto un juicio de responsabilidad por el comportamiento realizado. Este juicio de necesidad, dada la configuración analítica de la infracción penal y la relación lógico-necesaria que se da entre las diversas categorías, se formula una vez comprobada la concurrencia del merecimiento de responsabilidad.

La necesidad de formular un juicio de responsabilidad al sujeto por el comportamiento realizado se funda en la utilidad que tal juicio reporta. Mientras que las categorías precedentes han explicitado una secuencia de valores últimos sobre los que fundamentar un juicio de responsabilidad, la punibilidad aporta a la responsabilidad penal una dimensión nueva asentada en valores utilitarios. Ello no quiere decir que las categorías anteriores estén desprovistas en todo momento de consideraciones de utilidad. Estas se integran ocasionalmente en la formulación y operación de las categorías precedentes, pero, a diferencia de lo que sucede en la punibilidad, tienen un papel limitado[9].

[9] Véanse, por ejemplo, los por mí denominados *intereses sociales instrumentales* presentes en determinadas causas de justificación específicas, en DÍEZ RIPOLLÉS, La categoría, 2.ª, 2011, pp.132-134, y en estos momentos apreciables, entre otros lugares, en el estado de necesidad o ejercicio legítimo de profesión médica relativos al aborto de arts.13 a 15 LO 2/2010. Sin embargo, no faltan autores que consideran que las reflexiones de utilidad tienen un lugar propio en todas las categorías del delito: Véanse por todos, MIR PUIG, DP, PG, 10.ª, 2016, p. 155; LUZÓN PEÑA, La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito, en: LUZÓN PEÑA / MIR PUIG (coords.), Causas de justificación y atipicidad en derecho penal, Aranzadi, 1995, pp. 208-213. Me mostré precavido respecto a la generalizada introducción de tales elementos en las categorías del injusto culpable, aunque no tanto como ahora, en *ibídem*, pp. 134-143. Rechaza cualquier inclusión de contenidos político-criminales en las categorías del injusto culpable. GRACIA MARTÍN, Nota preliminar, en: MENDES DE CARVALHO, Punibilidad y delito, 2007, pp. 9-16.

A mi juicio la categoría de la punibilidad se plantea si y en qué medida la formulación de un juicio de responsabilidad en el caso concreto sirve a los objetivos perseguidos por la intervención penal, más en concreto por la exigencia de responsabilidad criminal. En ese sentido sale del ámbito conceptual propio del merecimiento de responsabilidad y atiende a si el juicio de responsabilidad cumple fines insertos en otros lugares del sistema de exigencia de responsabilidad, o incluso fuera de él. La satisfacción de esos fines hará necesario el juicio de responsabilidad y su insatisfacción lo cuestionará, al mismo tiempo que el nivel de satisfacción susceptible de alcanzarse graduará la necesidad del juicio de responsabilidad.

En consecuencia, la categoría de la punibilidad se estructura en torno a tres valores de utilidad, que se explicitan como sigue: El juicio de responsabilidad por el comportamiento realizado debe ser *efectivo*, lo que significa que su formulación sirve al objetivo de cumplimiento de la norma correspondiente o de su aplicación coactiva en caso necesario. El juicio de responsabilidad debe ser *eficaz*, esto es, contribuye a la obtención de los objetivos perseguidos con la intervención penal, en especial la tutela de ciertos bienes o intereses, pero también los límites asignados a la responsabilidad penal y a las reacciones penales. Por último, el juicio de responsabilidad debe ser *eficiente*, lo que ocurre si los intereses satisfechos por ese juicio de responsabilidad están por encima de los intereses que la formulación de ese juicio deja de lado.[10]

De este modo, la punibilidad introduce en el juicio de responsabilidad un componente pragmático[11] que, sin embargo, debe diferenciarse de otros contenidos semejantes atendidos en lugares distintos del sistema de exigencia de responsabilidad criminal. Así, tanto la imposición de una reacción penal como su ejecución deben estar condicionadas y moduladas por una valoración de su utilidad, la cual, de todos modos, poseerá contenidos diversos de la valoración de utilidad propia del juicio de responsabilidad. Y lo mismo sucede con el proceso de verificación de la responsabilidad penal y de la eventual reacción penal a imponer, cuya activación y configuración deberá

[10] Se ha adherido a mi concepción de la punibilidad, MELENDO PARDOS, Lección 25, en GIL / LACRUZ / MELENDO / NUÑEZ (coauts.), Curso de derecho penal. Parte general, 2.ª ed., Dykinson, 2015, pp. 681-685.

[11] Sobre el contenido e importancia de la racionalidad pragmática en la creación de las leyes penales, y su relevancia a la hora de fijar los contenidos de tutela, el ámbito de la responsabilidad y las sanciones a imponer, véase DÍEZ RIPOLLÉS, La racionalidad de las leyes penales, 2.ª ed., Tirant, 2013, pp. 91-96.

atender a consideraciones pragmáticas que no coinciden con las empleadas en los casos anteriores[12].

La doctrina jurídico-penal española, empero, fundamenta la categoría de la punibilidad a partir de puntos de vista solo parcialmente coincidentes.

Un amplio sector doctrinal considera que la punibilidad abarca contenidos político-criminales o político-jurídicos. Mientras para unos sus elementos dan respuesta a razones de utilidad, oportunidad o conveniencia político-criminales, para otros estamos ante componentes de más amplio espectro, de política-jurídica, que se expresan generalmente como intereses procedentes de otros sectores jurídicos como el derecho constitucional, el derecho de familia, el derecho internacional público, etc. No faltan quienes incluyen tanto unos como otros elementos[13].

A mi entender, hablar de contenidos de política jurídica, diferenciados de los de política criminal, no presta atención al hecho de que cualesquiera intereses que por su relevancia se incorporan al derecho penal pasan a ser entonces intereses político-criminales o, si se prefiere, penales, al margen de su procedencia[14]. En cualquier caso, vincular el contenido de una categoría específica del delito al concepto de política criminal supone escoger una referencia con escasísima capacidad explicativa y discriminatoria en el contexto en el que nos movemos: La política criminal no es solo punto de referencia de todo el sistema de exigencia de responsabilidad criminal, sino que propiamente marca los contornos de todo el derecho penal[15]. Ciertamente, la mención a que esos elementos de política criminal van referidos a razones de utilidad, conveniencia u oportunidad atenúa algo la crítica anterior, pero en la medida en que no se producen mayores precisiones de su contenido ni se les intenta integrar de forma

[12] Véanse infra referencias a componentes de utilidad que se integran en estos otros ámbitos del sistema de exigencia de responsabilidad.

[13] Véase una exposición de las posturas existentes en GARCÍA PÉREZ, La punibilidad en el derecho penal, Aranzadi, 1997, pp. 46-48.

[14] Véase ya DÍEZ RIPOLLÉS, La categoría, 2.ª, 2011, p. 130. En el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, Delito y punibilidad, Cívitas, 1983, pp.89-91; GARCÍA PÉREZ, La punibilidad, 1997, pp. 48-49, 312-314, LUZÓN PEÑA, Lecciones de derecho penal. Parte general, 3.ª ed., Tirant, 2016, p. 555, entre otros.

Una observación similar es pertinente en relación con los derechos y deberes extrapenales que se terminan incorporando al ámbito de la causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho del art. 20.7º CP. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, DP, PG, 4.ª ed., 2016, pp. 275-276, 307.

[15] En sentido cercano, GARCÍA PÉREZ, La punibilidad, 1997, p. 49, 311-312; MELENDO PARDOS, en Gil / Lacruz / Melendo / Nuñez (coauts.), Curso, 2.ª ed., 2015, p. 681.

Yo mismo abusé en algunas ocasiones, equivocadamente, de la expresión "contenidos político-criminales" para identificar elementos utilitarios insertos en diversas categorías de la infracción penal. Véase, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, La categoría, 2.ª, 2011, pp. 521 y ss.

coherente en el juicio de responsabilidad, resulta una guía insuficiente para fundar y determinar los elementos incluidos o por incluir en la categoría de la punibilidad.

Otro sector doctrinal entiende que la categoría de la punibilidad abarca elementos expresivos de la necesidad de pena, en complemento de los elementos de merecimiento de pena. Así, considera que el merecimiento de pena es un juicio global de desvalor que se plasma en las categorías que han dado lugar al injusto culpable, mientras que la necesidad de pena se refiere a un juicio de utilidad o conveniencia en el que predominan reflexiones sobre los fines de la pena, la idoneidad de esta o el principio de subsidiariedad[16].

Desde mi punto de vista la elección de la pena como punto de referencia del juicio de valor de necesidad, al igual que del juicio de valor de merecimiento, resulta improcedente en la configuración del juicio de responsabilidad. Como hemos señalado brevemente al inicio de este trabajo, el juicio de responsabilidad penal precede al de imposición de pena, y en ambos coexisten razones de merecimiento y de necesidad. La indudable importancia del segundo de los juicios no debe llevar a su confusión con el primero, privando a este de su autonomía y prioridad conceptuales. En suma, una categoría de la infracción penal, como es la punibilidad, no puede fundarse en la necesidad que se pueda tener o no para la imposición de la pena, juicio que es posterior y que atiende a objetivos distintos a los vinculados al juicio de responsabilidad[17]. Por otra parte, el propio concepto de necesidad, como el de merecimiento, de pena se suelen formular en términos muy generales, con poca capacidad explicativa o discriminatoria. Si se les prestara más atención estarían en condiciones de multiplicar sus aportaciones a la teoría de la pena, y de evitar su confusión con las valoraciones presentes en el juicio

[16] Los conceptos de merecimiento y necesidad de pena y el lugar que han de ocupar en el sistema de exigencia de responsabilidad penal han sido objeto de un significativo debate en la dogmática jurídico-penal (véanse en España por todos, y con abundantes referencias también al debate alemán, DÍEZ RIPOLLÉS, La categoría, 2.ª, 2011, pp. 127-143; GARCÍA PÉREZ, La punibilidad1997, pp. 49-57, 315-331; LUZÓN PEÑA, en: LUZÓN PEÑA / MIR PUIG (coords.), Causas de justificación, 1995, pp. 199-213).

En línea con la distinción apuntada en texto, MARTÍNEZ PÉREZ, Las condiciones objetivas, 1989, pp. 108 y ss.; MORENO-TORRES HERRERA, Tema 21, en: Zugaldia Espinar (dir.), Fundamentos de derecho penal. Parte general, Tirant, 2010, pp. 359-361; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Las excusas absolutorias, 2014, pp. 31-32; entre otros. Amplia referencia a la doctrina alemana en este sentido, en GARCÍA PÉREZ, La punibilidad, 1997, p. 53.

[17] Soy consciente de la trascendencia de mi afirmación, en cuanto plantea el papel a desempeñar por la teoría de la pena en la fundamentación de la teoría del delito y en la legitimación del derecho penal en su conjunto, por citar solo un par de asuntos afectados. Sin embargo, no dispongo aquí de espacio para detenerme algo más en este tema. Mi punto de vista ha sido expresado, entre otros lugares, en DÍEZ RIPOLLÉS, La racionalidad, 2.ª, 2013, pp. 116 y ss., 140-143; del mismo, Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas, 2.ª ed., B de F, 2007, pp. 280-281.

de responsabilidad[18]. De todos modos, la crítica precedente no excluye la posibilidad de que determinados elementos de la punibilidad valoren la utilidad de formular un juicio de responsabilidad a partir de las consecuencias que de ello se van a derivar en el juicio de imposición de la reacción penal. Pero siempre se atenderá a las consecuencias que la formulación del juicio de responsabilidad en sí mismo puede tener sobre el juicio de merecimiento y necesidad de imposición de la reacción penal, sin atraer elementos aislados relacionados con el juicio de imposición de pena a esa u otras categorías de la infracción penal.

Alguna opinión doctrinal prefiere identificar el contenido de la categoría de la punibilidad con el principio de subsidiariedad. Este principio es entendido como un juicio utilitario de eficiencia, que determina la admisibilidad de la intervención penal en función de que la relación coste-beneficio sea favorable a ella. A tales efectos hay que tomar en consideración, por un lado, si hay medios menos lesivos que permitan lograr de una manera equivalente o superior el fin de la intervención penal, para lo que hay que escudriñar tanto otras instancias de control social formal disponibles -el derecho civil, el derecho administrativo…-, como las instancias de control social informal. Por otro lado, hay que ponderar los costes adicionales que la intervención penal entraña para otros intereses dignos de tutela. Para esta opinión, el principio de subsidiariedad resulta imprescindible desde cualquier fundamentación del derecho penal que atienda a los fines preventivos de la pena, es decir, que no se limite a asignar a la pena la función de reafirmar la justicia sino que pretenda evitar la delincuencia futura. En suma, el principio de subsidiariedad permite responder a la pregunta de si el recurso a la pena resulta, pese a la infracción de la norma, superfluo, lo que obliga a incluirlo en el sistema de la teoría jurídica del delito. Como el injusto y la culpabilidad responden a contenidos diversos, y resulta incoherente relegar el principio a la teoría de determinación de la pena o al derecho procesal, su lugar es la categoría de la punibilidad[19].

La tesis expuesta tiene el significativo mérito de haber introducido en la punibilidad el valor utilitario de la eficiencia, yendo más allá de las referencias genéricas a componentes de conveniencia, oportunidad o utilidad, o a la necesidad de

[18] Véase ya críticamente sobre los conceptos de merecimiento y necesidad de pena, DÍEZ RIPOLLÉS, La categoría, 2.ª, 2011, pp. 134 y ss. Ampliamente, GARCÍA PÉREZ, La punibilidad, 1997, pp. 324-331.

Más adelante se apuntan ciertos elementos que deberían integrarse en el juicio de necesidad de la imposición de pena.

[19] Así GARCÍA PÉREZ, La punibilidad, 1997, pp. 336-385.

pena. La *eficiencia* sí posee un contenido propio desde el que fundar e interpretar diversas previsiones legales. El propio autor defensor de esta tesis se encarga de demostrarlo, como veremos más adelante. No comparto, sin embargo, la pretensión de reducir la punibilidad a consideraciones de eficiencia. Como ya he expuesto más arriba, esta categoría de la infracción penal incluye de hecho, y es correcto que incluya, otros elementos utilitarios que se vinculan más bien a los valores de utilidad de la *efectividad* y *eficacia* de la formulación del juicio de responsabilidad. Solo una interpretación amplia de lo que contiene el principio de subsidiariedad permitiría acercar posiciones en este punto. Por otra parte, discrepo de la actitud, que también adopta la opinión que estamos considerando, de atribuir a la categoría de la punibilidad la función de alojar elementos propios del juicio de necesidad de imposición de pena, o de la teoría de la pena, si se quiere. Ya he expuesto las razones de ello líneas más arriba. Reiteraré que ni es coherente con el sistema de exigencia de responsabilidad criminal, ni es preciso para entender cabalmente los elementos a incluir en la punibilidad. Y todo ello sin perjuicio de los argumentos dados sobre una limitada introducción de componentes utilitarios en las diversas categorías del delito.

IV. ELEMENTOS DE LA PUNIBILIDAD.

Una vez aceptada la categoría de la punibilidad entre las propias de la infracción penal, la determinación de los elementos concretos que pertenecen a ella es algo discutido doctrinalmente. El debate no solo reside en identificar aquellos elementos que no deben integrarse en las categorías del injusto culpable, sino que se extiende también a si, aclarada su no pertenencia al injusto culpable, deben incluirse en la categoría de la punibilidad, o integrarse mejor entre los elementos de la penalidad, sea imposición o ejecución de pena, o entre los elementos de procedibilidad. Vamos a ocuparnos primero de las pautas clasificatorias a utilizar en la categoría de la punibilidad, para luego incluir un significativo número de previsiones legales esparcidas por nuestro código en una clase u otra. En otro apartado aludiremos a los elementos utilitarios que deben insertarse, a nuestro juicio, en otras sedes del sistema de exigencia de responsabilidad criminal.

1. Criterios clasificatorios.

La clasificación habitual de los elementos de la punibilidad distingue entre condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias.

Las primeras se formulan en términos positivos, quiero decir que su concurrencia en el comportamiento enjuiciado o en el contexto en que se realiza es precisa para que pueda hablarse de punibilidad. Se suele distinguir entre condiciones objetivas de punibilidad y de mayor punibilidad: Si en el primer caso su concurrencia permite que se pueda cumplir la última categoría del delito y por tanto el juicio de responsabilidad, en el segundo su presencia hace que la punibilidad sea mayor, siendo uno más de los elementos que en nuestro ordenamiento gradúan el juicio de responsabilidad, en este caso a través de la punibilidad[20].

Las segundas son entendidas como causas excluyentes de la punibilidad y, por tanto, son expresadas en términos negativos: Su concurrencia elimina la punibilidad. Se acostumbra a diferenciar entre excusas absolutorias en sentido estricto y excusas absolutorias sobrevinientes. De este modo, las primeras concurren al tiempo de realización del injusto culpable, mientras que las segundas aparecen tras la ejecución de éste[21].

Siendo esta la opinión más extendida, GARCÍA PÉREZ ha propuesto una nueva clasificación basada en la fundamentación de la punibilidad en la idea de eficiencia[22]. A

[20] A mi juicio también cabe, no ya imaginar, sino identificar condiciones objetivas de menor punibilidad, usando por el momento esta terminología. Es el caso del último inciso del art. 171.3, relativo al delito de chantaje. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS / GRACIA MARTÍN (coords.), Comentarios a la Parte especial. I, Tirant, 1997, pp. 812-814.

De origen alemán es la distinción entre condiciones objetivas de punibilidad propias e impropias (véanse por todos, JESCHECK / WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl, Duncker und Humblot, 1996, pp. 554-558). Las segundas serían en realidad elementos fundamentadores o agravadores del injusto que se quieren sustraer a las exigencias de la imputación objetiva y/o subjetiva. Han aceptado en España esta distinción conceptual, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO / HUERTA TOCILDO, Derecho penal. Parte general, 2.ª ed., Edit. Castellanos, 1986, pp. 389-394; MIR PUIG, DP, PG, 10.ª, 2016, pp. 182-183; MARTÍNEZ PÉREZ, Las condiciones objetivas, 1989, pp. 108-118; FARALDO CABANA, Las causas de levantamiento de la pena, Tirant, 2000, pp. 74-75. Con todo, los autores de las dos primaras citas, aunque asumen la distinción, privan de legitimidad a las condiciones impropias. A mi juicio, estamos ante una distinción incoherente sistemáticamente, que debe ser rechazada

[21] De nuevo la distinción tiene su origen en Alemania, donde se suele distinguir entre causas de exclusión de la pena y causas de anulación o levantamiento de la pena (véanse por todos, LENCKNER /STERNBERG-LIEBEN, Schónke / Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., C.H. Beck, 2014, pp.639-641) Con todo, en ese país la procedencia de la distinción se cuestiona por muchos autores al considerarla dogmáticamente irrelevante (por todos, JAKOBS, Strafrecht, Allgemiener Teil, 2. Aufl., Walter de Gruyter, 1991, p. 341). La distinción ha servido en España para que ciertos autores excluyan a las segundas de su pertenencia a cualquier categoría del delito, incluida la punibilidad, en la medida en que constituyen un comportamiento postdelictivo (véanse DE VICENTE REMESAL, El comportamiento postdelictivo, Publicaciones Universidad de León, 1985, pp. 315-385; FARALDO CABANA, Las causas, 2000, pp. 147-178, entre otros). Pienso, sin embargo, que la realización del injusto –la consumación o la imperfecta ejecución- no tiene por qué ser la referencia temporal para la posible aparición de todas las restantes categorías del delito. Ciertamente lo es para la culpabilidad, pues esta es culpabilidad por el injusto, pero no tiene por qué serlo respecto a la punibilidad. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, DP, PG, 4.ª, 2016, p. 548; GARCÍA PÉREZ, La punibilidad, 1997, pp. 44-45.

[22] Véase más arriba.

su tenor, hace una distribución prácticamente exhaustiva de los elementos atribuibles a la categoría de la punibilidad de acuerdo a seis criterios de eficiencia: El conflicto derivado de la infracción de la norma se resuelve por las partes directamente, ese conflicto se resuelve mejor o igual por instancias de control social informal o por otras instancias de control social jurídico, la propia conducta del autor permite renunciar total o parcialmente a la pena, la pena incorpora costes excesivos sobre otros intereses dignos de protección, o, finalmente, concurren otros criterios de eficiencia[23].

En mi opinión, la clasificación tradicional se funda básicamente en la distinta estructura formal asertiva o negativa de los elementos incluidos en la punibilidad, con referencias ocasionales a aspectos sistemáticos diversos en cada grupo. En cualquier caso, no se guía por el componente sustancial de cada uno de los elementos abarcados. Por su parte, GARCÍA PÉREZ agrupa los elementos bajo criterios materiales bien explícitos, al margen de que se puedan compartir o no, pero descuida la configuración formal y sistemática de ellos dentro de la categoría. Mi opción sería la de intentar estructurar los elementos constituyentes de esta categoría del modo más semejante posible a como se procede en las categorías que dan lugar al injusto y a la culpabilidad, atendiendo a aspectos formales y materiales.

De este modo, considero que todos los elementos de la categoría en estudio pueden ordenarse formalmente según sean componentes *fundamentadores*, *excluyentes* o *graduadores* de la punibilidad. Además, creo que todos los elementos de la punibilidad son fácilmente reconducibles a los tres criterios materiales de necesidad del juicio de responsabilidad antes referidos, a saber, la *efectividad*, la *eficacia* y la *eficiencia* de ese juicio de responsabilidad. Y, por último, debe diferenciarse entre los elementos de la punibilidad que son aplicables a todas las figuras de delito y aquellos que solo deben tomarse en consideración en supuestos delictivos específicos, es decir, hay que distinguir entre elementos *genéricos* y *específicos*.[24]

[23] Véase GARCÍA PÉREZ, La punibilidad, 1997, pp. 295-299

[24] En el mismo sentido, MELENDO PARDOS, en Gil / Lacruz / Melendo / Nuñez (coauts.), Curso, 2.ª ed., 2015, pp. 682-685.

2. Distribución de los elementos de la punibilidad[25].

a) La efectividad.

Si empezamos con los elementos que pretenden asegurar la efectividad del juicio de responsabilidad, observamos que no existen elementos genéricos que fundamenten o excluyan la punibilidad desde esa perspectiva utilitaria. Sin embargo, parece razonable atribuir tal objetivo a la atenuante genérica de confesión de la infracción del art. 21.4ª CP[26], y a las agravantes genéricas de aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de terceros, y a la de disfraz, del art. 22.2ª CP siempre que las veamos desde la variante de facilitación de la impunidad. En el primer caso la efectividad del juicio de responsabilidad se facilita por la conducta posterior al hecho delictivo del propio autor de la infracción, quien asegura con su confesión la aplicación de la norma y aligera la tarea de la administración de justicia. Por el contrario, en las agravantes indicadas la efectividad del juicio de responsabilidad se dificulta en la medida en que el autor de la infracción interpone circunstancias o medios que hacen más difícil el descubrimiento del hecho o la identificación del infractor, condiciones para la aplicación de la norma[27].

Entre los elementos específicos podemos mencionar la eximente de denuncia del cohecho por sujeto activo particular del art. 426 CP. También la atenuante de abandono de actividades delictivas, confesión y colaboración activa, contenida en diferente medida en los delitos contra la salud pública, malversación, terrorismo y organización o grupo criminales de los arts. 376 p. 1, 434 inciso segundo, 579 bis 3 y 570 quater 4 CP, así como la atenuante de denuncia de chantaje en relación con revelación o denuncia de delito castigado con pena de prisión superior a dos años, del art. 171.3 inciso último CP. La eximente del art. 426 hace innecesaria la formulación del juicio de responsabilidad sobre el particular en la medida en que así se asegura la efectiva identificación del funcionario corruptor y la consecuente aplicación de la norma prohibitiva del cohecho a

[25] La exposición que sigue hará continua referencia al fundamento utilitario de los diferentes elementos mencionados, pero no supone que yo comparta en todos los casos la decisión político-criminal del legislador de introducir tales elementos en nuestra legislación.

[26] Formulación equivalente tiene la atenuante referida a la responsabilidad de las personas jurídicas del art. 31 quater a).

[27] Cabe asimismo incluir aquí las atenuantes de la responsabilidad de las personas jurídicas del art. 31 quater, letras b) y d). En ambas la intensidad del juicio de responsabilidad puede aminorarse en la medida en que el cumplimiento y aplicación de la norma incrementan su efectividad actual o futura gracias al sujeto responsable, quien, bien colabora en la determinación de responsabilidades con la aportación de nuevas pruebas decisivas, bien adopta medidas que van a impedir que vuelva a incumplirse la norma o, eventualmente, van a reducir sus dificultades de aplicación.

quien tiene una especial capacidad lesiva. La atenuante mencionada en primer lugar aminora el juicio de responsabilidad en tanto en cuanto el sujeto responsable facilita el cumplimiento de las normas implicadas o su aplicación coactiva, en suma, su efectividad, a través de su renuncia a proseguir con la actividad delictiva, su ayuda para impedir futuros delitos, su confesión, o el auxilio que presta para identificar o capturar a otros responsables[28]. Por otra parte, el juicio de responsabilidad por el delito sometido a chantaje no precisa ser tan intenso si a cambio se asegura una efectiva aplicación al chantajista de la norma que está violando[29].

b) La eficacia.

Entre los elementos que atienden a la eficacia del juicio de responsabilidad tenemos un elemento genérico, la atenuante de reparación o disminución del daño del art. 21.5ª CP[30]. En este caso se hace innecesario un juicio de responsabilidad de intensidad plena en tanto que la conducta posterior del autor logra salvaguardar parcial o totalmente el interés que quiere proteger la norma. Esa eficacia en la protección del bien tutelado es, de todos modos, limitada, pues el comportamiento delictivo no ha respetado la incolumidad del bien, y esta se ha de recuperar, plena o parcialmente, posteriormente.

Hay abundantes elementos específicos excluyentes o graduadores de la necesidad del juicio de responsabilidad en razón de la eficacia ya lograda en la obtención de los objetivos perseguidos por la intervención penal. Entre los elementos específicos excluyentes cabe citar la regularización de cantidades defraudadas o reintegro de subvenciones obtenidas fraudulentamente, en los delitos contra la hacienda pública de arts. 305.4, 307.3 y 308.5 CP; la rectificación de la declaración incompleta o mendaz de bienes o patrimonio en un procedimiento ejecutivo, de art. 258.3 CP; la revelación de los delitos de rebelión o sedición a tiempo de evitar sus consecuencias, de arts. 480.1 y 549 CP; la retractación oportuna de falso testimonio en causa criminal, de art. 462 primer inciso CP; la convalidación de matrimonio inicialmente inválido de art. 218.2 CP. En los dos primeros grupos de supuestos se estima que la tardía aportación de las cantidades defraudadas o declaración de los bienes ocultados satisface suficientemente

[28] La formulación de la atenuante no es la misma en todos los casos, por lo que destaco los elementos básicos y no me detengo tampoco en la interrelación entre las diversas exigencias.

[29] En la medida en que la efectividad va referida a otro delito, se podría hablar también de una razón de eficiencia en lugar de una de efectividad.

[30] A la misma idea responde la atenuante del juicio de responsabilidad de personas jurídicas del art. 31 quater c).

los objetivos perseguidos por la intervención penal y hace innecesario el juicio de responsabilidad, en los siguientes casos ese juicio es innecesario dado que el comportamiento posterior del autor intenta prevenir mayores daños al interés ya lesionado o daños a otro, y en el último caso se considera lograda la eficacia de la intervención penal dada la recuperación posterior de la incolumidad del interés protegido aun sin la intervención del autor.

Entre los elementos específicos graduadores de la necesidad del juicio de responsabilidad destacan un conjunto de atenuantes que resaltan la eficacia parcial ya obtenida en la consecución de los objetivos de la intervención penal. La atenuante de reparación aplicable a todos los delitos relativos a ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente, del art. 340 CP, la atenuante de reparación en delitos de malversación, del art. 434 inciso primero CP, y la atenuante de retractación en los delitos de injuria y calumnia, del art. 214 p. 1, responden al mismo fundamento utilitario que el atribuido a la atenuante genérica de reparación o disminución del daño del art. 21.5ª CP. La atenuante de restitución o depósito de menor o discapacitado no presentado a titulares de guarda o inducido a abandonar el domicilio familiar, del art. 225 CP, la atenuante de retractación de falso testimonio en causa criminal con previa privación de libertad, del art. 462 segundo inciso CP, y la atenuante de deposición de armas, disolución o sometimiento a la autoridad de rebeldes y sediciosos, de arts. 480.2 y 549 CP aminoran la necesidad del juicio de responsabilidad en la medida en que el comportamiento posterior del autor previene mayores daños al interés ya lesionado o daños a otro[31].

c) La eficiencia.

Elementos genéricos que se ocupan de la eficiencia del juicio de responsabilidad son aquellos que establecen la no necesidad de formular un juicio de responsabilidad por la realización en el ejercicio de sus funciones de cualquier comportamiento injusto y culpable a personas que detentan, o han detentado, ciertos cargos. Me refiero a las eximentes de inviolabilidad referidas, entre otros supuestos, al jefe del estado, los parlamentarios, los magistrados del tribunal constitucional, el defensor del pueblo y el

[31] La medida en que las eximentes de los arts. 480.1, 549 y 462 inciso primero CP, así como las atenuantes de los arts. 480.2, 549, 225 en relación con 223, y 462 inciso segundo pueden calificarse como supuestos peculiares de desistimiento referido al agotamiento del delito no puede analizarse aquí. En cualquier caso esa naturaleza jurídica no sería obstáculo para clasificarlas en este lugar sistemático. Véase respecto a alguno de estos supuestos, DÍEZ RIPOLLÉS, Comentarios al código penal. Parte especial. II. Tirant. 2004. pp. 1186-1187.

personal diplomático y consular[32]. En un cálculo de eficiencia, el interés en que se aplique o se cumpla la norma penal mediante la formulación de un juicio de responsabilidad cede ante otros intereses, diversos, vinculados al ejercicio del cargo. Estos pueden ser los de mantener al jefe del estado fuera de la contienda política, asegurar la libre formación de la voluntad parlamentaria, garantizar el libre ejercicio de altas funciones de control jurisdiccional o administrativo, o representar adecuadamente al estado acreditante. Incluso la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP en su aplicación como atenuante se puede pensar que reduce la intensidad del juicio de responsabilidad por razones de eficiencia semejantes a las que expondremos más abajo respecto al art. 268 CP[33].

Entre los elementos específicos que introducen un criterio de eficiencia destaca el art. 259.4 CP, el cual fundamenta la necesidad del juicio de responsabilidad en que el autor del injusto culpable haya llegado ya a una situación de insolvencia persistente o, en su defecto, se haya producido una declaración de concurso, ya que, en caso contrario, todavía el interés en superar la crisis económica, con los efectos beneficiosos que ello reportaría a acreedores y terceros, predomina sobre el interés en aplicar la norma penal. Por su parte, la eximente por razón de parentesco en determinados delitos contra el patrimonio, siempre que no haya concurrido violencia, intimidación o abuso de vulnerabilidad, del art. 268 CP, expresa que el interés en formular el juicio de responsabilidad al autor del delito no compensa los perjuicios que ello causará a otros intereses familiares y sociales. También la atenuante de falta de reciprocidad referida a delitos contra el derecho de gentes, del art. 606.2, considera que el interés en formular al autor un juicio agravado de responsabilidad por el injusto culpable realizado decae si en el derecho del país de la persona ofendida no se considera agravado ese mismo injusto culpable.

V. OTROS ELEMENTOS UTILITARIOS EN LA ESTRUCTURA DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

No es objeto de este trabajo seguir la pista a los restantes elementos utilitarios que se distribuyen por otros lugares del sistema de exigencia de responsabilidad penal. Sin

[32] Las previsiones legales están contenidas en los arts. 56.3 y 71.1 CE, art. 22 LO 2/1979, art. 6.2º y 4º de LO 3/1981, arts. 31.1 y 39.2 inciso final de Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961, y arts. 43.1 y 53.4 de Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963, respectivamente.

[33] Véase una posible interpretación en ese sentido en DÍEZ RIPOLLÉS, DP, PG, 4.ª, 2016, p. 500.

embargo, a efectos de consolidar la implantación de la perspectiva utilitaria en toda la estructura de demanda de responsabilidad criminal, al igual que para marcar diferencias con otros elementos ya vistos pertenecientes al juicio de responsabilidad, vamos a proceder a unas consideraciones adicionales.

1. Los elementos utilitarios de la penalidad.

Los elementos que tanto en la imposición como en la ejecución de la reacción penal atienden de modo predominante a la necesidad de esa imposición y ejecución son muy numerosos, y su estudio es propio de la teoría de la pena. Se encuentran distribuidos entre las reglas de determinación legal y judicial de la pena así como entre las reglas penales y penitenciarias de ejecución penal.

Entre los preceptos que atienden a la necesidad de *imposición* de la pena podríamos citar algunos ejemplos, ni siquiera los más relevantes. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, del art. 53 CP, se suele fundar en el principio de inderogabilidad de la pena, una forma de decir que hay que asegurar la *efectividad* de la imposición de la pena consecuencia del juicio de responsabilidad formulado. La previsión del art. 71.2 CP de sustituir la pena de prisión resultante inferior a tres meses por otro tipo de pena está claramente influida por la *ineficacia* de esa pena de prisión corta para resocializar, o al menos no desocializar, al delincuente. La norma, del art. 89.1 CP, que sustituye la pena de prisión superior a un año y no superior a cinco años impuesta a un extranjero por la medida de expulsión del territorio nacional, considera en la mayoría de los casos más *eficiente* aprovechar el juicio de responsabilidad penal del que se ha hecho acreedor el extranjero para asegurar una política migratoria restrictiva que para lograr determinados efectos socio-personales de la pena.

Lo mismo puede hacerse con las previsiones o instituciones legales que atienden de modo predominante a la necesidad de la *ejecución* de la reacción penal. Es el caso de las diversas modalidades de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, de arts. 80 a 87 CP, o de la suspensión de la ejecución del fallo, anulación, sustitución o reducción de medidas durante la ejecución, o modificación del lugar de ejecución de esas medidas, de los arts. 14, 40 y 51 de LO. 5/2000 de responsabilidad penal de los menores, trufadas todas ellas de consideraciones sobre la *efectividad, eficacia y eficiencia* de la ejecución de esas penas o medidas. En este lugar resulta oportuno destacar que una buena parte de las denominadas causas de extinción de la responsabilidad criminal, enumeradas y reguladas en los arts 130 y ss CP, fundan su

existencia en gran medida en razones de necesidad de ejecución de la pena: El indulto del art. 130.1.4º CP se funda en razones que tienen que ver con la pérdida o disminución de la *eficacia* de la ejecución de la pena impuesta debidas a la sobrevenida ausencia de necesidades preventivas o, por el contrario, a la salvaguarda de otras, o con la mayor *eficiencia* de la no ejecución de la pena, junto a algún otro fundamento no utilitario. La prescripción de la pena, del art. 130.1.7º CP, se funda en que el plazo de tiempo transcurrido hace que la ejecución de la pena ya no es *eficaz*, o es poco eficaz, para obtener los fines preventivos perseguidos. La remisión definitiva de la pena suspendida de prisión, del art. 130.1.3º CP, expresa que la satisfacción por el suspenso de las condiciones impuestas, con sus efectos preventivos anejos, ha sustituido con éxito a la eficacia que se podría lograr con la ejecución de la pena de prisión suspensa. Y, ciertamente, si el delincuente condenado muere, variante de art. 130.1.1º CP, ya no resulta *efectiva* la ejecución de la pena impuesta o que le quedaba por cumplir[34].

2. Los elementos utilitarios de procedibilidad.

Al momento de la verificación de la responsabilidad y reacción penales nos encontramos, junto a reglas que determinan la corrección del procedimiento penal, con otras que atienden a si es necesario llevar a término, o en qué condiciones, el procedimiento penal. Vamos aquí a recuperar la distinción entre elementos genéricos, aplicables en cualquier procedimiento penal, y elementos específicos, que afectan al enjuiciamiento de determinadas conductas delictivas.

Entre los primeros puede considerarse que atienden a la *efectividad* de la persecución penal la responsabilidad escalonada en delitos cometidos por medios de comunicación social, del art. 30 CP, en la medida que asegura que el procedimiento se va a dirigir contra alguien, y la causa de extinción de la responsabilidad por muerte del delincuente sin condena firme, variante del art. 130.1.1º CP, que refleja la inefectividad que afronta el procedimiento. En la causa de extinción de la responsabilidad por prescripción del delito, del art. 130.6º CP, y en la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª CP la tardía verificación de la responsabilidad y de la sanción hace que los objetivos perseguidos e intereses a respetar por la potestad jurisdiccional y, por tanto, su

[34] No es este lugar para profundizar en el fundamento y naturaleza de las causas de extinción. Baste decir que, a mi juicio, como ya he expuesto y argumentado en otro lugar (DÍEZ RIPOLLÉS, DP, PG, 4.ª, 2016, pp. 829 ss.), constituyen predominantemente, según los casos, bien elementos que excluyen la necesidad de ejecución de la pena, bien elementos que excluyen la necesidad de verificar la responsabilidad y reacción penales.

eficacia queden en entredicho, al margen de razones complementarias ligadas a la necesidad de imposición de pena. Las inmunidades del jefe del estado, de los parlamentarios, de jueces y magistrados, del defensor del pueblo, de personal diplomático y consular, entre otros, establecen limitaciones a la persecución penal claramente inspiradas en razones de *eficiencia*, dada la presencia de otros intereses ligados al cargo dignos de consideración[35]. La no persecución de oficio, sino mediante denuncia o querella, de determinados delitos presta también atención a otros intereses, singularmente de la víctima, que se estima que pueden primar sobre los de la persecución penal[36], y algo similar ocurre con la causa de extinción de la responsabilidad del perdón del ofendido, del art. 130.1.5º en los delitos para los que rige. Por su parte, el desistimiento por la fiscalía de la incoación de expediente, o su sobreseimiento, en delitos cometidos por menores, de arts. 18 y 19 LO 5/2000, atiende a la no necesidad de iniciar o concluir el procedimiento, sea porque la actuación posterior del menor ha salvaguardado de manera suficiente el interés protegido por la norma, sea porque los objetivos perseguidos sobre el menor susceptible de ser declarado responsable se satisfacen mejor o adecuadamente sin que medie esa declaración.

Más brevemente, podemos citar como elementos específicos la exigencia de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento o archivo firmes para proceder de oficio contra el denunciante o acusador falsos, del art. 456.2 CP, inspirada en el aseguramiento de la *efectividad* del procedimiento. La certificación de haber celebrado o intentado celebrar acto previo de conciliación para poder presentar querella por delitos de injuria o calumnia, del art. 804 LECrim, fundada en la constatación de que no se pueden lograr *eficazmente* los objetivos de la norma penal prescindiendo de la verificación de la responsabilidad del autor. Razones de *eficiencia* están tras la potestad de renunciar a la persecución del delito objeto de chantaje a cambio de la denuncia y consecuente persecución de éste, de art. 171.3 primer inciso CP, la previa licencia de juez o tribunal para perseguir calumnia o injuria vertida en juicio por él conocido, de art. 215.2 CP, o el posible ejercicio de la acción penal por el ministerio fiscal mediante querella o

[35] Véanse arts. 56.3, 57.5 y 71.2 CE, 11 a 14 de Rgl. Congreso de 1982, 22 de Rgl. Senado de 1994, arts. 398 y ss LOPJ, art. 6.3º de LO 3/1981, art. 39.2 de Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961, y arts. 41.1 y 2 de Convención de Viena sobre relacione consulares de 24 de abril de 1963, respectivamente.

[36] Así, entre otros, en determinados delitos contra la integridad corporal, contra la libertad sexual, contra el honor, contra la seguridad de menores, contra la intimidad -arts. 147.4, 191.1, 215.1, 228, 201.1 CP, respectivamente-.

denuncia, según los casos, en delitos en principio no perseguibles de oficio, de los arts. 191.1, 201.1 inciso 2, 228, 267 p. 2, 287.1 inciso 2 CP, entre otros.

VI. RECAPITULACIÓN.

He procurado demostrar que el concepto de necesidad, distinto al de merecimiento, está presente en todas las fases del sistema de exigencia de responsabilidad criminal. Por consiguiente, no solo al momento de formular el juicio de responsabilidad, sino también en los juicios de imposición o ejecución de la reacción penal, así como en el juicio de verificación de la responsabilidad y de la reacción penales.

He intentado además dotar de contenido material a ese juicio de necesidad, lo que he hecho a partir de los conceptos pragmáticos de efectividad, eficacia y eficiencia, conceptos los tres que pueden desenvolver sus prestaciones en los cuatro juicios del sistema de exigencia de responsabilidad criminal reseñados, por más que acomodados al contexto valorativo del juicio correspondiente en el que en cada caso se insertan.

Por lo que se refiere al primero de los juicios, el de responsabilidad criminal, la idea de necesidad encuentra cobijo, salvo limitadas excepciones, en la categoría del delito de la punibilidad. Esta categoría ha de entenderse como una categoría autónoma del concepto de delito, al mismo nivel que las restantes, y dotada de un rico contenido.

A lo largo de este estudio me he detenido en mostrar cómo los conceptos utilitarios de efectividad, eficacia y eficiencia explican convincentemente la existencia de numerosos elementos que fundamentan, excluyen o gradúan la punibilidad, dentro del juicio de responsabilidad. También he mostrado cómo esos conceptos pragmáticos justifican abundantes elementos de los juicios de imposición y ejecución de la reacción penal, y del juicio de verificación de la responsabilidad y reacción penales.

* * * * * *

Prof. Lina María Cardona Cardona

Investigadora contratada predoctoral, Univ. de Alcalá. Socia de la FICP.

~Relación sobre el debate de la ponencia "La fundamentación de la categoría de la punibilidad" del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díez Ripollés~

Ponente: Prof. Dr. Dr. *h. c. mult.* José Luis Díez Ripollés, Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Málaga.

Moderador: Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller. Catedrático acred. de Derecho Penal, Universidad Carlos III de Madrid.

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. Luzón Peña (Univ. Alcalá), Javier de Vicente Remesal (Univ. Vigo), Octavio García Pérez (Univ. Málaga), Ángel Sanz Morán (Univ. Valladolid).

Finalizada la ponencia, el moderador abre el debate para quienes quieran intervenir. El moderador le concede, en un primer momento, la palabra al Prof. DE VICENTE REMESAL, quien, tras felicitar al ponente por su exposición, pone de relieve que son muchísimos los puntos que suscitan discusión en el planteamiento propuesto por este.

El Prof. DE VICENTE REMESAL plantea una cuestión relacionada con la efectividad, eficacia y eficiencia, en relación con la estructuración de los distintos casos que se plantean en la categoría de la punibilidad. En concreto, pregunta al ponente a qué norma se refiere cuando sostiene que, en el caso de la eficacia, el sujeto facilita el cumplimiento de la norma, si está haciendo referencia a la norma política jurídico-penal que prohíbe la realización de conductas penales, es decir, al tipo penal. Advierte que, si esto fuera así, no comprende muy bien la eficacia en los supuestos de comportamiento postdelictivo, pues en estos —no solo aquellos que se producen después de la consumación del hecho, sino también los que se producen después del inicio de ejecución, es decir, en los casos de desistimiento— el hecho ya se ha cometido.

Como ejemplos de comportamientos postdelictivos, el Prof. DE VICENTE REMESAL propone los supuestos en los que un sujeto confiesa haber cometido un error; o después de haber iniciado la ejecución del delito, se "arrepiente" de lo que ha hecho (desistimiento en esa tentativa); o el del sujeto que, después de haberle sustraído el portátil a un compañero, se lo devuelve; o el caso en el que el sujeto regulariza su situación con Hacienda/ Seguridad Social, después de haber falseando los datos. En estos supuestos —dice— hay claramente un interés utilitario y así lo pone de relieve con el ejemplo de la regularización, en donde lo que interesa en último término es

recaudar. Cerrando su intervención, insiste que, si por facilitar el cumplimiento de la norma se entiende facilitar el cumplimiento de la norma en el sentido del tipo, ve difícil el presupuesto de la eficacia en los supuestos de comportamiento postdelictual.

Culminada la intervención del Prof. DE VICENTE REMESAL, retoma la palabra el ponente, quien afirmar conocer bien el punto de vista que ha planteado el Prof. DE VICENTE REMESAL, sobre el que, de hecho, se ha pronunciado en un artículo publicado en Ecuador, así como en su manual. Seguidamente, reconoce que el Prof. DE VICENTE REMESAL ha tocado un tema muy importante y cree tener una respuesta, que puede o no convencer.

Sostiene que en esta ponencia no ha podido extenderse al respecto, pero que, respondiendo a la primera pregunta que se le ha planteado, él está hablando de normas secundarias, no de normas primarias. En concreto, resalta que él está determinando qué tiene que hacer el juez para declarar la responsabilidad, para imponer la pena, para verificar una cosa y otra y para ejecutarla. Así pues, insiste en que en este caso está hablando de normas secundarias y ese es el punto de vista del que parte.

También resalta el ponente un segundo punto de vista del que parte, que tiene que ver evidentemente con el comportamiento postdelictivo, y es que él piensa que la realización del injusto — la consumación o la imperfecta ejecución— no tiene por qué ser la referencia temporal para la posible aparición de todas las restantes categorías del delito. Ciertamente lo es para la culpabilidad o para el injusto culpable —dice—, pero no tiene por qué serlo respecto de la punibilidad.

A su juicio, el comportamiento postdelictivo encaja en la punibilidad y aquí se está en el plano de la norma secundaria. Sobre este punto entiende que, si bien el injusto culpable tiene que verse siempre con los comportamientos realizados, no ve un argumento de peso que impida tener en cuenta otro tipo de actuaciones del sujeto, después de cometer el delito, en el plano de una norma secundaria a la hora de declarar la responsabilidad.

Seguidamente, el moderador, antes de ceder la palabra al Prof. LUZÓN, interviene brevemente advirtiendo que en el preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012, en la que se habla de la regularización fiscal, se señala que tal conducta no es un comportamiento postdelictivo, sino que hace "desaparecer" lo que en un principio fue injusto. Si esto es así, indica con ironía que, tanto el Prof. DÍEZ como el Prof. DE VICENTE, estarían

equivocados en sus planteamientos (recuérdese que, en el caso del Prof. De Vicente, este ha caracterizado previamente la regularización con Hacienda como un comportamiento postdelictual)

Luego de este breve comentario, el moderador le cede la palabra al Prof. LUZÓN Peña, quien comienza su intervención realizando dos observaciones. La primera relacionada con la crítica que el ponente le ha hecho a SILVA SÁNCHEZ y la segunda relacionada la ponencia. Antes de desarrollar ambas observaciones, el Prof. LUZÓN pone de relieve la amistad, aprecio y admiración que le une al Prof. DÍEZ. Dicho esto, manifiesta estar completamente de acuerdo con el ponente respecto de la crítica que este último le hace a SILVA SÁNCHEZ.

En este punto, le parece al Prof. LUZÓN que lo dicho por SILVA SÁNCHEZ es paroxismo de mezclar la teoría de la pena en una última categoría que ya no es la punibilidad, sino que es una postura en la que se incluyen consideraciones en torno a la pena dentro el concepto de delito, sin que, a su juicio, exista una mínima fundamentación. No obstante, sostiene que, en cuanto al contexto en el que el Prof. SILVA SÁNCHEZ, que califica de brillantísimo, elabora su categoría, esto no es más que la culminación de una línea de pensamiento que ha sido defendiendo por este desde hace tiempo.

Continuando con su intervención, el Prof. Luzón recuerda que el Prof. SILVA, desde hace mucho tiempo, defiende la posición comunicativa de las normas penales y de las sanciones penales, la función dialogal de la pena, donde las "amenazas de pena dialogan" con los potenciales delincuentes que son tratados como seres responsables. Esta postura, dice, no le termina de convencer, la cual es básicamente funcionalismo de JAKOBS y también de HABERMAS. Además, advierte que, si se concibe que la forma de entendernos es a través del diálogo interactivo, del simbolismo, esta postura resulta peligrosa (siempre lo ha visto así), pues fácilmente con esta se va, no ya a un Derecho penal retributivo, sino puramente simbólico.

Haciendo referencia al trasfondo, en parte, de carácter religioso/filosófico, que se encuentra en la postura de SILVA SÁNCHEZ, reivindica el respeto por el fundamento liberal del Derecho penal, la idea del contrato social, de una intervención mínima del Derecho penal y de la defensa del pacto que limita libertades que no son en lo mínimo indispensable. Esta es —dice— la vertiente del Estado Social y Democrático de Derecho, que es un Estado de Derecho. Pero, según entiende, en el caso del Prof. SILVA

este se ha quedado más con el Estado social —en este caso, social cristiano— el que, si no se le pone el límite del Estado liberal y Democrático de Derecho, puede llegar como mínimo al autoritarismo y, a veces, al totalitarismo.

Dicho esto, el Prof. LUZÓN termina su intervención en este primer punto, no sin antes hacer referencia a otra idea del Prof. SILVA: la solidaridad. A través de esta, dice, SILVA quiere explicar las causas de justificación, la legítima defensa, el estado de necesidad, la omisión, la comisión por omisión; pero en este caso se trata de una solidaridad cristiana, la cual no le convence en lo absoluto.

En cuanto a la segunda observación, sostiene que se reafirma, con la brillantísima exposición del Prof. DÍEZ, en su idea de que pueden encuadrarse en la punibilidad, si se quieren, muchas más cuestiones de las que, por ejemplo, él encuadra y trata en su manual. Sostiene, en este punto, que él es muy clásico (defiende la doctrina mayoritaria) y realiza un enfoque tradicional de la categoría de la punibilidad: condiciones objetivas de punibilidad, las mal llamadas excusas absolutorias, las causas personales de exclusión de la punibilidad y las causas personales de supresión o anulación de la punibilidad. Pero está de acuerdo en que, en la punibilidad, como lo expone el ponente —y como lo ha leído de su manual y del libro de su discípulo el Prof. OCTAVIO GARCÍA PÉREZ—, se pueden incluir presupuestos del delito y presupuestos de la imposición o ejecución de la pena.

En lo único en lo que sigue discrepando con el ponente es en el hecho de que aquello que influye en si hay o no hay y cuánto hay de declaración de responsabilidad, el ponente lo puede atribuir a la teoría del delito y luego en imposición o ejecución de la pena hablar de teoría de la pena, mientras que en su caso él considera que hay cuestiones que influyen en que no haya declaración de responsabilidad, por ejemplo, la amnistía, que es una causa de extinción de la pena —que si no se equivoca impide que haya una condena (a diferencia del indulto, en el que hay condena y luego no se cumple la pena)— en la que si bien se perdona, a su juicio, el amnistiado ha cometido un delito, aunque no se le declare responsable.

También, en la prescripción del delito, igual que en la de la pena, el Prof. LUZÓN sostiene que —si no se equivoca —los jueces tienen que sobreseer y archivar, dado que no hay declaración de responsabilidad. Si esto es así, insiste, significa que hay casos en los que, a su juicio, sí que ha habido delito y, sin embargo, por otras razones no se puede declarar la responsabilidad penal. El Prof. LUZÓN termina su intervención,

reiterando al ponente sus felicitaciones por la brillante exposición, la cual —afirma— puede ser el intento más coherente y más completo de sistematizar todos los factores que influyen en lo que se puede llamar punibilidad. Seguidamente advierte que no toda punibilidad sea teoría del delito y, en este sentido, reitera, estar de acuerdo con la crítica hecha por el ponente al Prof. SILVA SÁNCHEZ.

A continuación, toma la palabra el Prof. DÍEZ RIPOLLÉS, quien, en primer lugar, da las gracias al Prof. LUZÓN. Seguidamente realiza una precisión y es que no cree que en la punibilidad haya que incluir ideas relativas a la imposición o ejecución de la pena, pues ello tiene que estar en la teoría de la pena. Posteriormente, y retomando los ejemplos propuestos por el Prof. LUZÓN, el ponente afirma que la amnistía es una buena pregunta. En este caso, él cree que se trata de un elemento de naturaleza procesal que está basado en la eficiencia. En este punto, sostiene que llega un momento en el que hay toda una serie de intereses respecto de los cuales hay que hacer una evaluación de coste beneficio, que trae como resultado la decisión de no procesar.

En relación con la prescripción de la pena y la prescripción del delito, advierte que él no los incluye en la punibilidad, sino en la imposición o ejecución de la pena, en concreto, en esa teoría de las penas, que piensa el ponente debe ser desarrollada mucho más. En cuanto a la posición de SILVA SÁNCHEZ, advierte que, si bien a su juicio el autor parte de un enfoque equivocado, hay que reconocer que este, aunque la incluye en la teoría del delito, ha hecho una profundización en la teoría de la pena que es importante.

Terminada la intervención del Prof. DÍEZ RIPOLLÉS, el moderador le cede la palabra al Prof. OCTAVIO GARCÍA PÉREZ, quien comienza su intervención indicando que hace muchos años que no hablaba con el Prof. Díez sobre el tema de la punibilidad, pero —dice— siempre se vuelve al pasado y, de nuevo, se está aquí discutiendo sobre el tema de la punibilidad.

Respecto de las tres categorías que distingue el ponente, a saber, efectividad, eficacia y eficiencia, aclara que, si bien el ponente sostiene que él solo habla de una de ellas, lo cierto es que él sí distingue entre los dos primeros grupos —aunque no utiliza los términos que el ponente maneja—. Así, pone como ejemplo la confesión, en la que un sujeto está contribuyendo a facilitar que se cumplan los fines de la pena —y, por tanto, merece una reducción —, lo que en su entender demuestra que no hay diferencia con los casos que el ponente agrupa en el segundo grupo.

En cuanto al tercer grupo, resalta que evidentemente este existe. Advierte, por otra parte, que, cuando se va a imponer la pena, además de la prevención, puede haber otros intereses colaterales que se vean afectados y que, en ciertos supuestos esto puede llevar a que se renuncie a la pena, como sucede con el caso de la inviolabilidad. De todas maneras, sostiene el Prof. GARCÍA PÉREZ que esta aclaración es un matiz que no cambia en nada el planteamiento expuesto por el ponente.

Otra de las cuestiones que aborda el Prof. GARCÍA PÉREZ es si la categoría de la punibilidad es o no necesaria. Según entiende, la respuesta al anterior interrogante depende del punto de partida que se acoja. Refiriéndose al planteamiento del Prof. DE VICENTE sostiene que, por ejemplo, no aplicaría el análisis anteriormente propuesto, respecto de los comportamientos postdelictuales, pues este es un punto de partida distinto. Continuando con su intervención insiste en que, dependiendo del punto de partida, se puede afirmar o no la necesidad de la categoría de la punibilidad. Así, pone como ejemplo el caso de un partidario de una teoría absoluta, el que en su entender no necesitaría de dicha categoría.

Acto seguido, propone la siguiente reflexión: si a la pregunta qué se persigue con la pena, se responde "hacer justicia", se hace justicia cuando un sujeto infringe la norma y se le puede reprochar que lo haya hecho. Esta es —dice— básicamente la teoría jurídica del delito que hemos heredado, en la que se ha hecho difícil encajar todas las circunstancias que se han ido mencionando en el debate.

En cambio, resalta el Prof. PÉREZ que, cuando se parte de las teorías relativas de la pena —cuando se asigna a la pena finalidades de prevención—, si con la pena se pretende prevenir delitos, ya sea del delincuente o de la generalidad, en los presupuestos se tiene que ver reflejado que esta no puede ser impuesta donde no haya nada que prevenir.

Seguidamente, plantea el interviniente la discusión de que una cosa es la pena y otra cosa es el delito. En este sentido, advierte que está hablando desde un planteamiento metodológico que no es original, sino que en su momento lo exponía GALLAS en su artículo el estado actual de la ciencia jurídico penal, en el que, a la pregunta qué es un delito se responde que es un hecho castigado con pena y a la pregunta qué es una pena se responde que se trata de una consecuencia jurídica de un delito. Dicho esto, advierte que siempre se está en presencia de este círculo, donde a veces es difícil en abstracto plantearse qué es un delito.

Por otra parte, resalta otro planteamiento que tiene como punto de partida la consecuencia jurídica, a partir del cual, a lo mejor, se puede ir descubriendo cuáles pueden ser los presupuestos o qué es el delito. Según entiende, en este caso se trata de un planteamiento metodológico en el que la teoría del delito se reconstruye partiendo de la consecuencia, pero aquí no existe confusión sino, es que, reitera el interviniente, se trata de un planteamiento metodológico.

Continuando con su intervención expresa que, si a la pena se le añaden finalidades de prevención (y si en la culpabilidad determinamos si un sujeto que ha hecho algo que no quiere la sociedad, se le puede hacer responsable de lo que ha realizado), no puede perderse de vista que las penas traen también una serie de consecuencias, una serie de costes, no solo para el delincuente. Muestra de ello son los 40.000 euros, aproximadamente, que vale un recluso en una prisión actualmente.

Por ello, indica: hay que plantearse hasta qué punto es socialmente útil recurrir a la pena, lo que, a su juicio, dependerá del punto de vista del que se parta. Si se parte de una teoría clásica, por ejemplo, en el caso del procedimiento, este tendrá un carácter puramente declarativo, donde lo único que habrá que constatar es si el sujeto realizó el hecho y si lo hizo de manera libre o no. Pero si se parte de un planteamiento donde se incluyen componentes preventivos, la prevención es un factor dinámico que no se puede medir al tiempo de hecho.

Y es que, reitera, el proceso nunca tiene lugar al tiempo del hecho, por cuanto puede que hoy exista necesidad de prevención y mañana no. Por ejemplo, sostiene que, en el caso de la prevención especial, esto se puede ver con facilidad en un sujeto toxicómano que comete 20 atracos y, antes de que la policía lo detenga, ya se ha desintoxicado. Hecha esta aclaración y conectando con la idea anterior, el Prof. GARCÍA PÉREZ termina señalando que, si se introducen consideraciones de utilidad social, el proceso ya no tiene un valor meramente declarativo, sino constitutivo. En este punto, manifiesta, se entra en el grave problema de la separación de si una cosa es el Derecho penal y otra el Derecho procesal. En todo caso, resalta que no hay penas sin procesos y que, cualquier cosa que influya en el proceso, influye en la pena.

Al hilo de la pregunta que ha hecho el interviniente con anterioridad —sobre si es necesaria o no la categoría de la punibilidad— advierte que, si se plantea la falta o no de una categoría del delito, ello se hace porque a ciertos elementos se les quiere dar un tratamiento distinto al que se le dan en otras categorías. En este sentido, advierte el Prof.

GARCÍA PÉREZ que hay ciertos elementos que no merecen el mismo tratamiento que se le da a los elementos del tipo del injusto o de la culpabilidad.

Aquí trae a colación el hecho de que similares circunstancias se pueden encontrar tanto en el Código Penal o en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es más, resalta que muchas de estas circunstancias se tienden a meter en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que puede generar consecuencias distintas dependiendo del lugar en el que se incorporen. Así, por ejemplo, —continúa— se podría pensar en introducir la mediación en el Código Penal, pero la tendencia es a incorporarla en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que tiene consecuencias en el hecho de que, en principio, en materia procesal no rige el principio de irretroactividad.

Sostiene que en materia de ejecución de la pena está pasando lo mismo. Por ejemplo, indica que se ha defendido, aquí, la cadena perpetua como prisión permanente revisable, en donde la revisión de la condena forma parte de la propia ejecución de la pena y por ello está sujeto al principio de legalidad. Pero, advierte que, en otros sitios, se establece, por una parte, la norma de la cadena perpetua y, por otra, la norma de revisión anticipada al cabo de 20, 25 años. En estos casos, manifiesta, se está llegando a decir que la revisión no se encuentra sujeta al principio de legalidad porque es pura ejecución de la pena. Pero no solo ello, aunque la pena esté claramente estipulada en el Código Penal — resalta—, si eventualmente suprimen su revisión, este problema sería un problema de ejecución en el que no se aplicaría el principio de legalidad.

A juicio del Prof. GARCÍA PÉREZ, la reflexión hecha con anterioridad tiene como finalidad poner de relieve que hay muchas circunstancias que, siendo exactamente iguales, pueden ser definidas como procesales o como circunstancias del Código Penal —con las consecuencias que ello trae— en función de que el legislador las haya colocado en un sitio o en otro. En su entender, este proceder le parece arbitrario y por ello propone partir de una concepción material como lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con los temas de ejecución.

Relata que, anteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con los temas de ejecución decía que estos no tenían nada que ver con la pena y, por ende, no estaban sujetos al principio de legalidad; sin embargo, con el caso del Río Prada — resalta—, el Tribunal ha roto totalmente con su doctrina tradicional. Pero es que, además, señala el interviniente que a su juicio queda un paso por dar relacionado con las circunstancias procesales, que en su entender resultan imposible de distinguir de las

circunstancias del CP. En este punto retoma una propuesta esbozada con anterioridad, cual es que no solo se debería partir de una concepción material respecto de las circunstancias sobre las que tradicionalmente se ha discutido si se encuadran en la punibilidad, sino respecto de otra serie de circunstancias, pues cada vez más la suerte del Derecho penal se corre en el procedimiento sin las garantías que se tienen en el Código Penal.

Culminada la intervención del Prof. GARCÍA PÉREZ, el moderador le cede la palabra al Prof. ÁNGEL SANZ, quien, tras felicitar al ponente, le plantea una duda. En concreto, pone de manifiesto que casi todo lo que se ha dicho en cuanto a ejemplos de la eficacia de la categoría de la punibilidad, desde una perspectiva de la declaración del sujeto como responsable —la cual, se ha dicho, va dirigida a fundamentar, excluir o atenuar la pena—ha sido para excluir o graduar en sentido atenuatorio la pena; pero la fundamentación, a su juicio, es lo más problemático, por las razones de eficacia, eficiencia, etc., puramente utilitarias —y desde el principio de necesidad en la fundamentación de una declaración del sujeto como responsable— pueden generar más problemas para fundamentar que para excluir o graduar en sentido atenuatorio la pena.

A continuación, el moderador retoma la palabra y se la cede al ponente para que dé respuesta a las observaciones planteadas tanto por el Prof. GARCÍA PÉREZ, como por el Prof. SANZ MORÁN. El Prof. DÍEZ comienza su intervención resaltando que, como se puede ver (haciendo referencia a la intervención del Prof. GARCÍA PÉREZ), en Málaga tienen buenas discusiones desde hace mucho tiempo. Comenta que, desde hace 33 años, se realiza un seminario semanal, con lo cual conoce muy bien las opiniones de sus colegas. En cuanto a la intervención del Prof. GARCÍA PÉREZ, el ponente acepta las aclaraciones que este ha realizado y afirma que hay cosas que, como parte del principio de subsidiariedad —respecto del que él ha hecho una interpretación a partir de la eficiencia— habría que matizar.

En cuanto a la idea de que con las teorías absolutas de la pena no se necesitan todo este tipo de cosas (contenidos utilitarios en la declaración de responsabilidad) dice no estar tan seguro. Una buena prueba de ello, sostiene, es lo que se ha dicho antes de JESÚS SILVA, quien parte de una tesis meramente retributiva y que, si bien no interpreta en sentido utilitario las circunstancias de las que se ha hablado, al final estas terminan siendo las mismas que se han mencionado en el debate. Siguiendo con su intervención, afirma que, es cierto que con las teorías absolutas se quiere hacer justicia, pero a veces

la justicia no interesa por diferentes motivos, por lo que, en el momento en el que no interese la justicia ya se tropieza con elementos utilitarios. En definitiva, no cree el ponente que las teorías absolutas prescindan necesariamente de estos elementos.

Respecto a la idea de que la declaración de responsabilidad penal y la pena están imbricadas entre sí, advierte que existe una diferencia más de fondo entre su postura y la del Prof. GARCÍA PÉREZ, pues para el ponente la declaración de la responsabilidad es una cosa y la decisión de imponer y ejecutar la pena es otra, que están íntimamente unidas, pero que tienen su propia teoría, una teoría de la responsabilidad y una teoría de la pena. Respecto de la primera advierte que esta está basada en una serie de criterios, una serie de concepciones sociales, que luego han dado lugar a la teoría del delito. Afirma que, si bien la doctrina las ha elaborado más, lo cierto es que el sistema de exigencia de responsabilidad en la vida cotidiana equivale a la teoría jurídica del delito y esto —resalta— se construye con independencia de lo que luego se haga con el sujeto responsable. Por ello, insiste, existe una discrepancia con el Prof. GARCÍA PÉREZ al respecto.

En relación con el proceso, cree el ponente que, teniendo en cuenta la propia evolución argumentativa del Prof. GARCÍA PÉREZ, ambos terminan llegando a la misma conclusión. En este sentido resalta que en la intervención del Prof. García Pérez, este ha dicho que el proceso ha dejado de tener un valor declarativo para pasar a tener un valor constitutivo y ha señalado la necesidad de extender a este ámbito ciertos principios como el de legalidad, planteamientos con los que él mismo coincide.

A continuación, el ponente se refiere a la pregunta realizada por el Prof. SANZ MORÁN, la cual en su entender ha puesto de relieve un punto, aunque no débil, criticable. El ponente le contesta al Prof. SANZ MORÁN a su vez con una serie de preguntas, diciéndole: por qué en categorías como la culpabilidad o en la exigibilidad dentro de la culpabilidad no hay preocupación de formular lo mismo; por qué no se dice en la culpabilidad que hay que probar que el sujeto, en cada caso, era reprochable y se conforma con que concurran circunstancias excepcionales en las que el sujeto no sea responsable y se aplique una eximente; por qué no se fundamenta la culpabilidad o por qué no se fundamenta la exigibilidad y se parte de que se da, en principio, salvo circunstancias excepcionales.

Dicho esto, el ponente acepta que la fundamentación en la eficacia cuesta encontrarla, pero advierte que esta característica no es propia de la punibilidad, sino

también de otras categorías del delito. Llegados a este punto el Prof. DOPICO GÓMEZ-ALLER retoma la palabra y pone de manifiesto lo ilustrativa y, a la vez, polémica que ha sido la ponencia del Prof. DÍEZ RIPOLLÉS —la cual, afirma, daría pie a discutir muchas cosas más—. Señala, además, que existen ciertas cuestiones, entre ellas, las causas de atipicidad sobrevenida, que demuestran la necesidad de un análisis que distinga bien, para juzgar bien y, sobre todo, para no perder el tiempo. Con ello, el moderador da por cerrado el debate.

* * * * * *

Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Vigo, España. Presidente de la FICP.

~Conocimientos o capacidades especiales e infracción del deber objetivo de cuidado[1]~

La exigibilidad del empleo de los denominados conocimientos y capacidades especiales suscita -sobre todo desde el punto de vista teórico, en la teoría del delito- muchas y muy relevantes las cuestiones. Su análisis más a fondo será objeto de una publicación posterior. En este artículo me limitaré a reproducir, y por tanto sin notas, el contenido de mi ponencia -pronunciada el 16 de mayo de 2019 en el XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá- referida a algunos aspectos generales sobre los conocimientos y capacidades especiales y, de forma más concreta, al problema de si las capacidades especiales requieren o implican un tratamiento diferenciado de los conocimientos especiales.

Los conocimientos y las capacidades especiales (generalmente denominados en terminología alemana *Sonderwissen* y *Sonderkönnen;* o *Sonderkentnisse* y *Sonderfähigkeiten*) suelen entenderse como términos comparativos, en relación con los conocimientos y capacidades que se considera concurren en una figura-baremo (sujeto normalmente prudente y cuidadoso), y significan que el sujeto actuante -en virtud de sus facultades individuales, subjetivas- supera en conocimientos o capacidades a dicha figura-baremo, de semejante posición, que constituye la referencia objetiva comparativa.

El calificativo "especial" no significa, por tanto, que un sujeto goce de conocimientos o capacidades especiales (por ejemplo, los requeridos para el ejercicio de la profesión de arquitecto, médico, etc.) frente a quien carece de ellos por no integrar dichas -u otras- profesiones, sino que sus conocimientos o capacidades son "superiores" (volviendo a la terminología alemana, *überdurchschnittliche*) dentro del mismo grupo de sujetos comparables. Es decir, se trataría de que los conocimientos (o capacidades)

[1] Este trabajo se ha elaborado en el marco de los proyectos "Revisión de cuestiones polémicas en la ciencia penal a comienzos del siglo XXI" (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, RTI2018-101401-B-I00) IP Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Prof. Dra. Raquel ROSO CAÑADILLAS, y "Principios y garantías penales: sectores de riesgo" (MINECO, DER2016–76715-R), IP Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.

del arquitecto o médico actuantes sobrepasarían el término medio de los conocimientos o capacidades del arquitecto o médico figura-baremo.

El significado de ambos conceptos -conocimientos y capacidades- no es unívoco. Varía según la perspectiva desde la que se analicen. Pero en lo que aquí respecta hay que señalar que los factores subjetivos del conocimiento se entienden restringidos a las facultades intelectuales o cognitivas, de adquisición de información, observación, aprendizaje o experiencia (excluyéndose otros factores psíquicos de naturaleza más bien emocional, como intenciones, motivos o actitudes). Y en cuanto a las capacidades (aptitud, destreza, pericia, habilidad o maña, rapidez, precisión, etc., o en alemán *Fähigkeit*, *Begabung*, etc., o en el ámbito anglosajón, *skill*, *know-how*, etc.), cabe anticipar en este momento que muchas de ellas son, al igual que los conocimientos, susceptibles de aprendizaje y perfeccionamiento (por la práctica o el entrenamiento), mientras que otras, las menos, no lo son, por tratarse de capacidades innatas o congénitas, y por tanto personalísimas.

Los problemas que surgen en la práctica sobre los conocimientos y capacidades especiales superiores de un sujeto se plantean sobre todo en los hechos no dolosos, bien sea en el marco de la infracción del deber objetivo de cuidado en los delitos imprudentes (aunque dicha infracción, y en más alto nivel, existe también en los dolosos) o bien en el de la imputación objetiva, en la creación de un riesgo no permitido. Y pueden afectar tanto a delitos comisivos (a los que me referiré aquí fundamentalmente) como a delitos omisivos propios y de comisión por omisión. Cabe destacar, por otra parte, que la ardua discusión que se suscita en este contexto de la imprudencia y en el de la imputación objetiva no se corresponde, sin embargo, con lo que sucede en otros grupos de casos o contextos, en los que no se discute la relevancia de los conocimientos superiores. Así, fundamentalmente, en la teoría de la participación: en la autoría mediata, en la coautoría, en la cooperación necesaria y en la complicidad, en la inducción, y en la figura del agente provocador.

Las reglas que rigen para determinar la infracción del deber de cuidado (esto es, el núcleo de la conducta imprudente, su desvalor de acción), así como el juicio de peligro (elemento central de la teoría de la imputación objetiva) parten, generalmente, del supuesto normal de que los conocimientos y capacidades del sujeto actuante se corresponden con los que concurrirían en cualquier otro sujeto de semejante posición (generalmente en el ámbito profesional) colocado en la misma situación que aquél. Con

esta premisa no se plantea, por tanto, problema alguno para afirmar el carácter objetivo-general de la determinación de la infracción del deber de cuidado o del juicio de peligro, en función de lo que, en ambos por igual, es capaz de cumplir un sujeto prudente y cuidadoso.

Sin embargo, existen también supuestos especiales, en que los conocimientos o capacidades del sujeto actuante son superiores o mayores que lo que corresponde a las exigencias normales o habituales, bien sea en general, o en un ámbito profesional concreto, o en un determinado sector de riesgo. Y es aquí donde surge el problema, central y muy discutido, de si y en qué medida es jurídico-penalmente exigible al sujeto actuante el empleo de sus conocimientos o capacidades especiales.

La respuesta a la exigibilidad del empleo de los conocimientos o capacidades especiales y las consecuencias derivadas de su no utilización pueden ser muy distintas según sea la posición que se adopte acerca del lugar sistemático de la teoría del delito donde se considera corresponde tomar en consideración dichos conocimientos o capacidades especiales. La diferencia es esencial y evidente según los mismos se integren en la culpabilidad o en el tipo de injusto.

En el concepto clásico de delito los conocimientos especiales se ubican sin mayor dificultad en la culpabilidad. Pues dicho concepto contemplaba una concepción psicológica de la culpabilidad, como nexo psíquico entre el sujeto y el hecho, en la que se encuadraba un concepto psicológico imprudencia, como forma de culpabilidad, de carácter subjetivo e individualizador. Y, en consecuencia, se entendía en general el deber de cuidado como deber subjetivo de cuidado (es decir, el deber que es capaz de cumplir el sujeto concreto actuante), y asimismo la previsibilidad como previsibilidad subjetiva (o sea, la determinada con referencia únicamente a dicho sujeto concreto).

Posteriormente, a partir del concepto finalista de delito, considerados el dolo y la imprudencia como elementos del tipo (y no como formas de culpabilidad), la posición doctrinal, prácticamente general, es la de incluir los conocimientos especiales en el tipo de injusto: o bien en la parte subjetiva del tipo imprudente (en el núcleo esencial de la conducta imprudente, en su desvalor de acción: la infracción del deber objetivo de cuidado), o bien ya en su parte objetiva, dentro de la teoría de la imputación objetiva.

Aunque ambas posiciones parten de puntos de referencia claramente diferentes, eso no evita que se encuentren ante dificultades similares para la resolución del

problema, ni obsta para que compartan en muchos casos las mismas interpretaciones sobre el significado y la valoración de los conocimientos y capacidades especiales. En ambos casos, el carácter subjetivo-individual de dichos conocimientos y capacidades plantea el mismo problema de fondo: en el delito imprudente, cómo integrar esas facultades subjetivas especiales en los juicios objetivos de previsibilidad y de diligencia; en la imputación objetiva, cómo se pueden tomar en consideración circunstancias subjetivas en una imputación que se denomina a sí misma objetiva, sin que eso implique una quiebra del sistema.

Frente a las diferentes posiciones doctrinales al respecto (por ejemplo, para quienes, entre los finalistas, parten de la base de que *lo subjetivo* es elemento central de la tipicidad y antijuridicidad; o para quienes, desde una concepción individualizadora, afirman la compatibilidad de la inclusión de la imprudencia en el tipo de injusto con la infracción del deber subjetivo, individual, de cuidado; o para quienes fundamentan el criterio objetivo añadiendo a la figura-baremo objetiva los conocimientos y capacidades superiores del concreto sujeto actuante), en cuyo análisis no puedo detenerme aquí, considero que el carácter subjetivo-individual de los conocimientos y las capacidades especiales del sujeto actuante (cuyo carácter comparten igualmente los conocimientos y capacidades normales) no impide su integración en los juicios objetivos de previsibilidad y de diligencia, ni dicha integración en el tipo objetivo implica una quiebra del sistema. Pues lo determinante a estos efectos es que el resultado de la valoración, y no su objeto, sea algo objetivo. El carácter subjetivo-individual de los conocimientos y capacidades especiales no impide su valoración desde un baremo objetivo, en cuanto éste ha de ser el baremo determinado sobre el nivel de exigencia igualitario respecto de sujetos de características semejantes y que, por tanto, constituyen la referencia comparativa. Y esto es, por otra parte, aplicable por igual a los que anteriormente hemos denominado supuestos normales y supuestos especiales. Ahora bien, esto sólo es posible cuando dichos conocimientos y capacidades sean adquiribles. Este carácter es el que siempre tienen los conocimientos, que nunca son innatos, y por tal motivo la doctrina -que generalmente centra su análisis en los conocimientos especiales, y no en las capacidades- no se plantea el problema de un posible tratamiendo diferenciado. Por eso, como las capacidades especiales pueden tener ese doble carácter, dedicaré la exposición de todo lo que sigue a analizar si las capacidades especiales requieren un tratamiento diferenciado de los conocimientos especiales.

Una posible posición, que comparto -pero que es asumida muchas veces por la doctrina sin detenerse en su fundamentación- es considerar que lo que rige para los conocimientos especiales debe regir igualmente para las capacidades especiales. Esta posición parece a primera vista de recibo en cuanto responde al principio de que se deben evitar las lesiones evitables de bienes jurídicos. Pero es preciso profundizar más en ella para ver si y en qué medida debe y puede ser exigible penalmente el empleo de las capacidades especiales. Y a estos efectos son muy relevantes los argumentos de *Luzón Peña,* quien, basándose en el que podría denominarse criterio de la transmisibilidad o de la transferibilidad, sostiene, sin embargo, ya desde 1996, un tratamiento diferenciado de las capacidades especiales respecto de los conocimientos especiales.

La importante línea argumentativa que esgrime LUZÓN PEÑA es la siguiente:

a) La no utilización de especiales conocimientos –no así la de especiales capacidades o habilidades– del sujeto determina ya la infracción de un deber objetivo (y no sólo subjetivo) de cuidado por haber previsibilidad objetiva.

b) La cuestión de si en caso de no emplear el sujeto –generalmente un profesional– conocimientos y capacidades especiales y superiores a la media existe o no infracción del deber de cuidado y por tanto imprudencia, debe resolverse, según la opinión que le parece más correcta, de modo diferente para los conocimientos y para las capacidades superiores.

c) En el caso de que el sujeto posea especiales y superiores conocimientos, que le permitan prever la realización del tipo, que en principio el hombre o profesional medio cuidadoso no hubiera podido prever –p. ej. un médico y su equipo han desarrollado una técnica de detección de anomalías en un determinado tipo de operaciones, que todavía no es conocida por los especialistas de esa rama– y por no utilizar esos conocimientos no prevé la producción del tipo, p.ej. la causación de la muerte, existe infracción del deber objetivo de cuidado porque hay previsibilidad objetiva y pese a ello no se ha previsto la realización del tipo. Pues -argumenta al respecto- la fórmula de la previsibilidad objetiva, expuesta abreviadamente para lo que aquí interesa destacar, consiste en lo que en el momento de actuar hubiera podido prever el hombre –o profesional– inteligente y cuidadoso (el sujeto ideal), colocado en la situación del autor real y añadiéndole los conocimientos de ese autor concreto.

Y concluye:

d) Como conceptualmente los conocimientos especiales del autor son perfectamente transmisibles al sujeto –en su caso profesional– ideal, p.ej. un buen médico podría conocer y aprender el nuevo procedimiento de detección de anomalías, automáticamente pasa a ser objetivamente previsible lo que también es previsible para el sujeto concreto con sus conocimientos especiales.

e) En cambio, las capacidades especiales y superiores del autor –pericia, habilidad, etc.– son personales y no transferibles al sujeto o profesional ideal, inteligente y cuidadoso, por lo que no es posible añadírselas hipotéticamente al mismo. Por eso, aunque el sujeto que tiene una especial capacidad o habilidad – v.gr. como cirujano, como corredor de vehículos de carreras, como tirador, etc.– no la emplee y se limite a llevar a cabo una actividad arriesgada normal con la misma técnica o pericia que utilizaría un buen profesional o un ciudadano bien preparado, pero sin esa capacidad superior, no infringe el deber objetivo-general de cuidado ni por tanto actúa imprudentemente.

Frente a ello considero, sin embargo, que este criterio no impide la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales. Entre otras razones, porque no todas las capacidades especiales, sino sólo las menos, son personales, en cuyo caso el resto, la mayoría, tiene el mismo tratamiento que los conocimientos. Por otra parte, la posibilidad de añadir al ciudadano o profesional ideal las capacidades especiales del sujeto actuante no requiere que éstas (ni tampoco los conocimientos) sean transferibles, pues basta en ambos casos con que sean adquiribles. Aparte de que no todos los conocimientos se adquieren por transferencia. Asimismo, no cabe duda de que tanto los conocimientos normales, como las capacidades normales son adquiribles, pues el tipo -en función de a quién se dirige y de lo que exige-, se construye sobre la base del carácter normal o usual, y por tanto necesariamente adquirible, de dichos conocimientos y capacidades. Y si esto es así, no se entendería bien por qué sólo el empleo de los conocimientos (y no también de las capacidades) puede ser exigible cuando pasan a ser especiales. En todo lo demás coincido con la posición de mi maestro.

Para fundamentar la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales no es peciso admitir una concepción individualizadora de la imprudencia, pues dicha exigibilidad -por tratarse de un problema de antijuridicidad, y no de culpabilidad- debe regirse por un criterio objetivo-general, que, en última instancia (cuando dicha

exigibilidad no se considere implícita en el sector concreto de riesgo, atomizado lo más posible) debe determinarse con el criterio -tradicionalmente seguido- del sujeto diligente situado en la misma posición del autor, para lo cual es preciso que a ese sujeto de referencia -figura baremo (*Maßfigur*), estándar de persona razonable, prudente y cuidadosa, modelo de conducta (*reasonable person model -RPM-, model of behavior*)- se le puedan añadir (hipotéticamente) las capacidades especiales del sujeto actuante.

En consecuencia (dejando ahora de lado, pues no puedo entrar ello, el tratamiento diferente que corresponde a las capacidades especiales en los supuestos que no constituyen delitos imprudentes de resultado, y en particular en los delitos de omisión), en los delitos comisivos imprudentes, por tanto, de causación y producción activa de un proceso peligroso justamente por la conducta del sujeto (sin voluntad, ni siquiera eventual de, por ejemplo, lesionar), para que el resultado derivado de ese proceso se le pueda imputar a una imprudencia es preciso que se pueda imputar a una infracción objetiva general de cuidado. Si el sujeto ha adquirido (o desarrollado) especiales y superiores capacidades que le permiten evitar la realización del tipo, y por no emplear esas capacidades especiales no evita dicha realización, existe infracción del deber objetivo de cuidado si el idealizado ciudadano o profesional medio ideal, añadiéndole las capacidades especiales del concreto sujeto actuante, habría empleado esas facultades para evitar el resultado. Cuando se trata de conductas en que las capacidades de evitación son personalísimas, innatas, no adquiribles, no puede decirse que lo que se está realizando en el resultado es precisamente un riesgo que implicaba una acción objetivo-generalmente desvalorable, ni algo que encaje en el fin del tipo imprudente.

Ahora bien, serán muy pocos los casos en que sea preciso recurrir a este criterio para decidir la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales. Quizá sólo en estos dos supuestos. Primero, en los que, en virtud de la ponderación utilidad-riesgo, se consideran como riesgos socialmente asumibles los derivados de menores exigencias para poder participar en la actividad arriesgada. Por ejemplo, en el ámbito de la circulación vial. Y segundo, cuando se considere que las capacidades especiales no deben generar nuevos baremos de deber de cuidado, incluso en las actividades en las que -en una ponderación de intereses- pesa más, o mucho más, el de la protección del bien jurídico. Por ejemplo, en la práctica médica.

Las capacidades especiales no constituyen, por tanto -en el análisis dogmático del tipo objetivo, así como en el del criterio de la infracción del deber objetivo de cuidado-

ningún problema diferente al que plantean los conocimientos especiales. Pero al propio tiempo y sobre la base del mismo análisis, las capacidades especiales tampoco constituyen ningún problema diferente al que plantean las capacidades normales u ordinarias en lo que se refiere al fundamento de su exigibilidad. La diferencia entre ellas sí es, por el contrario, notoria en cuanto a la prueba o demostración de su concurrencia y posibilidad de empleo. Los requisitos que tienen que concurrir en las capacidades especiales para determinar la exigibilidad de su empleo desde un baremo generalizador de la imprudencia -que es el que debe seguirse- han que ser los mismos que determinan la exigibilidad del empleo de las capacidades normales. Y los requisitos de éstas son, a su vez, los que marcan los límites a la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales, constituyendo su principal escollo su demostrabilidad.

* * * * * *

Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz

Profesora Ayudante Doctora, Univ. de Alcalá. Secretaria del Patronato y socia de la FICP.

~Relación sobre el debate de la ponencia "Conocimientos o capacidades especiales e infracción del deber objetivo de cuidado" del Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente Remesal~

Ponente: Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Vigo, España. Presidente de la FICP.

Moderadora: Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas. Prof. Titular de Derecho Penal. Universidad de Alcalá, Madrid, España.

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. Dres. h.c. Diego-M. Luzón Peña (Univ. de Alcalá) y Javier de Vicente Remesal (Univ. de Vigo), Profs. Dres. Raquel Roso Cañadillas (Univ. de Alcalá) e Iván Meini Méndez (Pontificia Univ. Católica del Perú) y Prof. Marta Pantaleón Díaz (Univ. Autónoma de Madrid).

Finalizada la ponencia del Prof. DE VICENTE REMESAL, la moderadora, **Prof. ROSO CAÑADILLAS**, agradece al ponente su exposición y su respeto del tiempo de duración indicado en el programa. Añade que la ponencia y el tema son interesantísimos, vinculados a la infracción de la norma, la imputación objetiva, los elementos especiales que pueden integrar la parte subjetiva del tipo o bien la imputación objetiva. La ponencia del Prof. DE VICENTE –prosigue– se ha centrado sobre todo en limitar la exigibilidad o inexigibilidad de esos conocimientos o capacidades especiales o, como él prefiere denominar, de facultades especiales, al considerar que conocimientos y capacidades vienen a ser lo mismo, ya que unos pueden tener origen en las otras y al revés.

Con este sintético resumen de la ponencia, la Prof. ROSO abre el debate y concede la palabra a la **Prof. PANTALEÓN DÍAZ**. Esta felicita en primer lugar al ponente y añade que le ha gustado escucharle sobre un mismo tema en dos ocasiones, ya que le ha permitido pensar más al respecto. Se trata en su opinión de un tema fascinante, sobre el que reconoce no tener todavía ninguna conclusión definitiva, y por ello desea plantearle un par de preguntas sobre inquietudes genuinas que le permitan al ponente expandir su ponencia. La Prof. PANTALEÓN muestra su curiosidad, aunque tal vez se aleje un poco del tema concreto, sobre la idea de que los criterios de infracción del deber objetivo de cuidado no coinciden del todo con la teoría de la imputación objetiva del comportamiento, y añade que le gustaría que el ponente desarrollara esa supuesta divergencia. En segundo lugar, afirma no ver muy bien –tal vez por su incomprensión, se disculpa– dónde está realmente la vinculación dogmática entre la teoría del Prof.

LUZÓN sobre la exigibilidad o no de los conocimientos y capacidades especiales y el criterio que aquí se nos propone para considerar esta cuestión. En principio, la Prof. PANTALEÓN se muestra receptiva a las posturas que separan el tratamiento de los conocimientos del correspondiente a las capacidades, como p. ej., tanto la del Prof. LUZÓN como la del Prof. MIR, con el carácter objetivable o no del conocimiento vs. el carácter en general no objetivable (salvo que lo sea) de la capacidad, que entiende que son posiciones parecidas. A su juicio, si hay algo que podría diferenciar el conocimiento de la capacidad es la posibilidad de contrastar el conocimiento con una verdad o realidad objetiva, criterio o factor de objetivación que estaría ausente en el caso de las capacidades –en la medida en que estas no den lugar a un conocimiento–. Atendiendo a esta última idea –apunta– se podría llegar a resultados parecidos a los que exponen el Prof. MIR y el Prof. LUZÓN. Sin embargo, también le parece convincente –porque, como ha dicho, no tiene todavía ninguna conclusión final a este respecto– el criterio expuesto del tratamiento no desigual de los conocimientos y capacidades, unido a la teoría de las necesidades de protección de los bienes jurídicos, y que consistiría –si lo ha entendido bien, matiza– en valorar si se está exigiendo a la persona concreta el mismo esfuerzo que se le exige a la persona media. Lo que no ve es el punto de vinculación de las dos teorías, pues aunque le parece que pueden llegar a conclusiones similares, no sabe si una se deriva de la otra en términos dogmáticos o no.

En este punto toma la palabra el **Prof. DE VICENTE REMESAL** para preguntarle a la Prof. PANTALEÓN si su pregunta se refiere a la relación de su criterio del tratamiento no desigual con las dos teorías –la del Prof. LUZÓN y la del Prof. MIR– o con solo una de ellas. La **Prof. PANTALEÓN** aclara que en principio solo se refiere a la relación con la teoría del Prof. LUZÓN. En otras palabras, se refiere a la relación entre la teoría que defiende que el criterio relevante para la exigibilidad es el carácter transmisible –y por tanto objetivable– o no del conocimiento/capacidad, de una parte, y de otra parte la teoría que parte de la relevancia de los conocimientos y capacidades especiales, salvo –aspecto este que constituiría un límite– que se esté tratando al sujeto de análisis de forma desigual al sujeto medio, es decir, que se le esté exigiendo más por el simple hecho de tener más capacidades. La Prof. PANTALEÓN considera que pueden ser convincentes las dos teorías, pero querría saber si el Prof. DE VICENTE está proponiendo una teoría completamente distinta o si su teoría deriva de la anterior o hay algún tipo de vinculación, al margen de las soluciones prácticas. Y, para terminar –se disculpa,

alegando que ya se está extendiendo demasiado– desea preguntarle al ponente si su criterio de la demostrabilidad es absoluto o si existen conocimientos o capacidades que no van a ser tenidos en cuenta porque, aun siendo en principio demostrables, no se desea emplear los medios que serían necesarios para la comprobación por razones político-criminales o de garantías.

El **Prof. DE VICENTE** apunta que este último es un problema distinto. La **Prof. PANTALEÓN** confirma este punto, pero pregunta si un conocimiento o capacidad demostrable, que además sea posible emplear y respecto del que exista la certeza de hipotética mayor idoneidad, podría no tenerse en cuenta, sin embargo, porque por otros motivos –del tipo garantías– no queramos.

El **Prof. DE VICENTE** le agradece a la Prof. PANTALEÓN las cuestiones planteadas, y en relación con el último punto considera que se está refiriendo a lo que en Alemania se introduce como *Gegeninteresse* (intereses contrapuestos o contrarios), en cuanto a la permisión o no del riesgo sobre esa base. Pero cree que es un problema en parte distinto al que él ha estado tratando ahora; en los casos de intereses contrapuestos sí estamos ante supuestos de ponderación, pero en los casos a los que él se ha referido hasta ahora en su ponencia no existiría ponderación.

El ponente prosigue a continuación aclarando que el título de la conferencia –"conocimientos o capacidades especiales e infracción del deber objetivo de cuidado"– tenía en principio como subtítulo "fundamento y límites del deber objetivo de evitar lo subjetivamente evitable". Dicho esto, y en relación con la primera cuestión, relativa a la infracción del deber objetivo de cuidado y sus diferencias con la teoría de la imputación objetiva, reconoce lo siguiente: cuando en las clases de prácticas de la asignatura de Derecho Penal, parte general, se analiza un caso, suele indicarse a los alumnos que comiencen por el análisis de la parte objetiva del tipo, determinando entre otras cuestiones la relación de causalidad y la imputación objetiva; terminado este análisis, se les indica que procedan a continuación a valorar la parte subjetiva. Pues bien –sigue–, cuando se trata de un hecho imprudente, y se procede al análisis de la infracción del deber objetivo de cuidado, parece que todo ya haya sido visto. Y en ese sentido, se pregunta el Prof. DE VICENTE si hay algo en lo que pueda diferenciarse un análisis de otro, y admite que ve difícil esa diferenciación. Ahora bien, esto no implicaría aceptar la crítica del riesgo permitido, como ya ha observado el Prof. LUZÓN: pues aunque solo puede haber infracción del deber objetivo de cuidado de aquello que es *objetivamente*

imputable –porque es objetivamente previsible–, en el caso concreto puede no haber habido infracción del deber objetivo de cuidado porque el sujeto se haya comportado de acuerdo con la actuación normal. Pero se trataría en todo caso de una cuestión compleja. El ponente recuerda en este punto que la posición de ROXIN al respecto es incluso más rigurosa en la última edición que en las anteriores, ya que en opinión de este último la infracción del deber objetivo de cuidado no tiene nada que añadir a lo que ya aporta la teoría de la imputación objetiva. El Prof. DE VICENTE afirma seguir considerando que ROXIN tiene razón, pero reconoce no estar del todo convencido.

El ponente pasa a continuación a responder a la siguiente cuestión planteada, relativa al carácter objetivable de los conocimientos y capacidades. De la misma manera que el Prof. DE VICENTE considera que no es fácil distinguir los conocimientos de las capacidades, tampoco cree que sea directamente admisible la afirmación de MIR de que la objetivación solo es posible en los conocimientos. En el ejemplo que ha citado previamente en su ponencia, relativo al campeón mundial de abnea –pregunta el Prof. DE VICENTE–, ¿acaso no es objetivamente demostrable esa capacidad? Claro que lo es. Así pues, ve difícil una solución sobre la base de tal posibilidad o no de objetivación, pues tanto los conocimientos como las capacidades tendrían en su opinión las mismas o semejantes dificultades en este sentido.

En cuanto a la duda sobre los vínculos dogmáticos de su teoría con la del tratamiento desigual, el Prof. DE VICENTE procede a la siguiente reflexión: en principio –sostiene– hay que partir de la base de que el fundamento del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos y, desde un punto de vista teleológico-funcional, deben incluirse todos los conocimientos y todas las capacidades, sean normales o sean especiales, que puedan evitar o permitir la existencia de un peligro. ¿Con algún límite? Por supuesto –responde–: siempre y cuando no se esté exigiendo más al sujeto que más conoce que al sujeto que tiene esas capacidades normales; sin embargo, en su opinión no se le estaría exigiendo más en absoluto. Claro que alguien –continúa– puede extrañarse de que a un sujeto se le haga responsable –y ya no solo por imprudencia, sino incluso, sobre la base de sus conocimientos especiales, por tener dolo eventual– por haber hecho lo mismo que habría realizado el 99% de las personas. ¿Es eso admisible? En su opinión, sí, siempre y cuando ello no suponga para ese sujeto un trato desigual desde el punto de vista comparativo objetivo, y en atención a la función de protección de bienes jurídicos.

En este punto, la **Prof. ROSO** retoma la palabra para exponer sus propias dudas sobre el tema expuesto. Recupera la idea expresada por el Prof. DE VICENTE de que conocimientos y capacidades no se diferenciarían mucho, sino que estarían diluidos, de manera que donde unos terminan empezarían las otras, y al revés. Pero entonces –señala–, la transmisibilidad, que es uno de los criterios que el ponente ha expuesto como límite de la exigibilidad para su maestro común, el Prof. LUZÓN, ya no encajaría o no sería útil, porque no se podría distinguir entre conocimientos y capacidades. En definitiva, a la Prof. ROSO le gustaría que el ponente le confirmara si su postura supone el abandono o rechazo del criterio de la transmisibilidad. En segundo lugar, la moderadora pregunta si el delito derivado de la falta de uso de los conocimientos o capacidades especiales constituiría un delito omisivo –como le parece *a priori*–, un delito de comisión por omisión o si sería siempre un delito comisivo. Finalmente, cuando un sujeto tiene unos conocimientos especiales –plantea–, ¿no se convertiría la imprudencia en un supuesto de dolo? Una persona con conocimientos especiales tendría una panorámica del contexto mucho mayor que una persona con un conocimiento normal o estándar, reflexiona. Pero afirma a continuación que se debate con la afirmación del Prof. DE VICENTE de que al sujeto que tiene una capacidad o conocimiento superior no se le está exigiendo más. Aunque se pueda decir –como entiende que hace el Prof. DE VICENTE– que hay un estándar común y un estándar de especialidad, y que al que tiene un conocimiento especial se le aplica este último, sin que eso suponga que se le exija más, la Prof. ROSO considera que la aplicación de ese estándar sí supondría precisamente una mayor exigencia. Finaliza su intervención agradeciendo una vez más al ponente por su atención y su ponencia.

El **Prof. DE VICENTE** señala que, en cuanto a la pregunta sobre el criterio de la transmisibilidad, hay dos aspectos relevantes. Respecto del primero de ellos, y aunque naturalmente se trata de una cuestión discutible, él ha planteado –en la línea que en su momento propuso SCHÜNEMANN– lo siguiente: en el marco de sectores específicos de riesgo, entiende que no habría que partir del sujeto con conocimientos normales al que se le *añaden* los conocimientos especiales, sino que el sujeto de referencia sería directamente el sujeto con esos conocimientos especiales, que sería un criterio objetivo válido y aplicable para tales supuestos. Esta sería naturalmente una alternativa, y de ser admisible –cosa que tampoco está afirmando categóricamente–, entonces no sería preciso recurrir al criterio de la transmisión, porque no habría nada que *transmitir*. Si en

cambio esta alternativa no fuera aceptable –y por tanto hubiera que partir del sujeto conocimientos normales y añadir los conocimientos del sujeto actuante–, entonces habría que añadir aquello que se *pueda*. Recuerda en este punto el ponente que el Prof. LUZÓN es prácticamente el único que se ha esforzado en poner de manifiesto que, cuando se dice que "se deben tener en cuenta los conocimientos especiales", no se ha analizado previamente si se *pueden* tener estos en cuenta, y es ahí cuando introduce el criterio de la transmisibilidad. Por su parte, el Prof. DE VICENTE considera que, desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos, el tratamiento de los conocimientos y las capacidades debe ser el mismo, y la transmisibilidad operaría únicamente como límite en casos *muy limitados*, solo para las capacidades *personalísimas*, que serían intransmisibles. En cambio, muchas de las capacidades que son *habilidades* –recuerda en este punto que no se ha podido detener en su ponencia en el análisis de las distintas capacidades que se adquieren por repetición o entrenamiento– recibirían un tratamiento como el de los conocimientos. Así pues –insistiendo en lo que decía anteriormente–, el Prof. DE VICENTE alega que los conocimientos y capacidades deben tener un mismo tratamiento jurídico y –añade– ser exigidas cuando eso no requiera un mayor esfuerzo comparativo o un mayor nivel de exigencia del sujeto con esos conocimientos frente al sujeto normal. Frente a lo que opina la Prof. ROSO, el ponente considera que, desde el punto de vista de la *capacidad de rendimiento*, se les está exigiendo lo mismo. En cuanto a la cuestión sobre el dolo, confirma la idea de la Prof. ROSO, recordando que lo ha puesto incluso como ejemplo: así, puede que una persona con conocimientos especiales responda no ya por un delito imprudente, sino por un delito doloso, con dolo eventual por lo menos. Por lo demás, entiende que caben las tres posibilidades que planteaba la moderadora en cuanto a la naturaleza omisiva o comisiva del delito, sin que haya diferencias en este punto respecto de supuestos donde el sujeto tiene conocimientos normales. En relación con la posición a la que llevaría la transmisibilidad o no, ya mencionó en su ponencia en las Jornadas en honor al Prof. LUZÓN por su Doctorado *honoris causa* que eso no significa que derive necesariamente en la impunidad, sino que en algunos casos podría dar lugar a una responsabilidad por omisión del deber de socorro.

A continuación, y tras agradecer de nuevo al ponente por su contestación, la moderadora da la palabra al **Prof. MEINI**, que felicita al Prof. DE VICENTE por su ponencia y le plantea muy brevemente la siguiente duda: en opinión del ponente, los

conocimientos serían equiparables o asimilables a las capacidades, y por tanto el tratamiento de unos y otros habría de ser similar; sin embargo –reflexiona–, el sujeto a quien se le exige actuar en un determinado ámbito con ciertos conocimientos especiales y no lo hace podrá incurrir en error, que podrá ser de tipo o de prohibición, dependiendo de sobre qué recaiga; en cambio, si el sujeto que tiene una capacidad especial de actuar no lo hace, eso ya no debería ser tratado como un error, sino simplemente como una omisión, que a su vez podrá ser dolosa o imprudente, como lo que se acaba de mencionar al hilo de la pregunta anterior. Por eso, el Prof. MEINI reconoce que le seguiría faltando claridad sobre si realmente en el caso de los conocimientos y las capacidades especiales se trata del mismo fenómeno o problema de cara al tratamiento que se les podría dar sobre la base del Derecho positivo.

El **Prof. DE VICENTE** responde indicando la que doctrina mayoritaria o incluso dominante parte de la base de que no hay por qué diferenciar los conocimientos de las capacidades especiales a los efectos de emitir el juicio sobre la creación de un peligro o un riesgo, y él comparte esa idea. Sobre la base de si, por no haber utilizado algo, se ha creado un peligro o un riesgo, daría a su juicio igual que se trate de un conocimiento o de una capacidad. La exigibilidad de la utilización de esos conocimientos o de esas capacidades especiales –insiste– debe ser la misma que los conocimientos y las capacidades *normales*, porque no plantearía ningún problema diferente, y la limitación no podría venir determinada por la protección de bienes jurídicos: siempre que el bien jurídico requiera esa protección, y la no utilización dé lugar a un peligro –concluye–, debe ser exigible, con las limitaciones que añadía al final de su ponencia: posibilidad, demostrabilidad y capacidad de mayor eficacia o de mayor idoneidad.

En este punto, la moderadora concede la palabra al **Prof. LUZÓN PEÑA**, que se lo agradece. El Prof. LUZÓN comienza señalando que interviene por alusiones, ya que el ponente le ha estado citando e incitando permanentemente a intervenir, así como otros los intervinientes, como por ejemplo la Prof. PANTALEÓN. Se podría hablar de muchas cosas y durante largo tiempo –añade–, pero dado el programa del seminario solo podrá extenderse diez minutos, en los que intentará transmitir todo lo que piensa. Aclara que no empezará por su teoría de la transmisibilidad –cuyo contenido ya ha sido expuesto fenomenalmente bien por el ponente, y sobre la que principalmente desea discutir el *porqué* (que en su manual no está explicitado, pero que sí lo será en su tratado en preparación)–, sino por la cuestión de la imputación objetiva y la infracción del deber

objetivo de cuidado; en particular, el Prof. LUZÓN desea responder a la posición de ROXIN en la última versión de su manual (*Lehrbuch*) –que le han traducido él y parte de su escuela–, según la cual en materia de delito imprudente no habría que estudiar nada más que la imputación objetiva. ¿Por qué dice esto ROXIN?, pregunta. En sus primeras obras (alguna de las cuales fueron traducidas por el propio Prof. LUZÓN), ROXIN partía de las tesis de la vieja teoría de la imputación objetiva y mencionaba como requisito lo que esta doctrina tradicional (LARENZ, HONIG, HENCKEL y otra serie de penalistas, civilistas y iusfilósofos alemanes) había llamado *adecuación*: en particular, ROXIN coincidía inicialmente en que para que haya adecuación de una conducta dolosa o imprudente basta con que esa conducta suponga *previsibilidad objetiva* de que se puede producir un resultado lesivo o de peligro concreto, que a su vez supone la *creación de un riesgo típicamente o mínimamente relevante* a efectos del tipo. Pero cuando más adelante ROXIN formuló su criterio de la disminución del riesgo para los cursos causales hipotéticos debidos a hipotéticas alternativas lícitas del propio sujeto que interviene, metió de pronto al riesgo permitido en la imputación objetiva, lo que hasta ese momento no había hecho. Y al hacerlo, ROXIN dio un paso más, y consideró en adelante que esta idea no operaría solo para los casos de cursos causales hipotéticos y disminución del riesgo con una conducta que supone un riesgo menor al riesgo permitido, sino que para todos los casos la imputación objetiva consistiría en crear un riesgo jurídicamente desaprobado, o sea, mayor que el riesgo permitido. Al decir esto ROXIN, dada su enorme influencia en la dogmática alemana y no alemana, la teoría mayoritaria de la imputación objetiva habría dejado de ser hace más de treinta años la teoría inicial, que es la que mantiene todavía el Prof. LUZÓN –por diversas razones que expone en su manual y que ahora no tiene tiempo de explicar–, y según la cual la cual –insiste– basta para imputar objetivamente una conducta como parte objetiva del tipo –es decir, sin analizar todavía la parte subjetiva– con crear un *riesgo típicamente relevante, que puede estar muy por debajo del riesgo permitido*. De esta manera –recalca–, como ya habría señalado previamente el Prof. DE VICENTE, hay riesgos que son típicamente relevantes –en los que habría por tanto imputación objetiva–, pero que no superarían el riesgo permitido, por lo que no infringirían el deber objetivo de cuidado. ROXIN, como ya exige para la imputación objetiva que se supere el riesgo permitido, niega la imputación objetiva para todo aquello que esté por debajo de ese riesgo permitido.

Pues bien, dicho esto, el Prof. LUZÓN reitera que no está de acuerdo con esta postura de ROXIN y que se mantiene fiel a las posturas clásicas –sin disponer de tiempo para explicar los motivos–, pero lo que más le interesa destacar es que, en su opinión, hay algo que ROXIN no ha tenido en cuenta: ROXIN señala que cuando se supera el riesgo permitido habría infracción del deber objetivo de cuidado, pero esta idea solo sería admisible en opinión del Prof. LUZÓN para la imprudencia *civil*. La imprudencia *penal*, que es más grave –de hecho, recuerda, en la mayoría de los delitos del Código Penal español y en otros códigos la imprudencia penalmente relevante no es una imprudencia leve o menos grave, sino que tiene que ser incluso grave– no es simplemente crear un riesgo superior al permitido: la infracción del deber objetivo de cuidado a efectos penales y de tipicidad penal significa incurrir en un riesgo que esté claramente incluso por encima del riesgo permitido. Por tanto, el Prof. LUZÓN sigue pensando que la infracción del deber objetivo de cuidado, a efectos de un delito imprudente, supone una exigencia mayor que la de superar el riesgo permitido: puede haber riesgos que superen en algo el riesgo permitido y sin embargo todavía no sean riesgos penalmente relevantes. Sobre esta cuestión podría seguir hablando –concluye–, pero desea pasar ahora a reflexionar sobre el núcleo de la ponencia del Prof. DE VICENTE.

¿Por qué defiende el Prof. LUZÓN –con ciertas similitudes a lo que señala MIR, como ha puesto de manifiesto la Prof. PANTALEÓN– que para hablar de una infracción de un deber objetivo de cuidado en un delito imprudente hay que distinguir entre conocimientos y capacidades especiales? Porque el criterio de la previsibilidad objetiva –recuerda– siempre fue un baremo *objetivo*: el del sujeto medio ideal o, si se trata de una actividad profesional, el profesional medio ideal. Aclara que no se trata del sujeto o el profesional medio normal, sino el medio *ideal* –el bueno, especial, no el puntero, pero sí un poco por encima del medio–, exigido por los baremos jurídicos. Sin embargo, si tomamos la propuesta del Prof. SCHÜNEMANN o la que le gusta al Prof. DE VICENTE de los conocimientos y capacidades del sujeto concreto como criterio objetivo, opina el Prof. LUZÓN que eso ya no sería un criterio objetivo general, sino un criterio *subjetivo*. Para hacer eso –reflexiona críticamente–, digamos entonces lo que han dicho algunos finalistas o autores no finalistas que coinciden con ellos con toda claridad, como STRUENSEE y compañía, según los cuales, en materia al menos de imprudencia, la infracción sería infracción del deber *subjetivo* de cuidado. El Prof. LUZÓN señala que

esta conclusión era muy correcta y muy coherente cuando la imprudencia se consideraba un grado menor de *culpabilidad*, pero si estamos hablando del tipo de ilícito –como prefiere denominarlo– o el tipo de injusto –en la mala traducción de *Unrecht* por injusto que utilizan la mayoría de los hispanoparlantes–, no cabe ir a situaciones totalmente individuales específicas si seguimos pensando que es un juicio objetivo-general. Partir del sujeto que tiene más capacidades como sujeto de referencia, es decir, del piloto concreto, el médico concreto, el submarinista concreto, que tienen una capacidad pulmonar, una habilidad manual o una vista prodigiosa que les permiten llevar a cabo intervenciones o actuaciones que otros no podrían realizar, y decir a continuación que estamos ante un criterio objetivo es en opinión del Prof. LUZÓN incorrecto: eso no sería un criterio objetivo –recalca–, sino el criterio subjetivo de una persona fuera de serie, de un Leo Messi.

A continuación, recuerda el Prof. LUZÓN que, cuando en diciembre pasado el Prof. DE VICENTE le animaba a admitir que no todas las capacidades son personales e intransferibles, sino que hay una serie de capacidades que se adquieren por entrenamiento o práctica (*Übung*), le respondió que algunas sí, pero que no sabe o no tiene claro si el sujeto medio ideal o el profesional medio ideal es el sujeto ya entrenado. Reconoce, dudoso, que, si hubiera tenido entrenamiento, podría ser cierta esa idea. Pero en todo caso, las capacidades del fuera de serie, del Messi, son *habilidades* que dependerían de un sistema neurológico y no se adquirían con entrenamiento, por lo que en su opinión no serían transmisibles. Por eso, para la valoración de la infracción del deber objetivo de cuidado se debería hacer lo siguiente: colocar al sujeto medio ideal en la situación del autor concreto con aquellas cosas del autor concreto que se podrían *suponer* en el hombre medio ideal o en el profesional medio ideal. Recuerda en este punto que este no es tanto un tema de exigibilidad o no exigibilidad, sino del baremo objetivo general, lo que nos lleva a preguntarnos a partir de dónde debe considerarse que un sujeto está infringiendo una norma *jurídico-penal* de cuidado y no solo una norma ética de comportamiento.

En este punto añade el Prof. LUZÓN que hay un tema adicional y diferente del de si hay infracción del deber objetivo de cuidado, que tiene de nuevo que ver con la fase final de la imputación objetiva del resultado concreto: se trata de los juicios de probabilidad y la discusión sobre la teoría de ROXIN del incremento del riesgo, que nos lleva a plantearnos si bastaría con un incremento del grado de posibilidades para evitar

un resultado empleando una capacidad, aunque no hubiera seguridad o práctica seguridad. Sobre este respecto, recuerda el Prof. LUZÓN que, en su artículo de hace dos años sobre la comisión por omisión, ha tomado posición –que vale, aclara, para cualquier otra clase de tipos delictivos, incluidos los comisivos activos– a favor de la teoría mayoritaria o dominante, según la cual tiene que haber una probabilidad rayana en la seguridad, porque de lo contrario se vulneraría el principio de *in dubio pro reo*. Se trata de una argumentación que se viene haciendo desde hace décadas, y personalmente considera que es la más correcta.

Hecha esta digresión, y volviendo ya a la cuestión central que le ocupaba, concluye el Prof. LUZÓN que solo podemos afirmar la infracción del deber objetivo de cuidado si el sujeto medio ideal, colocado en la posición del autor y con aquello que se le pueda transmitir del autor –y puede que haya alguna capacidad transmisible, reconoce, pero la mayoría de las capacidades del sujeto espectacular no serían transmisibles–, habría estado en condiciones de haber podido evitar el resultado. Es más –añade–: a partir de aquí ya podrían entrar en juego el resto de criterios de la infracción del deber de cuidado. Si gracias a los conocimientos o capacidades especiales el sujeto concreto sabe que hay un riesgo que el sujeto normal no sabría, puede ser que se deba *abstener* de actuar, porque no esté en condiciones de evitar el resultado (imprudencia por asunción, si lleva a cabo una actividad excesivamente peligrosa que no va a poder controlar), o bien que deba adoptar unas *medidas de precaución* muy superiores.

El Prof. LUZÓN cree a este respecto que los ejemplos que pone en su manual son muy claros. Imaginemos –plantea– que un determinado equipo médico ha descubierto un procedimiento claro y complejo de detección de anomalías en un determinado tipo de operaciones, que no conoce el 90% de los profesionales. De haber usado el equipo médico en cuestión ese procedimiento en un caso concreto, habría detectado una anomalía o un nivel de riesgo importantísimo en un paciente, muy superior al de otros, lo que a su vez habría llevado a una obligación de abstención de proceder a la operación o de operar con unas medidas de precaución superiores a las habituales. Sin embargo, si el equipo ha decidido no usar ese procedimiento de detección de anomalías y por ello, desconociendo la existencia de una, ha operado al paciente en condiciones normales, entonces hay una infracción de un deber objetivo-general de cuidado, que se le puede exigir a cualquiera, también al sujeto medio ideal. En cambio, si estamos ante un sujeto que tiene una capacidad especial de manejar una microcirugía –de lo que no se sienten

capaces los cirujanos medios o incluso buenos de esa especialidad– y solo aplica una técnica quirúrgica normal A, B o C, que utilizan los buenos cirujanos, entonces no ha infringido un deber objetivo de cuidado, porque no lo habría infringido el profesional medio ideal. Al sujeto concreto se le podrá hacer un reproche ético-social, pero de ninguna manera un reproche jurídico-penal de imprudencia. A no ser –reflexiona de nuevo– que defendamos la infracción de deberes *subjetivos* de cuidado, pero entonces habría que decirlo claramente; en otras palabras, si seguimos hablando de un deber objetivo de cuidado –que es como reza el título de la ponencia del Prof. de Vicente–, el Prof. LUZÓN considera que no cabe ese reproche jurídico-penal. Sobre ello podría continuar hablando, pero admite que se le ha agotado el tiempo de intervención y que podrán seguir discutiendo en otro momento.

El **PROF. DE VICENTE** agradece al PROF. LUZÓN sus reflexiones y apunta que en la ponencia de hoy ha suprimido una cuestión que sí expuso el pasado diciembre, precisamente porque le suscitaba algunas dudas, y es la relativa a dónde se marca el límite. Como acaba de decir el Prof. LUZÓN, el sujeto de referencia es el cirujano medio, pero no el medio *normal*, sino el *bueno*, incluso *muy bueno*, pero no el Messi de los cirujanos. El **Prof. LUZÓN** interviene para insistir en que el sujeto de referencia es el hombre medio *ideal*, atendiendo a la fórmula de los alemanes de principios de siglo, el que le gusta al Derecho. Responde el **Prof. DE VICENTE** señalando que en su opinión el sujeto *ideal* es un sujeto *cumplidor de las normas*, *prudente*, *respetuoso*. Pero se pregunta cuál es el sujeto *medio*, pues especialmente en el campo de las especializaciones, de los sectores del tráfico especializados –*cada vez más* especializados, recalca– el sujeto concreto ya es un especialista, con conocimientos especiales. Por eso se trata en su opinión de una cuestión muy problemática.

Llegados a este punto, la **Prof. ROSO** indica que ya no hay más tiempo disponible para continuar con la discusión, motivo por el que da por finalizado el debate con la reiteración del aplauso al ponente y el agradecimiento al resto de participantes por su intervención.

* * * * * *

Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España. Director de Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales. Patrono fundador de la FICP.

~La falta de respeto del principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos (y principios conexos) en el CP español: algunos ejemplos y especial referencia a los «delitos de odio»~

I. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD, OFENSIVIDAD O EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

Sin buscar aquí una gran precisión, podemos recordar que el principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos significa que el Derecho penal solo debe intervenir frente a amenazas de lesión o de peligro para concretos bienes jurídicos[1].

Autores como MIR PUIG[2] o LUZÓN PEÑA[3], entre otros, explican el fundamento de este principio. Así, el segundo cree que es doble: político-constitucional, por un lado, pues es, en primer lugar, de raíz liberal (el art. 1.1 de la Constitución española reza: "1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político", con clara apelación a la libertad como valor fundamental, de modo que la limitación de derechos solo se justifica por su necesidad para la protección de derechos y libertades de todos), pero, además, responde a la concepción del Estado como democrático y social (igualmente consagrada en el citado precepto constitucional), pues los bienes jurídicos serían condiciones básicas para el funcionamiento social y para el desarrollo y la participación del ciudadano en la vida social. Pero, en segundo lugar, respondería a un fundamento funcional: la intervención penal frente a conductas que no afectan a bienes jurídicos es innecesaria, pues bastan otros medios extrapenales, y, además, esa intervención, por carecer de fundamento o ser en todo caso desproporcionada, resultaría a la larga ineficaz.

[1] Por todos, LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, Cap. 2, nm. 13 ss. (pp. 21 s.).

[2] MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 10ª ed., 2ª reimpr. corregida, Reppertor, Barcelona, 2016, Lecc. 4, nm. 2 ss., 50 ss. (pp. 114, 130 ss.).

[3] LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, Cap. 2, nm. 5 ss., 13 (pp. 19 s., 21 s.).

II. DOBLE PERSPECTIVA DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD U OFENSIVIDAD

En este punto, conviene señalar que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, lesividad u ofensividad posee dos perspectivas: una negativa, que es la que aquí realmente me interesa, como limitador de la potestad punitiva del Estado: no se puede castigar penalmente aquello que no afecte a bienes jurídicos, no posea la suficiente lesividad u ofensividad para ellos. La otra perspectiva sería la positiva, en el sentido de que la lesividad u ofensividad de una conducta para intereses que se revelan como "nuevos" bienes jurídicos fundamentaría la necesidad de incriminar esas conductas con nuevos tipos penales. Valga el ejemplo de los atentados al medio ambiente o determinados ataques informáticos. Esta segunda perspectiva conduce incluso al debate sobre los mandatos de incriminación contenidos (o no, explícitamente o no) en textos constitucionales o en las normas de Derecho europeo o internacional.

III. CONEXIONES CON OTROS PRINCIPIOS

Por fin, creo además que el ámbito del principio que analizamos como limitador del *ius puniendi* no posee unas fronteras absolutamente nítidas que lo diferencien plenamente de otros principios limitadores, especialmente del de subsidiariedad, fragmentariedad, intervención mínima o carácter de *ultima ratio* del Derecho penal[4], que se volverá a mencionar alguna vez, pero tampoco de otros como, por ejemplo, el de proporcionalidad[5] o el de eficacia[6].

IV. PRINCIPIO DE LESIVIDAD U OFENSIVIDAD Y BIEN JURÍDICO

En mi punto de partida (que es común en la doctrina) definitorio del principio de lesividad u ofensividad ocupa un papel central el concepto de bien jurídico. Hay quien considera este condenado al fracaso por las dificultades de determinar qué es un bien jurídico. Personalmente puedo seguir definiciones como las de mis maestros alemán, ROXIN[7] ("los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio

[4] Al respecto, por todos, LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, Cap. 2, nm. 14 ss. (pp. 22 ss.).
[5] Por todos, LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, Cap. 2, nm. 24 s. (p. 25).
[6] Por todos, LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, Cap. 2, nm. 21 ss. (p. 24 s.).
[7] ROXIN, Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, trad. de la 2ª ed. alemana de Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, § 2, nm. 9 (p. 56).

sistema") o español, LUZÓN PEÑA[8] ["condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto como en sus relaciones con la sociedad)"].

Aunque aquí no puedo precisar más, creo que no se pueden ocultar las dificultades de concreción de lo que son bienes jurídicos. Ahora bien, estoy convencido de que, aunque sus límites sean imprecisos, es mejor manejar la idea de bien jurídico a no manejarla en absoluto. Puede que no sepamos con claridad si ciertos objetos o intereses son bienes jurídicos (digamos que existe una zona de penumbra en el concepto), pero sí parece claro que ciertos objetos o intereses no cumplen las características enunciadas someramente para ser bienes jurídicos y ello por mucho que un legislador o una parte de la doctrina los denominen así. Dicho en breve: puede que no sepamos del todo qué es bien jurídico, pero a menudo sabemos claramente qué no lo es. Esto ya ofrece un alto rendimiento como limitación del Derecho penal, como trataré de demostrar con algunos ejemplos, entre los muchos que se podrían elegir.

V. PRINCIPIO DE LESIVIDAD U OFENSIVIDAD Y CONCEPCIONES QUE NO CONTEMPLAN LA IDEA DE BIEN JURÍDICO

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o de lesividad u ofensividad se vería por tanto en serios aprietos si se desdeña la idea de que el Derecho penal sirve a la protección de bienes jurídicos. Ello nos conduce a preguntarnos qué quedaría de él si se adopta otra perspectiva, tal vez la más conocida la que procede de lo que podríamos llamar "ultranormativismo", propugnada por JAKOBS[9] y seguramente aún más por alguno de sus seguidores[10].

No es posible valorar aquí esa compleja y en muchos aspectos rica concepción, de la que, eso sí, advierto que me siento muy alejado por distintas razones. Pero, si la misión del Derecho penal no es proteger bienes jurídicos, sino reafirmar la vigencia de la norma, que el delito pone en cuestión y que la pena restablece al negar esa puesta en

[8] LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, Cap. 13, nm. 16 (p. 169).

[9] JAKOBS ha desarrollado su importante construcción detalladamente en multitud de obras, con algunos giros en ella también. Como idea central sobre la legitimación (formal y) material del Derecho penal, puede verse ya JAKOBS, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª ed., trad. de Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, Lib. 1º. Cap. 1º, nm. 1 ss. (pp. 44 ss.).

[10] Sobre la relación del principio de lesividad con esta corriente, v., p. ej., FERRAJOLI, El principio de lesividad como garantía penal", en Nuevo Foro Penal 79 (2012), pp. 100 ss.

cuestión, parece complicado establecer esa función limitadora que nosotros otorgamos al bien jurídico. Podría tal vez decirse que solo la lesión de la vigencia de ciertas normas debe ser objeto del Derecho penal, pero entonces, ¿qué nos sirve de medida no formal para determinar cuáles? En mi opinión, incluso aunque se admita que la pena o el Derecho penal contribuyen a la afirmación de la vigencia de la norma, parece que no debe ignorarse que esta, si algún contenido material queremos buscar, solo es un medio o instrumento para lograr la protección de intereses fundamentales. La norma que prohíbe matar y su vigencia no tienen sentido en sí mismas, sino como medio de protección de la vida humana, algo tangible y real, sostén fundamental del individuo y la sociedad. El rechazo de toda realidad ontológica, física o psíquica, de todo fundamento cognitivo en las cuestiones penales me parece bastante inexplicable, como lo sería un absoluto desprecio por lo normativo en un ámbito que, por definición, dirige y valora.

También visto desde el punto de vista de la relevancia de la infracción de deber (de una u otra clase) como núcleo del ilícito penal (no como una mera cuestión de autoría y participación, materia para la que propuso la idea ROXIN[11]), resulta problemático el mantenimiento de la idea de lesividad u ofensividad o la de *ultima ratio*, pues resulta difícil la graduación de la afectación de deberes, desde luego bastante más que con la idea del bien jurídico y la antijuridicidad material, que permiten, por ejemplo, restricciones a la tipicidad basadas en la insignificancia o escaso contenido de antijuridicidad material, de afectación del bien jurídico, por la conducta.

Y mencionaré además que la labor del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos merecería, sin duda, muchos matices, pero creo que no puede someterse a la crítica que algunos han realizado de que la idea de la defensa del bien jurídico sería contraria al principio democrático, pues limitaría las posibilidades del legislador en cuanto a la decisión de los objetos de protección penal. Más bien sucede lo contrario: desde principios democráticos, con anclaje constitucional además a menudo, se ponen, efectivamente, barreras democráticas a lo que un legislador puede hacer, de modo que

[11] ROXIN, Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito, trad. de Luzón Peña/Paredes Castañón/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 2014, § 25, nm. 267 y ss. (pp. 179 y ss.), con múltiples referencias a otros trabajos, en especial a la obra en que propuso esa categoría, Täterschaft und Tatherrschaft. Beck, München, 196 (10ª ed., 2019; última trad. al español de la 9ª ed. alemana de Cuello Contreras/Serrano González de Murillo:Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2016).

su actividad no desborde este marco democrático, aunque se le deje libertad de decisión y configuración[12].

VI. VALOR HISTÓRICO DEL PRINCIPIO Y ALGUNAS QUIEBRAS EN EL DERECHO POSITIVO

El principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos ha resultado históricamente muy valioso para excluir del ámbito del Derecho penal conductas de mera disidencia política, de ofensa a meros sentimientos o de contrariedad solo a la moral, incluso a la colectiva o dominante. No obstante, creo que especialmente desde hace unos años, diversos ordenamientos jurídicos no toman del todo en serio en algunos casos las limitaciones que del principio se derivan. Mencionaré solo algunos ejemplos, aunque son legión los que pueden extraerse de nuestra ley penal, extendiéndome algo más en alguno de los llamados "delitos de odio" o cercanos.

1. Los delitos sexuales

En el plano de los delitos sexuales podemos encontrar algunos ejemplos de lo que sostengo. Afortunadamente, en nuestro ámbito de cultura jurídica y, desde luego, en mi país, se ha desterrado plenamente el castigo de conductas en casos en que tal castigo supondría una grosera vulneración del principio que nos ocupa (y que en otra época tanto contribuyó a la erradicación de tal castigo), como sucede con la penalización de las relaciones homosexuales o de las incestuosas entre adultos en plenitud e igualdad de condiciones. La apelación a la protección de la libertad y, en el caso de ciertos menores, a la indemnidad sexual destierra esas conductas del alcance del Derecho penal. Sin embargo, el castigo (no solo en España y, además, derivado de normativa internacional, especialmente europea) de conductas como la posesión o el mero uso de pornografía infantil (concepto además definido muy ampliamente y que no solo se refiere a la que incluye "infantes", sino a cualquier menor o hasta a su representación) dista de estar claramente justificado por la afectación de la libertad o indemnidad sexual de los menores. No basta, en mi opinión, el recurso al argumento de que quien consume pornografía infantil la potencia y, por lo tanto, supone un riesgo de que se utilice o se siga utilizando a menores reales en esas producciones, lo que sí afectaría al desarrollo

[12] Sobre algunas de las críticas al bien jurídico, con ulteriores referencias y con respuestas generalmente convincentes a tales críticas, v. recientemente SCHÜNEMANN, El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática, trad. de Roso Cañadillas/Pérez-Sauquillo Muñoz, Reus/Bdef, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2019, especialmente 45 ss., 53 ss., 65 ss.

normal de su sexualidad (con consecuencias a veces graves). Tal riesgo es demasiado remoto como para considerarlo suficientemente lesivo y contradice incluso otras decisiones legislativas en ámbitos distintos. La sospecha de que parece que se atiende más a los dictados de una determinada moral, por amplia o dominante que sea, me parece fundada (y hasta podríamos hablar, creo, de rasgos de Derecho penal de autor)[13].

También podría citarse en este sentido el aumento reciente en España de la llamada edad de consentimiento sexual a los dieciséis años en muchos delitos sexuales. O incluso si, como ha planteado alguna vez un especialista como DÍEZ RIPOLLÉS, el castigo de los tocamientos u otros actos sexuales sobre recién nacidos o bebés de corta edad, a menudo considerados por la ley especialmente graves, pueden considerarse realmente afectaciones de la libertad o la indemnidad sexual (sin prejuzgar que pudieran constituir otras infracciones penales).

2. Un ejemplo menos "trágico": la "integridad en el deporte"

Pero las dudas sobre la ofensividad o lesividad de ciertas conductas que se tipifican o se pretenden tipificar abarcan también ámbitos menos "trágicos". Así, cada vez más autores en España, en especial algunos buenos especialistas en la materia, apelan a la "integridad en el deporte" como bien jurídico que debe protegerse penalmente (al menos frente a los más graves ataques). Y lo mismo sucede en la doctrina de otros países y hasta a nivel legislativo: si la Ley italiana n. 401, de 13 de diciembre de 1989, hablaba ya de "la corrección en el desarrollo de las manifestaciones deportivas", o la Ley portuguesa 50/2007, de 31 de agosto, de "responsabilidad penal por hechos susceptibles de afectar a la verdad, la lealtad y la corrección de la competición y de su resultado en la actividad deportiva" o la Ley francesa nº 12-158, de 1 de febrero de 2012, señala en su propio título que tiene por objetivo reforzar o fortalecer la "*ética deportiva*" e introduce tipos de corrupción deportiva en el CP, un país hasta ahora reacio a la tipificación específica de lo que podríamos llamar "delitos deportivos" (considerando suficientes los tipos generales), como es Alemania, ha introducido recientemente delitos relacionados con el dopaje en la Ley Antidopaje de 10 de diciembre de 2015 (modificada por la Ley de 13 de abril de 2017) y, a través de Ley de 11 de abril de 2017 modifica el Código Penal alemán (StGB) para castigar la estafa o

[13] Ya hace años me pronuncié al respecto: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual? Con un apéndice sobre el Proyecto de reforma del Código Penal de 2007, en: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (Dirs.)/Gómez Martín, Política criminal y reforma penal, Edisofer/Bdef, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2007, 335 ss.

fraude en las apuestas deportivas y la manipulación de competiciones deportivas profesionales, haciéndolo en ambos casos expresamente para proteger la integridad deportiva.

¿Y qué es esa integridad deportiva? Para un especialista como BENÍTEZ ORTÚZAR, se configuraría "como un concepto global y unitario que abarca las diferentes aristas en las que se desenvuelve el deporte de alta competición. Bien jurídico que es de titularidad colectiva, que sobrepasa intereses de las entidades deportivas o de los deportistas individuales directamente perjudicados deportivamente con la realización de las conductas típicas, al resto de los clubes o deportistas individuales participantes en la competición, y a la propia Federación deportiva correspondiente. La integridad deportiva es un bien jurídico colectivo, cuyo titular es la sociedad en su conjunto. El deporte, además de la dimensión laboral y económica que desarrolla en sus diversas facciones, tiene una labor de educación y transparencia para el resto de la sociedad en general"[14], "abarca a todos los '*valores sociales inherentes al deporte*' … y "no puede cuestionarse su consideración como bien jurídico propio"[15].

Pues bien, personalmente, además de dudar, con otros autores, de varias de esas supuestas bondades y características del deporte de alta competición y también por ello, me parece que la integridad deportiva es más un ideal, una meta, un desiderátum que algo que realmente exista y se fomente, especialmente en el deporte de –alta- competición, que es precisamente sobre el que se pretende proyectar la protección penal de la integridad en el deporte. Y ya con eso creo que podría decirse que es como mínimo arriesgado atribuir a ese conjunto de valores, ni siquiera claros, la categoría de bien jurídico, concepto desde luego discutido, pero, en cualquiera de las definiciones que se ofrecen de él, alejado de lo que entiendo que parece ser la integridad en el deporte. Tampoco quiero significar con ello que el Derecho deba renunciar a proteger o reforzar al menos algunos de esos valores, pero creo que, en tal caso, puede y debe hacerlo sin necesidad de utilizar las reacciones más enérgicas, las del Derecho penal[16].

[14] BENÍTEZ ORTÚZAR, De los delitos contra la integridad deportiva. Acerca de la necesidad de un título autónomo aglutinador de las conductas delictivas intrínsecas a la práctica deportiva, en Morillas Cueva (Dir.), Respuestas jurídicas al fraude en el deporte, 2017, 47 s.

[15] BENÍTEZ ORTÚZAR, en Morillas Cueva (Dir.) Respuestas jurídicas al fraude en el deporte, 2017, 48. Ya antes otro discípulo de Morillas Cueva, SUÁREZ LÓPEZ, El dopaje ante el Derecho penal, en Jiménez Soto /Arana García, El Derecho deportivo en España 1975-2005, 2005, 686 s.

[16] Sobre la "integridad deportiva" y su insuficiencia para justificar la intervención penal, me he pronunciado ampliamente y con ulteriores referencias: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ¿Debe el Derecho penal proteger la integridad en el deporte?, en Suárez López/Barquín Sanz/Benítez Ortúzar/Jiménez

3. El nuevo "delito de fuga"

Paradigmática vulneración del principio que nos ocupa lo constituye el llamado "delito de fuga", introducido en el CP por la reciente reforma por LO 2/2019, de 1 de marzo, como art. 382 bis: "1. El conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor que, fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieran una o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2, será castigado como autor de un delito de abandono del lugar del accidente./2. Los hechos contemplados en este artículo que tuvieran su origen en una acción imprudente del conductor, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años./3. Si el origen de los hechos que dan lugar al abandono fuera fortuito le corresponderá una pena de tres a seis meses de prisión y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de seis meses a dos años".

Muchos son los defectos de la nueva tipificación, pero aquí solo la menciono como flagrante vulneración del principio de lesividad[17].

Basta para comprobarlo con leer la justificación de la introducción de la figura en el Preámbulo de la LO 2/2019, que apela nada menos que a la maldad, "la maldad intrínseca en el abandono de quien sabe que deja atrás a alguien que pudiera estar lesionado o incluso fallecido, la falta de solidaridad con las víctimas, penalmente relevante por la implicación directa en el accidente previo al abandono, y las legítimas expectativas de los peatones, ciclistas o conductores de cualquier vehículo a motor o ciclomotor, de ser atendidos en caso de accidente de tráfico".

La figura existe en otros países, entre ellos Alemania[18], pero con una configuración distinta orientada a garantizar el resarcimiento de las víctimas y las

Díaz/Sainz-Cantero Caparrós (Dirs.), Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva, Dykinson, Madrid, 2018, 999 ss. (publicado con ligeras modificaciones como Integridad deportiva y Derecho penal, en Revista Española de Derecho Deportivo 43 2019-1, 49 ss.)

[17] Por todos los que hasta el momento han escrito sobre el nuevo delito y con ulteriores referencias, TRAPERO BARREALES, Comentario urgente sobre la reforma penal vial y otros aspectos controvertidos, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 21-11 (2019), 1 ss. (numeración autónoma del artículo)

[18] El StGB la regula así:"§ 142 Alejamiento o abandono no permitido del lugar del accidente

comprobaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos, muy prolija, aunque también muy polémica. El legislador penal no ha copiado exactamente el modelo alemán, pero, aunque lo hubiera hecho, sería un error. Lo alemán no siempre es lo mejor en Derecho penal.

Dada la existencia de los delitos de omisión del deber de socorro (respecto de los cuales el Preámbulo y el propio artículo tipificador declara expresamente subsidiario el nuevo delito de fuga), la única fundamentación posible del nuevo tipo español parece, aunque esa no sea la ubicación del precepto, la obstaculización de la investigación de lo sucedido, es decir el entorpecimiento de la Administración de Justicia (en sentido amplio, pues el evento que origina el daño puede ser fortuito) y tal vez indirectamente el resarcimiento de las víctimas de accidentes con consecuencias graves (o de quienes tengan derecho a él en caso de muerte de la víctima), si bien incluso desde esta perspectiva es difícilmente explicable, pues no se contempla si el sujeto que huye ha dejado o no sus datos identificativos, si los facilita *a posteriori*, si es evidente que otras personas los tienen, etc. ni se habla en definitiva de colaboración o no colaboración con autoridades u otras personas de ninguna clase.

---

1. Una persona implicada en un accidente que, tras un accidente de tráfico, abandona el lugar del accidente antes de

1.

haber permitido, en beneficio de los demás implicados en el accidente y de los perjudicados, la comprobación o constatación o identificación de su persona, de su vehículo y de la naturaleza de su participación mediante su presencia y declarando o indicando que estaba implicado en el accidente, o bien

2.

haber esperado un tiempo razonable de acuerdo con las circunstancias, sin que nadie estuviera pen condiciones de hacer las comprobaciones (mencionadas),

será castigado con pena de prisión de hasta tres años o con multa.

2) También será castigada conforme al apartado 1 la persona implicada en un accidente que

1.

tras el transcurso del plazo de espera (apartado 1 nº. 2) o

2.

de manera justificada o disculpada

se aleje o abandone el lugar del accidente y no facilite la realización de las comprobaciones (citadas) inmediatamente después.

(3) Se considerará que la persona implicada en el accidente ha cumplido *a posteriori* con la obligación de facilitar las comprobaciones (citadas) si notifica a la persona que tiene derecho a ello (apartado 1, nº 1) o a una comisaría de policía cercana que ha estado implicada en el accidente y si da su dirección, su lugar de residencia y el número de matrícula y la ubicación de su vehículo, y si lo mantiene disponible para averiguaciones o comprobaciones inmediatas durante un período de tiempo razonable o exigible a él (en sus condiciones). Esto no rige si deliberadamente frustra o hace imposibles las comprobaciones (citadas) con su comportamiento.

4) En los casos a que se refieren los apartados 1 y 2, el tribunal atenuará la pena establecida en esos preceptos (§ 49 apartado 1) o podrá prescindir de ella, si la persona implicada en el accidente facilita voluntariamente que las comprobaciones se efectúen posteriormente dentro de las veinticuatro horas siguientes a un accidente fuera del flujo de tráfico (del tráfico en marcha) que tenga como consecuencia exclusivamente daños en las cosas de escasa relevancia (apartado 3).

(5) Persona implicada en un accidente es cualquier persona cuyo comportamiento, según las circunstancias, pueda haber contribuido a la causación del accidente".

Como en el tipo de omisión de socorro del art. 195.3, no parece tener mucho sentido la distinción de si el accidente se causó de forma imprudente o fortuita: arriesgado sería decir que lo primero es más grave porque se dificultaría la investigación de un delito, pues, según el grado de imprudencia podría no haberlo y que sea fortuito no implica que no sean necesarias averiguaciones ni descartable una indemnización a la víctima (aunque no sea por hecho ilícito) a través del correspondiente sistema de seguros, particular en el ámbito del tráfico viario.

Parece que se piense más bien en el mayor grado de "maldad" del que por imprudencia causa el accidente y abandona el lugar. Y, seguramente, no hallándonos ante un supuesto del art. 195.3 CP, decaen las razones de exigibilidad que, en el caso de esa modalidad de omisión del deber de socorro podrían justificar la excepción a la impunidad del autoencubrimiento.

Desde luego, la ubicación del precepto entre los delitos contra la seguridad vial nada nos aclara sobre el bien jurídico protegido, salvo que se quiera concebir que la huida del lugar del accidente supone la no retirada de obstáculos (muertos, heridos, coches, motos, etc.) en la calzada y con ello dificultades y riesgos para la circulación. Pero nada de ello es exigido por el nuevo precepto, ni tiene por qué producirse en la realidad y, además, ya encajaría en otros delitos. La explicación citada resulta hasta "tragicómica". Se ha incluido ahí simplemente porque se refiere al conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor.

En definitiva, no se ven afectados bienes jurídicos concretos de terceros y me parece que no se ha respetado el principio de lesividad o, como mínimo, el de *ultima ratio*, pues no encuentro razones para que la conducta sea más que un ilícito administrativo.

VII. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO Y, UN PASO MÁS ALLÁ, LOS DE "CLIMA": LOS LLAMADOS "DELITOS DE ODIO"

1. Delitos de peligro abstracto, delito de clima: el discurso del odio y los delitos de odio

Mucho se ha discutido sobre la conformidad con el principio de lesividad u ofensividad (y el de subsidiariedad) de los delitos de peligro abstracto[19]. No cabe duda

[19] Sobre los delitos de peligro abstracto, resumidamente, por todos, LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, Cap. 12, nm. 45 ss. (pp. 161 s.).

de que su creación debe ser cuidadosamente meditada, siendo una técnica que solo debe usarse excepcionalmente, no tanto porque no se protejan con ellos bienes jurídicos, sino por lo remoto de la afectación de estos que contienen. Aun así, no me parece que haya que oponerse radicalmente a la existencia de cualquiera de ellos, sino que deberá haber razones que pesen lo suficiente para contrarrestar esa lejanía (importancia de los bienes jurídicos, eventualmente frecuencia de las conductas, etc.), con algunas consecuencias como la moderación en la pena o la posibilidad de prueba de inexistencia real de peligro.

Siendo esto así, sorprende mucho que en España y en Europa en general se amplíen de modo desmesurado y a menudo con aplauso de muchos sectores políticos y mediáticos de diferente signo (si bien es verdad que con un manifiesto sectarismo según quién sea el protagonista y la víctima de los actos) los llamados (dejo de lado aquí toda precisión) delitos de odio (en el marco del llamado discurso de odio), hasta el punto de pasar por encima del peligro abstracto (al menos antes de las restricciones que, en una pelea extenuante contra la letra de la ley, busca bienintencionadamente una parte relevante de la doctrina) para tipificar "delitos de clima"[20].

2. Discurso del odio y libertad de expresión

El llamado discurso del odio (*Hate Speech*)[21] se toma a menudo, incluso en nuestra más alta jurisprudencia, como un límite a la libertad de expresión; así, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 235/2017 señala que "la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado 'discurso del odio'". Sin embargo, dista de estar clara en esa jurisprudencia la definición de en qué consiste, variando sus pronunciamientos desde aquellos en que considera que tal discurso supone una incitación directa a la violencia contra ciudadanos con ciertas características (de etnia, nacionalidad, creencia, etc., que los hacen histórica o culturalmente objeto frecuente de discriminación) o determinados grupos de ellos (en consonancia con resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -TEDH-) hasta los que consideran que el discurso del odio es algo distinto y de menor intensidad a la incitación a la violencia, pasando por otros que vienen a identificarlo con una incitación al menos indirecta a la violencia.

[20] V. solo FUENTES OSORIO, El odio como delito, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 19-27 (2017), 10 ss., quien, en perspectiva crítica, habla de "peligro diluido".

[21] Por todos, DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 39 ss.

Sin embargo, creo, con la mejor doctrina, que, reconociendo que ciertas manifestaciones del discurso del odio vulneran la libertad de expresión (e incluso pueden cobrar relevancia penal), no cabe excluir del discurso público, del discurso de formación de la opinión pública y del discurso político toda manifestación hostil a grupos étnicos, sociales, religiosos, etc.

Ello no significa, por supuesto, que haya que alentar tales manifestaciones, ni siquiera que sea precisa una neutralidad frente a ellas, sino simplemente que no todas deben prohibirse, y menos aún bajo pena. Es legítimo procurar el desaliento de ese tipo de discurso, en primer lugar y sobre todo, mediante el discurso racional. Si se quiere ver así: dado que la libertad de expresión ha de amparar parte de ese discurso, las armas de la expresión, el razonamiento y, yendo un poco más lejos, la educación, deben ser las más usadas para combatirlo. La función de la libertad de expresión en una democracia está totalmente vinculada a la solución pacífica de conflictos y la legitimidad del discurso público (y se diferencia además de la libertad general en su núcleo "ofensivo"). Pero caben seguramente también otras medidas más fuertes de disuasión, como la exclusión de subvenciones, de acceso a foros públicos, etc., que deben manejarse, eso sí, con enorme prudencia y límites, suponiendo la fijación precisa y previa de estos una gran dificultad. Y cabe también combatirlo, por ejemplo, reforzando la inclusión social de los destinatarios de tal discurso, manifestando la distancia social respecto a quienes lo practican, no siendo socialmente tolerantes con él, ni siquiera equidistantes. Todo ello requiere precisiones que aquí no son posibles.

Pero peor aún es el salto que se produce en algunos perseguidores del discurso del odio y en parte de nuestra alta jurisprudencia al entender que la presunta incompatibilidad de este con la libertad de expresión legitima sin más la penalización de ese discurso, esto es, la intervención penal para combatirlo, ignorando en buena medida los principios limitadores del *ius puniendi* y generalizando los llamados delitos de odio. Probablemente el ejemplo más claro de ese brusco salto lo ofrezca la por diversas razones criticable STC 177/2015, en el caso de la quema de fotos del Rey (salvando algunos de los votos particulares a ella).

3. Cuando odiar no es delito, ¿deben existir delitos de odio?

Y, sin embargo, de entrada resulta paradójico hablar de delitos de odio, pues en ningún precepto del CP español (ni de otros) encontramos esa denominación ni, desde luego, el castigo del odio, lo cual sería totalmente contradictorio con los principios

limitadores anteriormente mencionados, pues el odio es un sentimiento y el Derecho penal ni protege ni penaliza meros sentimientos (por ello, parece más adecuada la denominación tradicional que se daba a los más conocidos de estos delitos: delitos de discriminación).

Y, si odiar no es delito, ¿por qué razón ha de serlo incitar al odio? Se suele apelar, como he apuntado, a que se trata de "delitos de clima", porque generan ese clima hostil a grupos o individuos pertenecientes a ellos que puede desembocar en ataques y daños a estos. Es decir, a lo sumo delitos de peligro abstracto (si llegan a ello, que seguramente ni eso), de cuya legitimidad y eficacia preventiva cabe dudar.

Frente a lo anterior, la jurisprudencia estadounidense, por obra del juez Holmes[22], pasó ya en 1919 de legitimar el castigo de la "mala tendencia", a la exigencia de "peligro claro e inminente" para legitimar la intervención penal, existiendo a partir de ahí opiniones aún más restrictivas, como las que exigen incitación directa[23]. Aunque no existe una coincidencia exacta con la citada exigencia, esta debería llevarnos al menos en nuestro ámbito jurídico a la esfera de los delitos de peligro concreto, de los que está alejada nuestra legislación. Incluso podría reflexionarse si ello puede suceder aunque no exista una incitación clara, pero sí una conducta reiterada e insistente ("un discurso") que equivalga a ella, es decir, en el que no quepa duda de que se deja al grupo tradicional o consolidadamente discriminado "a los pies de los caballos".

En todo caso, en materia de libertad de expresión, Europa, sus instituciones y los países que la componen, incluso los más avanzados, deberían tal vez mirar a la extensión y firmeza con que se defiende la libertad de expresión en los Estados Unidos de América, país ciertamente de grandes contrastes al que frecuentemente Europa mira por encima del hombro en materia de derechos y libertades, a menudo con razón. Por duros que sena la experiencia y el recuerdo del holocausto en Europa, no está nada claro que deban tipificarse de modo tan amplio conductas como las que, a modo de ejemplo, se mencionan a continuación.

[22] V. especialmente Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919); Gitlow v. People of New York, 268 U.S. 652 (1925); Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927).

[23] Puede verse la exigencia de peligro claro e inminente unido a provocación directa en diversas resoluciones judciales, como, muy claramente, Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969). V. además, por muchos, BOLLINGER/STONE, Dialogue, en Bollinger/Stone (Eds.), Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era, University of Chicago Press, Chicago, 2002, 4 ss.; POST, Hate Speech, en Hare/Weinstein (Eds.), Extreme Speech and Democracy, Oxford University Press, Oxford, 2009, en especial 134.

4. El ejemplo del delito del art. 510 (y 510 bis) CP

Aunque no es el único precepto en que se contienen delitos encuadrables en la denominación citada, es paradigmático el del art. 510 CP (y ahora su correspondiente del art. 510 bis CP), que castiga, en su descripción más básica (la de su número 1.a) a "Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad" y conductas afines a esta, a veces alejadísimas de la lesión de un bien jurídico, muy ampliadas, por cierto, en la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, se supone que en cumplimiento de obligaciones internacionales, básicamente europeas, contraídas por España[24]..

Sorprende, como he apuntado antes, que hasta los más voluntariosos y sólidos esfuerzos por dotar de contenido al art. 510 CP (que deben ser valorados positivamente) parecen una lucha contra el tenor de los preceptos legales: se pretende reducir los verbos típicos prácticamente a incitar (pasando de puntillas por el "indirectamente") equiparando los otros verbos a este, se ve claro que la incitación debe ser a un grupo, general, "sembrar semilla", pese a que la ley no lo dice y que existe una agravación en ese sentido. E incluso las más elaboradas construcciones del bien jurídico y la exigencia de al menos peligro hipotético parecen ir más al deber ser que al ser de la ley, por mucho que sea conveniente adoptarlas. En algún caso parece reconocerse incluso expresamente[25].

Ya en su redacción anterior a la citada reforma, el tipo planteaba grandes dudas y requería una interpretación restrictiva. Así, entre otros, yo mismo[26], aunque no resultaba

[24] Es sabido que España apela a estas prácticamente en toda reforma penal, cumpliéndolas ellas sobradamente, tanto que a veces va más allá de aquello a lo que obligan o, al menos, al máximo sancionador de las posibilidades que ofrecen. Por otra parte, que algo se base en obligaciones internacionales no lo exime de posibles críticas, como tampoco están libres de ellas las normas o instrumentos internacionales que las imponen.

[25] V., por citar un solo ejemplo, las consideraciones de uno de los máximos especialistas: LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, 83, 86, entre otras pp.

[26] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Delitos en el ejercicio de derechos y libertades, en Luzón Peña (Dir.) Enciclopedia Penal Básica (EPB), Comares, Granada, 2002, 508 ss.; Díaz y Gacía Conlledo (Dir.)/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Barber Burusco/Durán Seco/Jericó Ojer, Protección y

fácil, intenté reconducir la conducta básica, que entonces rezaba "Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas …", a las características de la provocación (incluida la apología) del art. 18 CP, aunque fuera por analogía, lo que, entre otras cosas, suponía la exigencia de incitación *directa*, saliendo al paso así de interpretaciones ampliatorias de la tipicidad. La reforma de 2015 ha hecho imposible esta restricción, al ampliar los verbos típicos y, además, señalar expresamente que la provocación puede ser "directa" o "indirecta", todo lo cual parece apuntar a que se abarca toda conducta creadora del clima "hostil" antes mencionado. Sin embargo, ello resulta inaceptable y, en línea con lo mantenido por parte de la jurisprudencia constitucional (y europea), si bien no cabe exigir ya incitación directa, sí idoneidad inductora, de manera que no baste con la mera creación de un "clima". Con todo, la inclusión del carácter indirecto de la incitación es perturbador, pues obliga a ponderaciones poco deseables en un tipo penal, por inseguras.

Al igual que anteriormente, creo que debe exigirse que la discriminación y la violencia a que se refiere el precepto sean constitutivas de hechos ilícitos, y, si bien el odio o la hostilidad no pueden serlo, respecto de estos, que se trate de conductas con componente instigador agresivo capaces de crear un riesgo (como mínimo abstracto, aunque sería deseable algo más) de discriminación o violencia ilícitas.

Si bien la nueva redacción acaba con la discusión anterior de si la conducta podría recaer no sobre los grupos en sí, sino sobre individuos en razón de su pertenencia a ellos, pues ahora es claro que sí, y aunque algunos de los "motivos" que menciona el precepto siguen planteando dudas interpretativas, nada de ello debería permitir ir tan lejos como para, por ejemplo, considerar que la quema de fotos del Rey resulta delictiva por suponer una incitación al odio a la Monarquía (como se desprende de la STC 177/2015, si bien el recurso de amparo no es frente a una condena por el delito que no ocupa sino por el de injurias al Rey del art. 490.3 CP que apreció la correspondiente sentencia de la Audiencia Nacional; conocida es la condena final a España por STEDH 13-03-2018[27]). Una interpretación así excede por todas partes hasta las más amplias concepciones del discurso y los delitos de odio (¿qué grupo discriminado constituye la Monarquía?) y, al extenderse, pondría en peligro toda capacidad de crítica y debate sobre las instituciones públicas, debilitando la democracia (bien es verdad que lo ideal

expulsión de extranjeros en Derecho penal, La Ley (grupo Wolters Kluwer), Las Rozas (Madrid), 2007, 367 ss., con ulteriores referencias y poniendo de relieve, pese a todo, la incoherencia de la regulación.

[27] Affaire Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne.

es que no existieran en el CP tipos que permitieran encajar esas conductas, sean o no discurso del odio; y, en general, sería deseable una reforma –en algunos casos, derogación- de los tipos penales relacionados con los "delitos de odio" que los redujera enormemente y los hiciera compatibles con los principios y garantías penales, si bien no soy nada optimista en ese sentido).

De momento, las querellas por delitos de odio se multiplican en España y se airean en los medios de comunicación, a menudo al hilo de acontecimientos relacionados con la actividad política (aunque no solo), en los que sorprende pensar en la discriminación (histórica o consolidada por su especial vulnerabilidad) de los grupos afectados. Sin embargo, este fenómeno debe extrañar cada día menos si se piensa en la "pendiente resbaladiza" que, en mi opinión, suponen preceptos penales como los aquí comentados, de desmesurada amplitud y vaguedad.

Siguiendo de modo breve con el art. 510 CP y sin que sea preciso reproducirlo íntegramente, baste mencionar que no siempre es fácil llegar a interpretaciones restrictivas en el precepto. Así, por ejemplo, si en el caso de la letra b del nº 1 del art. 510 (y similarmente en la c y en otros números de él) se exige, como parece aconsejable, capacidad incitadora de la conducta, aunque aparentemente se estaría ampliando la punición a actos preparatorios de los de la letra a (lo que ya supone una distancia respecto de la lesión de bienes jurídicos difícilmente soportable), en realidad no se entiende en qué se diferencia de las conductas de la letra a (que incluyen las de fomento o promoción), salvo que se quiera claudicar aceptando la censura absoluta y bajo pena de determinados escritos, lo que parece inadmisible si se toma en serio la libertad de expresión (y su ya mencionado amparo de una parte del "discurso del odio").

Tampoco se entiende bien qué añade a la provocación indirecta el castigo del negacionismo (y similares) provocador de clima (de nuevo: ¿fundamenta ello siquiera peligro abstracto?) de violencia, etc. de la letra c del art. 510.1 CP, más allá tal vez de dejar clara su diferencia con el anterior delito del art. 607.2 CP de negacionismo del genocidio, declarado inconstitucional por contrario a la libertad de expresión y científica por STC 235/2007, que puso así alguna barrera al castigo de conductas carentes de una lesividad suficiente.

Y dudas plantean igualmente, en relación con la libertad de expresión, los tipos atenuados del nº 2 del precepto que nos ocupan, en cuanto que, si poseen un componente de incitación, siquiera indirecta, a la violencia, etc., ya encajarían en los

tipos básicos del nº 1 (dejando de lado la posible afectación del honor de personas). Por no hablar de la diferente gravedad aparente de conductas que se conminan con una misma pena, problema que creo debe corregirse exigiendo de todas ellas una lesividad equivalente a la necesaria para la más grave, o de los términos muy vagos con que se definen conductas típicas (en este y en otros delitos "de odio"), con difícil compatibilidad con el mandato de determinación derivado del principio de legalidad[28].

Y, para terminar y a modo de nuevo ejemplo, resulta difícil concebir la razón de la inclusión de estos delitos entre los susceptibles de generar la llamada responsabilidad penal de personas jurídicas (en general, discutible ya en mi opinión) a través del art. 510 bis CP, introducido en 2015, al parecer en cumplimiento de compromisos europeos. Al margen de lo sorprendente de que literalmente se refiera también al delito del art. 509 (un error en la tramitación parlamentaria) y de algún otro de sus extremos, puesto que, conforme al art. 31 bis.1 los delitos deben cometerse en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto, sin excluir del todo otras posibilidades (tal vez partidos políticos), el precepto evoca nuevamente la censura de negocios (editoriales, librerías) que comercialicen artículos relacionados con el discurso del odio. También aquí la interpretación restrictiva se hace necesaria, pero difícil.

VIII. LOS ULTRAJES PÚBLICOS A ESPAÑA, A SUS COMUNIDADES AUTÓNOMAS O A SUS SÍMBOLOS O EMBLEMAS

Para terminar, mencionaré el art. 534 CP español, que, en un capítulo rubricado "De los ultrajes a España", castiga con pena de multa de siete a doce meses "Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad". Evidentemente, el precepto castiga esas ofensas o ultrajes sin más, sin necesidad de que tengan otras consecuencias como desórdenes públicos, ataques a personas, sediciones, rebeliones, etc., pues para ello existen otros tipos penales. No creo que tampoco pueda verse en la conducta típica una afectación del modelo constitucional de España y ni siquiera parece fácil fundamentar la existencia de un "honor" en sentido estricto de entes colectivos. Por lo que creo que principalmente se están protegiendo los sentimientos de afección que vinculan a muchos ciudadanos con el concepto de España o Cataluña, Galicia, Andalucía, etc. o sus símbolos. Tales sentimientos existen en la realidad y son

[28] Sobre este, por todos, LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, Cap. 2, nm. 10 s. (p. 20), Cap. 5, nm. 1 ss. (pp. 50 ss.), en especial nm. 18 s. (p. 54).

legítimos, pero dudo enormemente de que puedan considerarse bienes jurídicos (recuérdense las definiciones citadas anteriormente).

Por ello, la intervención penal para protegerlos está, en mi opinión, injustificada desde el punto de vista de su lesividad u ofensividad, y lo está también incluso si se piensa en esas conductas como posible origen (remoto, desde luego) de atentados a otros verdaderos bienes jurídicos relacionados con la pacífica convivencia (política y social).

Ello sin entrar en detalle en el conflicto con la libertad de expresión. Hay países (nuevamente destaca Estados Unidos de América, pero no solo) en que conductas como las que se castigan en el precepto citado del CP español son consideradas, si no van acompañadas de circunstancias añadidas que varíen la situación, un ejercicio de libertad de expresión (que a muchos no agrada, pero eso es lo propio del núcleo "ofensivo" de esa libertad de expresión frente a la libertad general). En mi opinión, ello resulta correcto y, además, como queda dicho, su contenido (si tiene alguno de lesividad) no justifica la intervención del Derecho penal[29].

* * * * * *

[29] Puede verse mi opinión respecto de este delito en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Ultrajes a España, en Luzón Peña (Dir.), EPB, 2002, 1231 ss.

Stephanía Serrano Suárez
Investigadora Contratada Predoctoral FPI, Univ. de León. Socia de la FICP.

~Relación sobre el debate de la ponencia "La falta de respeto del principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos (y principios conexos) en el cp español: algunos ejemplos y especial referencia a los «delitos de odio»" del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo~

Ponente: Prof. Dr. Dres h.c. Miguel Díaz y García Conlledo. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León.

Moderador: Prof. Dr. Dr. h.c. Ángel Sanz Morán. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

Intervinientes en el debate: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José Luis Díez Ripollés y Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales.

Finalizada la ponencia del Prof. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, el moderador abre el debate y cede la palabra al Prof. LUZÓN PEÑA.

El Prof. LUZÓN PEÑA expone algunas anécdotas históricas personales referentes al delito de fuga del lugar del accidente en Alemania, y realiza algún comentario general acerca de los delitos en el deporte. Posteriormente formula la pregunta: ¿El juego limpio en el deporte podría ser un bien jurídico colectivo?

Frente a este cuestionamiento, el Prof. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO contesta que el juego limpio en el deporte no alcanza la categoría de bien jurídico, al menos de bien jurídico digno de protección penal (así lo cree también la doctrina prácticamente unánime). Afirma que la única razón que justifica la intervención del Derecho Penal en fenómenos deportivos (aparte de daños a la salud –pública o individual-, homicidios, etc., que encajarían en tipos generales) sería la alteración de la competencia económica y para esos casos están los tipos generales (que tal vez pudieran matizarse en algún caso).

A continuación, el Prof. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO comenta que años atrás lo llamaron para asesorar a la Agencia Estatal Antidopaje (actual Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte), con el fin de valorar y proponer una nueva redacción del delito de dopaje. Se pretendía escuchar las diferentes opiniones de académicos, especialistas sanitarios, especialistas en deporte y fuerzas de seguridad del Estado. En esta oportunidad también se planteó el tema de los fraudes, sobre el que se

estudiaron también las propuestas de regulación realizadas en otros países, como en Alemania. Acerca del delito de estafa, refiere el ponente, que es casi imposible demostrar su relación causal triple. Consecuencia de esto, se proponían por distintos autores delitos en los cuales no se exigía un resultado (ni siquiera un resultado de peligro), lo cual es considerado por el ponente como una anticipación excesiva. Con ocasión de este análisis, plantea: ¿Qué tiene el deporte que tenga que hacer más anticipación que en otras vulneraciones a la libre competencia económica?

Explica que, aunque personalmente prefería que no hubiera ningún delito específico, plantearon a la Comisión la introducción de un delito de resultado, precisamente para evitar la anticipación (y con conciencia de que su aplicación sería difícil), lo cual finalmente no fue tenido en cuenta. Finaliza su intervención puntualizando que no hace falta un tipo específico, pues no ve la diferencia que existe entre el deporte de alta competición y otros grandes espectáculos económicamente muy rentables.

El Prof. LUZÓN PEÑA plantea estar de acuerdo en que el deporte no vale más que otras actividades. Prosigue manifestando, respecto a los delitos de odio, que está de acuerdo con lo dicho por el Prof. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, debido a que cree que en estos se ha mezclado la incitación al odio con la incitación a la discriminación, que, a su juicio, no tiene nada que ver.

Prosigue el Prof. LUZÓN PEÑA advirtiendo una contradicción respecto a lo dispuesto en el art. 18 CP acerca de la provocación. En dicha disposición se eliminó la palabra «indirectamente», por lo que la provocación tiene que efectuarse de manera directa. Por el contrario, en la apología al terrorismo y en la incitación al odio sí se considera la posibilidad de que sea de manera indirecta.

Siguiendo el argumento, señala la posibilidad de admitir un delito de odio, aunque no se efectúe mediante una incitación directa. Este caso podría ser el de incitaciones indirectas al odio o provocaciones tales como las que hicieron los Nazis en la campaña previa antes de proceder directamente contra los *Untermensch* o infrahombres. Es decir, acciones tendentes a desacreditar totalmente al colectivo por razones, en este caso, raciales y étnicas. También se podría pensar en acciones que, por las circunstancias o por los destinarios, promuevan que otros ejerzan violencia con casi total seguridad. Ante lo cual, sugiere la posibilidad de que en algún caso exista una justificación para

que se considere incitar al odio como un delito de peligro abstracto admisible, puesto que "el odio es un sentimiento no solo reprobable sino peligroso".

El Prof. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO toma la palabra para manifestar que el caso planteado por el Prof. LUZÓN PEÑA podría ser considerado, pero tiene dudas en cuanto a la redacción de este delito. Sin embargo, considera que no se trata de un delito de peligro abstracto, sino de peligro concreto, por lo que habría que exigir las condiciones para que exista un peligro real y concreto para el grupo o para un miembro del grupo. Asegura que los actuales delitos de odio están muy lejos de esta posibilidad, pues se consideran "delitos de clima".

El moderador concede la palabra al Prof. DÍEZ RIPOLLÉS.

El Prof. DÍEZ RIPOLLÉS manifiesta que comparte lo dicho por el Prof. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO referente a restringir ese tipo de delitos de discriminación. Realiza una reflexión alusiva a los sujetos pasivos que se quiere proteger. Lo que refleja el art. 510 y algunas agravantes como las de discriminación que se han introducido en el CP es que se está abandonando el Derecho penal liberal que protege individuos, para admitir un Derecho penal identitario, que protege grupos o sujetos colectivos. Esta situación genera que se olviden principios tan importantes como el de lesividad.

El Prof. DÍEZ RIPOLLÉS considera que el Derecho penal protector de grupos o sujetos colectivos supone una disrupción muy potente del Derecho penal, lo cual podría estar vinculado al arraigo cada vez mayor del comunitarismo en el campo de la reflexión política. Es decir, ya no estamos ante una sociedad de ciudadanos libres e iguales, sino estamos ante individuos que intentan defender sus derechos frente a otros grupos o sujetos colectivos. Lo cual se presenta como una transformación fundamental de la ciencia política que está repercutiendo en el Derecho penal.

El Prof. Miguel DÍAZ agradece el comentario y manifiesta su acuerdo con el Prof. DÍEZ RIPOLLÉS. Afirma que el reto es ver hasta dónde puede permitirse alguna protección.

Se concede la palabra a la Prof. OLAIZOLA NOGALES, quien señala que ya no solamente se pretende proteger el grupo o sujeto colectivo, sino que además se desdibuja este. Incluso se llega a considerar que un grupo o sujeto colectivo posiblemente vulnerable es la Monarquía o la Guardia Civil. Cree que el delito de odio podría tener sentido, tal como ha sido manifestado por el Prof. LUZÓN PEÑA, frente a

algún grupo o sujeto colectivo más vulnerable que necesite una protección especial por algún motivo.

El Prof. Miguel DÍAZ manifiesta su acuerdo básico.

El moderador da por finalizado el debate.

* * * * * *

Prof. Dr. Iván Meini Méndez

Profesor Principal de Derecho Penal, Pontificia Univ. Católica del Perú. Socio de la FICP.

~La exigibilidad de otra conducta en Derecho penal (resumen)~

Desde que la culpabilidad normativa desplazó del panorama dogmático penal al concepto psicológico de culpabilidad, se entiende que la culpabilidad, en términos generales, consiste en un *reproche* por la comisión del injusto penal. Se superó así la idea de la culpabilidad como vínculo psicológico entre el hecho ilícito y su autor (concepto psicológico). Y, con ello, que las formas de culpabilidad fueran eran el dolo y la culpa. En el reproche de culpabilidad, tal cual fue propuesto por el concepto normativo, juega un rol protagónico la llamada *exigibilidad de otra conducta*. Esta fue conceptualizada en un principio como poder actuar de otro modo: si el autor del injusto pudo actuar de una manera distinta, se le exige que lo hubiera hecho. Pronto se evidenció que, más que la capacidad para actuar de otro modo, la exigibilidad de otra conducta versa sobre si el sujeto debía actuar conforme a derecho. Así lo demostró el estado de necesidad exculpante: quien opta por salvar la vida de su hijo y no la de un extraño, podría haber actuado de otra manera, pero el derecho no se lo exige. El derecho no exige comportamientos que no se está en capacidad de realizar, ni exige todos los comportamientos que se pueden realizar.

En la actualidad, la doctrina dominante ubica la exigibilidad de otra conducta en la culpabilidad, junto a la imputabilidad y al conocimiento potencial de la ilicitud. Pero también debe admitirse que impacta en la tipicidad. Así, el *deber de garante*, cuya infracción -junto a otros elementos- da lugar a la omisión impropia, *exige* evitar una situación de riesgo penalmente desaprobada para el bien jurídico. Y cuando se discute si los conocimientos superiores se integran (o no) al dolo, se trata de decidir si resulta *exigible* que quien los tenga los emplee (o no).

La exigibilidad repercute además en la antijuridicidad y en la configuración de las causas de justificación. Cuando se permite reaccionar en legítima defensa ante una agresión ilegitima, se *exige*, no obstante, emplear un medio racional para superar la agresión. Y quien desee invocar válidamente el estado de necesidad tendrá que haber ponderado entre los peligros que atraviesan los bienes jurídicos en conflicto y optado por el prevalente, tal como lo *exige* el derecho. La exigibilidad se emplea asimismo para determinar la vencibilidad o invencibilidad del error, ya sea de tipo o prohibición. Y

también para fundamentar el injusto en los llamados delitos de infracción de un deber, al menos para el sector de la doctrina que admite su existencia.

Que la exigibilidad de otra conducta ejerza su influencia en todo el delito y no solo en la culpabilidad, se entiende como algo natural si se admite que es un principio regulativo del ordenamiento jurídico en general y del derecho penal en particular. Esta idea, como se sabe, proviene de HENKEL.

La tesis que sustento asume que, en efecto, la exigibilidad es un principio regulativo, pero añade que su campo de influencia es, sobre todo, la tipicidad. Conforme a ello, la exigibilidad de otra conducta condiciona la prohibición del comportamiento y es, por tanto, en la tipicidad donde debería ser analizada. A esta tesis subyace la idea de que solo se puede prohibir lo que se exige evitar y solo se exige evitar lo que tiene sentido prohibir. Exigibilidad y prohibición mantienen una recíproca relación de causa-efecto. Si decae una, decae la otra. En lo que aquí interesa: cuando no quepa exigir un comportamiento distinto conforme a derecho, lo que se haga o deje de hacer no estará prohibido por el derecho penal. Desde este punto de vista, las llamadas causas de exculpación y los errores invencibles neutralizan ya la tipicidad objetiva.

* * * * * *

Prof. Dr. Alfredo Alpaca Pérez

Investigador de Derecho Penal, Univ. de León. Socio de la FICP.

~Relación sobre el debate de la ponencia "La exigibilidad en Derecho penal", del Prof. Dr. Iván Meini Méndez~

Ponente: Prof. Dr. Iván Meini Méndez. Profesor Principal de Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú

Moderador: Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales. Catedrática de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. Boldova Pasamar (Univ. de Zaragoza), De Vicente Remesal (Univ. de Vigo), Rueda Martín (Univ. de Zaragoza), Cancio Meliá (UAM), Jorge Barreiro (UAM) y el Prof. D. Cantillo Arcón (Univ. de León).

Después de la ponencia realizada por el Prof. Dr. MEINI MÉNDEZ, la moderadora, Prof. Dra. OLAIZOLA NOGALES toma la palabra y declara abierto el debate. Interviene en primer lugar el Prof. Dr. BOLDOVA PASAMAR, quien felicita al ponente y resalta que su propuesta supone una deconstrucción absoluta de la teoría del delito, resaltando, entre otras cosas, la propuesta de trasladar la culpabilidad a la tipicidad (con lo que, según BOLDOVA PASAMAR, se resolvería el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas). BOLDOVA PASAMAR señala, en todo caso, que MEINI MÉNDEZ parece haber hecho un "juego de palabras" con respecto a la exigibilidad: lo que no se prohíbe no se exige o lo que no se exige no se prohíbe. Si esto es así, según BOLDOVA PASAMAR, quien actúa con miedo insuperable actuaría, según el planteamiento del ponente, sin tipicidad, por lo que quien recibe el ataque de quien actúa en miedo insuperable no podría defenderse en legítima defensa, pues se trataría de un hecho atípico, lo que le parece una consecuencia inaceptable. BOLDOVA PASAMAR señala que, en su opinión, la exigibilidad no tiene que ver con el contenido de la prohibición. En ese sentido, señala que la prohibición es general y para todos. Por otro lado, con relación a la imputabilidad, cabría preguntar: ¿los inimputables actúan siempre lícita o atípicamente? BOLDOVA PASAMAR considera que, de examinar la capacidad de culpabilidad en relación con el hecho concreto, si es anticipado y entendido como presupuesto del delito, no se podría saber de qué ilícito se está hablando: habrá supuestos, según BOLDOVA PASAMAR, en los que una persona con una enfermedad mental tenga capacidad de actuar de otro modo y habrá otros en los que no, pero esto se debe resolver sabiendo previamente cuál es el hecho cometido.

Ante los comentarios formulados por BOLDOVA PASAMAR, MEINI MÉNDEZ toma la palabra. Primero, sobre la persona jurídica, considera que esta no tiene capacidad para responder penalmente y ni siquiera capacidad para responder en Derecho administrativo sancionador, esencialmente, por el concepto de norma del que parte. Esto no significa que el Derecho, en general, no deba intervenir sobre él. Pero, en opinión del ponente, sí que hay otras formas de intervención y es necesario discutir bajo qué razones o formas tal intervención debería darse. MEINI MÉNDEZ señala que no analizar la culpabilidad en el delito, tal y como se entiende en el momento actual, no conllevaría necesariamente a obviar el juicio de capacidad o de imputabilidad, esto es, lo que subyace a ese juicio en el análisis de la teoría del sujeto responsable (denominación que el ponente prefiere para calificar al injusto). Se trata, explica MEINI MÉNDEZ, de una cuestión abierta que había notado pero que por el tiempo limitado de la ponencia no mencionó: a lo mejor no se nos considera no imputables no en función del hecho concreto cometido: no si dice ahora "somos imputables" porque no estamos cometiendo ningún hecho ilícito. MEINI MÉNDEZ señala estar de acuerdo con esto. Sin embargo, resalta que lo que ha intentado señalar en su ponencia no consiste en una construcción de "qué va primero y qué va después". Es decir, el ponente señala que el orden que se le otorga a las categorías y a la construcción de ese razonamiento puede ser uno u otro, pero al final de lo que se trata es de responder a la pregunta de si el hecho perpetrado por el sujeto estaba desvalorado antes de que lo perpetrara y, en todo caso, si ese hecho es reprochable al sujeto. De esta manera, al sostener que la imputabilidad es un presupuesto del delito, MEINI MÉNDEZ no ha querido decir que hay que analizar primero la imputabilidad al margen del comportamiento ilícito realizado. Sin embargo, sí cree que esta lectura tendría una capacidad de rendimiento práctica. En ese marco, MEINI MÉNDEZ señala que, en el marco de un proceso penal (y conforme a la distribución de la carga de la prueba), las eximentes suelen ser invocadas por la defensa. Si se parte de la idea de la presunción de inocencia y de las funciones del Ministerio Fiscal (que debe probar no solo la tipicidad, sino también todo lo que integra el juicio de reproche de responsabilidad al sujeto), debería probar en este esquema también la imputabilidad y cualquier otro elemento que contribuya a la atribución de responsabilidad penal (sea que se ubique en la culpabilidad o sea que se ubique en el nivel del injusto).

Seguidamente toma la palabra el Prof. Dr. DE VICENTE REMESAL, quien felicita al ponente y resalta el hecho de que el contenido de su presentación haya suscitado una

infinidad de cuestiones sobre las que se puede debatir. DE VICENTE señala que se pronunciará sobre la mención que hizo MEINI MÉNDEZ sobre la concepción de exigibilidad que sostiene aquel. DE VICENTE, que entiende que la exigibilidad es un asunto de tipicidad, afirma también que aquella es una "exigibilidad general", esto es, objetivo-general. En su ponencia, DE VICENTE hizo referencia al fundamento y límites del deber objetivo de evitar lo subjetivamente evitable, lo que pone de manifiesto que lo que se trata es de determinar cuándo aquello que puede evitar el sujeto subjetivamente se puede exigir desde un punto de vista objetivo.

Toma la palabra la Prof. Dra. RUEDA MARTÍN, quien inicia su intervención felicitando al ponente. A continuación, formula una pregunta muy concreta, sobre el tratamiento de las medidas de seguridad en el planteamiento propuesto por el ponente: ¿deben mantenerse o habría que prescindir de ellas? MEINI MÉNDEZ señala que tiene una impresión: la distinción entre penas y medidas de seguridad es un poco artificiosa, sobre todo con aquellas medidas de seguridad que tienen un impacto en las libertades (el internamiento, por ejemplo). En todo caso, el efecto preventivo especial positivo puede ser en la medida de seguridad incluso mucho mayor que en alguna pena. MEINI MÉNDEZ señala además que "algo" de retribución por el hecho cometido hay en las medidas de seguridad. El ponente señala, además, que la imposición de una medida de seguridad tiene como presupuesto la comisión de un hecho previsto como delito. Si no hay esto, se incurriría en el peligro de sancionar por el modo de vida, es decir, de volver a un Derecho penal de autor. La manera de evitarlo, según MEINI MÉNDEZ, es entender que las medidas de seguridad tienen una vocación preventivo especial positiva y que son efecto de la comisión de un hecho previsto como delito. Al respecto el ponente defiende la idea que, aquellos a los que la ley califica como inimputables, "algo" de imputabilidad mantienen. Y esto sería así pues el inimputable es sometido a un proceso de medidas de seguridad y, por tanto, debe tener "algo" de capacidad para entender que el proceso al que se le somete no es algo extraño. Si no es así, habría que admitir que el inimputable que es procesado no tiene derecho a la defensa o no puede entender el derecho a la defensa. MEINI MÉNDEZ considera que el verdadero inimputable ni de manera aproximativa tendría capacidad de entender el ilícito que comete o de adecuar su comportamiento a aquella comprensión. Y desde el momento que se impone una medida de seguridad a una persona por el hecho ilícito que ha cometido, y no por otras razones (peligrosidad) existe la posibilidad de vincular esa medida de seguridad al

hecho. Por otro lado, la ley señala que la medida de internamiento no debería durar más de lo que dura la pena de cárcel en caso de que sea imputable. Siempre hay un vínculo con el concepto más general que es delito, sujeto imputable y pena.

Seguidamente toma la palabra el investigador Juan Carlos CANTILLO ARCÓN, quien felicita al ponente por su brillante exposición y formula dos interrogantes muy concretos. Primero, pregunta al ponente si cuando cita a Bustos Ramírez, lo hace con referencia al concepto de conducta previamente asignada. Segundo, si cuando trabaja el tema de la exigibilidad se refiere a algo parecido al de la asequibilidad normativa. MEINI MÉNDEZ responde señalando que citaba a BUSTOS RAMÍREZ y también a ZAFFARONI cuando decían que el cumplimiento de un deber es una causa de atipicidad: ahí donde el sistema jurídico le obliga a la persona a hacer algo, es porque no le exige hacer algo distinto. Si la persona hace lo que el sistema jurídico le obliga, entonces ese actuar es lícito. Si es así, se desvanece la prohibición y, por tanto, la exigibilidad de hacer algo distinto porque lo que se exige es eso concreto.

Toma la palabra el Prof. Dr. CANCIO MELIÁ, quien señala que es indicativo de la fuerza del planteamiento (acabar con el troceamiento analítico de realidades que no deberían) que coincidan JAKOBS (como colectivista), MOLINA FERNÁNDEZ (como individualista) y un discípulo de TERRADILLOS BASOCO. Esto, dice CANCIO MELIÁ, nos debe hacer pensar que "algo hay" cuando, por distintos caminos, se llega a un concepto unitario. FRISCH, sin embargo, ha señalado que la teoría jurídica del delito es una teoría pero también es un procedimiento de resolución de casos y la fuerza del Estado no tiene ningún derecho a indagar en cuanto a mi percepción del mundo (si soy imputable o no, si se me puede exigir o no) antes de que haya demostrado, en palabras de Jakobs, que haya un hecho socialmente perturbador, lo cual es, además, necesario desde la perspectiva de un proceso penal, que necesita de los hechos para prosperar. CANCIO MELIÁ le pregunta a MEINI MÉNDEZ si este argumento le parece de peso pues, desde el punto de vista teórico puede que sea así: el único delito que hay es el delito culpable esto es, el injusto culpable. Esto, sin embargo, no es solo una teoría, sino que marca la labor que las agencias del Estado (policía, fiscales, etc.) pueden hacer. Por tanto, CANCIO MELIÁ considera importante que se demuestre la existencia de indicios muy potentes de la comisión de un delito (tipicidad), pasando por las circunstancias personales hasta llegar, según CANCIO MELIÁ, a su infancia, esto es, de lo general a lo personal. A CANCIO MELIÁ esto le parece un argumento muy potente y por eso pide

conocer la opinión del ponente al respecto. MEINI MÉNDEZ responde a la intervención de CANCIO MELIÁ destacando que se trata de una apreciación muy sugerente: nadie estaría dispuesto a permitir que el Estado de Derecho deje de observar que se investigue al sujeto pero que se castigue por el hecho cometido, es decir, el sentido de la investigación y del proceso es el hecho ilícito. El ponente plantea nuevamente lo que señaló con ocasión de BOLDOVA PASAMAR, esto es, que sostener que se trate de un presupuesto no significa que, por ejemplo, el fiscal indague, en primer lugar, sobre la capacidad del sujeto y luego sobre el hecho. Se trata en realidad de esta idea: por algo hay que empezar, pero esto no significa que haya un orden constitutivo. MEINI MÉNDEZ destaca que su planteamiento permite que, por ejemplo, un fiscal, indague en primer lugar (y no dar por presumido) si la persona que cometió el hecho ilícito concreto tenía la posibilidad de evitarlo.

Finalmente, el Prof. Dr. JORGE BARREIRO interviene felicitando al ponente y considera su presentación como heterodoxa, rompedora y sugerente. Plantea así dos consideraciones. Primero, JORGE BARREIRO destaca que seguir coherentemente el planteamiento del ponente conduciría necesariamente, en su opinión, a un Derecho penal de autor, lo que no se compadece con el modelo del Estado de Derecho que debe ser garantista al máximo y que implica iniciar por el análisis del hecho ilícito cometido. Por esto, preguntarse por la espiritualidad o la capacidad individual de decisión o la imputabilidad, le parece a JORGE BARREIRO una aberración lógica y jurídico-penal incompatible con el Estado de Derecho. Segundo, JORGE BARREIRO se refiere a las medidas de seguridad, las que deben distinguirse de las penas y, en ese sentido, se debe conocer la esencia y la finalidad de cada una de ellas. En ese sentido, Jorge Barreiro sostiene que es absolutamente incorrecto hablar de que en el ámbito de las medidas de seguridad se pueda hablar de retribución. Pero no solo eso, sino también que, en ese ámbito, en ningún caso el hecho es la causa de la imposición de una medida de seguridad. Así, según JORGE BARREIRO, en las medidas de seguridad el fundamento es única y exclusivamente la peligrosidad criminal del sujeto. Toma la palabra MEINI MÉNDEZ, quien se limita a recordar los presupuestos de los que ha partido y a resaltar la necesidad de mantener un Derecho penal del hecho, que es el único Derecho penal legítimo. En todo caso, considera que es posible someter a discusión algunos de los aspectos sobre los que se ha referido en su ponencia. Considera, al respecto, que no todo se tiene que discutir en la tipicidad (idea que el auditorio parece haber entendido que el

ponente ha querido transmitir): ¿a qué vamos a llamar "lo prohibido"?, ¿a qué vamos a concederle el privilegio de ser "algo típico"? MEINI MÉNDEZ considera que aquí también hay unas garantías y un momento de hacerlas valer, así como también la interpretación que hace el juez de decir "esto es lo que puede ser subsumido" (a través de una interpretación teleológica, restrictiva, garantista, etc.), donde hay varios argumentos o razones que podrían contribuir y, en todo caso, quedan algunas cuestiones que deben ser pensadas y profundizadas. MEINI MÉNDEZ destaca, en todo caso, regresando a la intervención de Jorge Barreiro, que a una persona que comete un hecho previsto como delito y que no tiene un significado igual, no se le impone una medida de seguridad. En ese sentido, los ordenamientos jurídicos imponen una medida de seguridad a una persona en tanto ha realizado "algo" (peligrosidad postdelictual, etc.). Finalizada la intervención de MEINI MÉNDEZ, la moderadora, OLAIZOLA NOGALES, declara terminado el debate.

* * * * * *

Prof. Dra. Marta García Mosquera

Prof. Contratada Dra. de Derecho Penal, Univ. de Vigo, España. Socia de la FICP.

~El marisqueo ilegal como delito contra la fauna: ¿un nuevo despropósito para hacer frente al furtivismo? (resumen)[1]~

Desde la reforma penal operada por la LO 1/2015, el art. 335.2 del Código Penal español castiga de manera expresa, dentro de los delitos relativos a la flora y la fauna, la realización de actividades de marisqueo relevantes sin el debido título administrativo habilitante, en espacios sometidos a concesión o autorización marisquera o acuícola. Esta criminalización expresa del marisqueo furtivo responde a antiguas demandas de reprimir de manera efectiva un fenómeno que genera graves problemas sociales y económicos en un sector estratégico con especial incidencia en las comunidades costeras, y particularmente en Galicia. La opción de ubicar el marisqueo furtivo junto a la caza y la pesca ilegal plantea dudas en relación con la determinación del bien jurídico protegido, que se suman a las dificultades interpretativas ya suscitadas por el precepto del art. 335 CP desde su redacción original en el CP de 1995.

La cuestión de la relevancia penal de las conductas de caza o pesca furtiva (entendiendo por tal la que se lleva a cabo careciendo de licencia, autorización o permiso para tales actividades) se planteó ya inicialmente en relación con la versión original del art. 335 CP, aunque en ese momento la jurisprudencia llevó a cabo una interpretación restrictiva, entendiendo que el furtivismo, en cuanto tal, resultaba penalmente atípico. Este art. 335 CP, en su redacción original, habría de ser declarado inconstitucional mucho tiempo más tarde, por STC 101/2012, de 8 de mayo. Entretanto, con la redacción dada al art. 335 CP por la LO 15/2003 la cuestión seguía sin ser pacífica, aunque existían mayores argumentos para entender penalmente relevantes las conductas del denominado «furtivismo de temporada" a través del art. 335.1 CP, y del furtivismo en cotos de caza sin permiso del titular, en el art. 335.2 CP.

No obstante, en relación con el marisqueo furtivo –que constituye un problema endémico, particularmente en las costas gallegas– la respuesta del Derecho penal en las últimas décadas no se ha operado a través del delito relativo a la protección de la fauna del art. 335 CP, sino (parcialmente) a través del delito de fraude alimentario del art.

[1] La autora lleva a cabo un desarrollo completo del tema en su artículo «Relevancia penal del furtivismo marino: el delito de marisqueo ilegal», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 21, 2019.

363.3 CP, en aquellos supuestos en que la captura ilegal de mariscos correspondía a ejemplares afectados por biotoxinas marinas. Se sostiene que esta era una vía inapropiada, a través de la cual se venía apelando a la salud pública como pretexto para castigar, en realidad, las conductas de extracción ilegal de marisco careciendo de licencia o permiso. En este extremo se hace expresa remisión al trabajo en su día publicado junto con el Prof. De Vicente Remesal, en el que se analizan extensamente estas consideraciones (DE VICENTE REMESAL, Javier/GARCÍA MOSQUERA, Marta, Algunos aspectos esenciales del fraude alimentario. A propósito de unos supuestos de comercialización de vieiras contaminadas, en: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel [Dir.], Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig, La Ley, 2010, pp. 797-839).

Analizando ya en concreto la incriminación expresa del marisqueo furtivo en el art. 335.2 CP a través de la LO 1/2015, se efectúa una aproximación al trámite parlamentario de la reforma del artículo en cuestión, que se produjo a través de una enmienda en el Senado, en la fase final de la tramitación del texto legal. A continuación, en lo que se refiere al bien jurídico protegido, se sostiene que el interés que prioritariamente resulta afectado por las conductas de marisqueo furtivo son los derechos de explotación en exclusiva de las especies afectadas por parte de los titulares de licencia de explotación, así como los derechos de propiedad que de aquellos se derivan. No obstante, no puede asumirse este interés como bien jurídico protegido en el art. 335.2 CP, por razones ya directamente vinculadas con un criterio sistemático de ubicación del tipo dentro de los delitos contra la fauna. Se defiende, por tanto, una interpretación del bien jurídico asociada a la biodiversidad de las especies marisqueras, lo cual comporta una importante restricción del ámbito de aplicación del tipo.

En cuanto al objeto material (y en conexión con el bien jurídico protegido) se incide en la necesidad de acreditar que los ejemplares de marisco capturados sin la debida autorización sean mariscos «silvestres», en la línea apuntada por CORCOY BIDASOLO, debiendo quedar fuera del tipo los supuestos de capturas de ejemplares cultivados a través de las diversas técnicas de acuicultura marina.

En el análisis de la conducta típica se presta especial atención al requisito típico de la «relevancia" de las actividades de marisqueo llevadas a cabo, entendiendo que debe comportar, al menos, los mismos efectos que la excepción de tipicidad contenida

en el art. 332 CP (es decir, ha de tener efectos más allá de la operatividad general del principio de insignificancia como causa de atipicidad penal).

Por último, se abordan las cuestiones esenciales referidas a las posibles relaciones concursales del delito de marisqueo ilegal, y se concluye con una valoración final que apunta a las dudas de constitucionalidad de un tipo penal susceptible de ser interpretado como ilícito meramente formal, así como a las objeciones de un delito creado como respuesta al supuesto fracaso de la respuesta administrativa sancionadora. Desde una óptica más global, se sostiene que los problemas más acuciantes para el sector marisquero (en particular, la contaminación de las aguas) provienen en realidad de una política medioambiental en muchos casos ambivalente, mientras se activa el mecanismo del Derecho penal para combatir problemas que, como el furtivismo, deberían tener su adecuada sanción a través del Derecho administrativo.

* * * * * *

Deisy Janeth Barrientos Pérez
Estudiante de doctorado, Univ. de León.

~Relación sobre el debate de la ponencia "El marisqueo ilegal como delito contra la fauna: ¿un nuevo despropósito para hacer frente al furtivismo?", de la Prof. Dra. García Mosquera~

Ponente: Prof. Dra. D.ª Marta García Mosquera. Profesora Contratada Doctora. Universidad de Vigo

Moderador: Prof. Dr. D. José Manuel Paredes Castañón. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Oviedo.

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. Virxilio Rodríguez Vázquez (Univ. de Vigo), Diego-Manuel Luzón Peña (Univ. de Alcalá) y Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales (Univ. Pública de Navarra).

El moderador, Profesor **PAREDES CASTAÑÓN,** felicita a la ponente por la calidad de su exposición y procede a dar la palabra al público para iniciar el debate.

El primer interviniente es el Profesor **Virxilio RODRÍGUEZ VÁZQUEZ**, quien, hace una aclaración respecto del proceso legislativo que produjo la modificación del artículo 335 del CP. Al respecto manifestó que las elecciones en la Comunidad Autónoma de Galicia se produjeron el 25 de septiembre de 2016, es decir, que cuando se plantea la reforma por un partido concreto, las elecciones estaban próximas y cuando se introduce la reforma en el proyecto normativo ya no hay posibilidad de que sea informado por el Consejo General del Poder Judicial ni por el Consejo Fiscal, según lo afirmó también la ponente. Esto, manifestó, es curioso, ya que lo mismo ocurre también con otros artículos de esa reforma, como el art. 270 del CP, donde se introduce una modificación cuando ya el proyecto está avanzado y no es posible que sea informado. En relación con esto menciona que existe un trabajo de Pablo RANDO CASERMEIRO, quien trata de mostrar las razones que llevan a la introducción de la reforma en ese momento. Luego de lo anterior, pregunta a la ponente si es posible realizar actividades de marisqueo en terrenos privados ajenos, tal como se establece en el art. 335-2 del CP.

En referencia al comentario realizado sobre el proceso legislativo, la Profesora **GARCÍA MOSQUERA,** expone la gravedad del hecho de que no haya sido informado el Consejo Fiscal ni el Consejo del Poder Judicial, así como que tampoco haya sido tenido en cuenta en la memoria de análisis de impacto normativo, puesto que esos son mecanismos que se han ido introduciendo para la mejora de la calidad normativa que contribuyen ampliamente a la publicidad de las normas y a su mejora. Respecto del interrogante, manifiesta que antes la redacción permitía ver que el art. 335 del CP estaba

diseñado solo para la caza y no para el marisqueo, cuando indicaba: "*El que cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial*". Señaló que los terrenos cinegéticos sí pueden ser públicos o privados y como el marisqueo se introduce ahí, la duda es si se realiza en terrenos. Respecto de si es público o privado, considera que es sobre todo en espacios públicos, que son los que tienen relevancia penal, como el espacio intermareal o en el espacio marítimo terrestre que es de dominio público, porque las actividades de acuicultura en tierra, que también las hay, como en viveros, pero ahí no entraría en modo alguno el delito del que se habla, ahí claramente tiene razón en que esos no son mariscos silvestres y por tanto en ese caso habrá hurto, robo u otro delito. En todo caso, como está en disyuntiva la expresión: "*en terrenos públicos o privados ajenos*" que el marisqueo no se puede dar en terrenos privados ajenos no es problema.

Interviene a continuación, la Profesora **Inés OLAIZOLA NOGALES,** quien, plantea que se trata de una problemática grave para Galicia y para algunos sectores económicos, y, al hilo de ese argumento, recrea un escenario donde se realice la actividad del marisqueo por grandes empresas, con una capacidad de explotación tal que tenga el potencial para acabar con el marisco de una zona o con la economía de determinadas personas. En este escenario, formula el interrogante de si el delito contenido en el art. 335 CP debe tipificarse o no, si merece respuesta penal o no. Además de lo anterior, hace dos consideraciones. La primera, que la interpretación que se hizo de la expresión *terreno* es adecuada porque también pueden cazarse pájaros y ellos están en el aire. En segundo lugar, muestra una contradicción al interior del art. 335 CP, porque en el numeral 2 se habla de especies que no menciona en el numeral 1, pero este último, a su vez, remite al artículo anterior.

La Profesora **GARCÍA MOSQUERA** aclara que el art. 335-2 del CP dice: "*especies distintas a las indicadas en el artículo anterior*" y es esa precisamente una reforma del año 2015. Antes decía: "*distintas de las indicadas en el apartado anterior*". Respecto del interrogante sobre si debe tipificarse o no, manifiesta que, de haber necesidad, debería estar dentro de los delitos patrimoniales o socioeconómicos. Igualmente, resalta que la realidad es que la pesca ilegal en aguas internacionales no declarada y no reglamentada, es una problemática de enormes dimensiones, sin embargo, esto no se da en el marisqueo, al menos en el marisqueo artesanal o con embarcación en las zonas

próximas al litoral. Se trata de una realidad que no genera esos problemas y difícilmente se puede llevar a cabo de manera masiva por grandes actores. En todo caso, la regulación no debe estar en delitos contra la fauna y en este sentido se remite a un escrito del profesor PAREDES CASTAÑÓN sobre la ineficacia del derecho medioambiental, pues en muchos casos (y también en relación con el marisqueo ilegal) el derecho penal solo alcanza a castigar las conductas de menor gravedad, sin dar respuesta a las grandes catástrofes ambientales.

Interviene el Profesor **Diego-Manuel LUZÓN PEÑA**, quien, primero hace un comentario terminológico por medio del cual pretende aclarar que el marisqueo es pesca ya que los mariscos son animales que están en el agua y tienen un sistema cerebral pero no son animales vertebrados y esa es la diferencia con los peces o con los mamíferos acuáticos. Indica que los peces se diferencian de los mamíferos en que, aparte de tener mamas, no se reproducen dentro del vientre de la hembra sino por huevos. Pero, independiente de eso, si no existiera el concepto de marisqueo diferenciado de la pesca, seguramente se incluirían las actividades de marisqueo furtivo, ilegal o no autorizado, dentro del concepto de pesca furtiva, ilegal o no autorizada. Igualmente, en el caso de los cefalópodos, calamares, pulpos, sepias, sepiones, entre otros, a diferencia de los mariscos, pero que también son invertebrados, se mueven libremente por las aguas y por ello están no solo en las rías sino también en las aguas del mar, y al estar moviéndose exactamente igual que los peces, aunque luego vaya por el fondo del mar, se los pesca, o, mejor dicho, pregunta: ¿la caza de calamares, pulpos y demás, es marisqueo? Dice entender que no, que es pesca. Se pesca con redes, anzuelos, con los mismos sistemas que a los peces. Anota que *marisqueo* es un concepto cultural y que si no existiera el concepto de marisqueo como extracción de marisco, seguramente esa actividad se incluiría dentro de la de pesca. Agrega que, a la hora de interpretar los tipos penales, las afirmaciones vienen acuñadas por conceptos culturales, por lo que a veces las fronteras o límites son un poco movedizas, pero, insiste, si los cefalópodos se pescan porque se mueven libremente por las aguas, entonces si no estuviera el marisqueo se podría utilizar el término pesca. Ello le da pie para mostrar que hay actividades muy parecidas al marisqueo que también son furtivas o clandestinas, como el caso de algunos animales fluviales o marítimos que son muy parecidos. Además de esa aclaración, solicita a la ponente que exponga qué bien jurídico predomina, en la tipificación anterior y la actual

de las conductas de marisqueo, o de pesca o de caza furtiva, si lo es el ecológico o el económico patrimonial de limitaciones de cuota de pesca.

La Profesora **GARCÍA MOSQUERA** responde al primer comentario realizado indicando que el concepto de marisqueo no es solo un concepto cultural sino también jurídico, que tiene que ver con la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El art. 148 de la CE, atribuye competencias a las Comunidades Autónomas en materia de caza, pesca, fluvial, marisqueo y acuicultura y el art. 149 CE, asigna competencia al Estado Central en materia de pesca marítima, indicando: "*sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuyan a las Comunidades Autónomas*", entonces las propias expresiones constitucionales son tan imprecisas que el Tribunal Constitucional ha tenido que explicitar qué cosa es pesca marítima, qué cosa es marisqueo y qué cosa es acuicultura. La competencia de pesca de las Comunidades Autónomas se restringe a las llamadas "aguas interiores" que no son solo las aguas continentales. En cambio, la pesca marítima en "aguas exteriores" es competencia del Estado, pero marisqueo y acuicultura se atribuyen como actividad a las Comunidades Autónomas sin limitarlo al espacio de las "aguas interiores"; por eso el Tribunal Constitucional ha dicho que la acuicultura es competencia de las Comunidades Autónomas incluso más allá de las "aguas interiores" porque no hay motivo para restringir esa limitación. También en relación con el marisqueo, lo dijo en una sentencia de 2001 vinculada con la Ley de Pesca de Galicia por una cuestión de inconstitucionalidad que se había planteado. Ahí el abogado del Estado decía que el marisqueo tiene que ser coger mariscos y no pescar mariscos, es decir, partiendo de la idea de que la atribución de competencia del Estado estaba basada en la protección de la Unidad de Caladero Nacional, venía a decir que como los peces se mueven y los mariscos se mueven mucho menos, entonces el abogado decía que tenía que ser coger mariscos y además, la Unidad del Caladero, en la medida en que pueda ser objeto de la pesca marítima, la pesca de mariscos, eso tampoco se puede excluir de la atribución-competencia de la pesca marítima al Estado. Los letrados de la Xunta de Galicia, en cambio, decían que desde el punto de vista del territorio, puesto que la jurisdicción se extiende no solo a las aguas interiores sino también a la zona económica exclusiva etc, la CE no restringía la actividad del marisqueo a las aguas interiores, sino que se podía extender, y que por lo demás, acudían a la Ley de Ordenación Marisquera que definía al marisco como cualquier animal invertebrado marino susceptible de

comercialización para el consumo humano, y, por tanto, la forma de definición del marisco lo era por sus características biológicas y destino. Con todo esto, lo que hace el Tribunal Constitucional, básicamente, es decir que lo que define pesca marítima y marisqueo son básicamente las artes o técnicas que resultan propias a cada una de estas actividades. Por lo tanto, cabe pesca marítima de mariscos, que sería competencia del Estado, por ejemplo, cuando se utiliza el cerco o el arrastre. Sin embargo, el marisqueo con técnicas específicas de selección de marisco, técnicas selectivas o específicas es competencia de las Comunidades Autónomas así se dé en aguas interiores o exteriores, como lo dijo al inicio, se trata de un concepto jurídico. No obstante, si no existiera el concepto de marisqueo, se podría entender en una interpretación extensiva, como la que sostiene el Profesor LUZÓN, dentro del concepto de pesca, el apañe de mariscos a efectos penales. Sin embargo, existe una regulación específica.

En cuanto a la pregunta sobre cuál es el bien jurídico que predomina, manifiesta que ella puede hablar de cuál es el interés que más resulta afectado, que en este caso hace referencia a los intereses patrimoniales o los derechos de explotación en exclusiva, pero no considera que eso sea el bien jurídico protegido en el 335-2 CP. En el caso que pudiera contemplarse como una afectación patrimonial, que no lo descarta, la huida al derecho penal por el fracaso de la respuesta del derecho administrativo sancionador, no es una solución deseable. Por otro lado, la gran queja de sector, es que los mariscadores furtivos tienen una sensación de impunidad porque se les impone sanciones pecuniarias y generalmente se declaran insolventes. A diferencia del fraude alimentario, las penas que se prevén en el ámbito penal (y al margen del carácter particularmente aflictivo del orden punitivo), van a tener el mismo efecto disuasorio que las sanciones administrativas con las que básicamente coinciden (salvo que se convierta después la multa en responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa). Termina resaltando que, en vez de acudir al derecho penal, lo deseable sería mejorar factores sistémicos como la coordinación de los cuerpos policiales, los guardapescas y la actividad de la guardia civil.

* * * * * *

Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez

Prof. Ayudante Doctor de Derecho Penal, Univ. de Alcalá. Socio de la FICP.

~Aspectos jurídico-penales del re-alquiler vacacional fraudulento (resumen)~

La economía colaborativa se ha extendido al sector del alojamiento con fines turísticos, siendo cada vez más frecuente la oferta de alojamiento vacacional a través de distintas plataformas virtuales, como Airbnb o, su principal competencia, HomeAway, que ofrecen viviendas particulares para uso turístico, lo que sin duda alguna trae –como sostienen DESTENTADO/DÍAZ VALES/LUCAS DURÁN– notables ventajas, como la rentabilización de bienes infrautilizados o la obtención de ingresos extra para los particulares), aunque a la vez implica el surgimiento de aspectos problemáticos, como la competencia desleal, la opacidad fiscal o el re-alquiler fraudulento.

Así, desde una perspectiva jurídico-penal se ha llegado a plantear la cuestión de cuál debería ser el tratamiento aplicable a los casos en los que el arrendatario, cuyo contrato de alquiler se rige por la LAU, procede a re-alquilar la vivienda para uso vacacional a través de, por ejemplo, plataformas virtuales como Airbnb. La cuestión a determinar es, pues, si existe responsabilidad penal para el arrendatario abusivo que, sin consentimiento del propietario del inmueble o el titular de un derecho real sobre el mismo, subarrienda toda o parte de la vivienda para uso vacacional. Frente a este escenario hay quienes defienden la existencia de un **delito de estafa** en perjuicio del arrendador que desconoce el destino de su inmueble, habida cuenta de que el arrendatario realiza el contrato de alquiler ocultando su verdadera finalidad, esto es, obtener ganancias a través del re-alquiler de la vivienda para uso vacacional.

Pero, además, se ha planteado igualmente la concurrencia de un delito de **estafa inmobiliaria** cuando el arrendatario, convertido ahora en subarrendador fraudulento, perjudica patrimonialmente al subarrendatario, haciéndole creer que tiene facultades de disposición sobre el inmueble cuando en realidad no las tiene al momento de subarrendar el bien ajeno. En este escenario, el perjuicio patrimonial se produce cuando el subarrendador se niega a entregar las llaves de la vivienda al subarrendatario que ha pagado la fianza y el monto del alquiler, o incluso cuando habiéndole entregado las llaves de la vivienda, el ingreso del subarrendador a la misma es obstaculizado por el propietario luego de descubrir la actuación ilícita del inquilino.

No obstante, pese al escenario antes esbozado, también se puede analizar la responsabilidad penal del propietario del inmueble, quien, con el objeto de recuperar la posesión del inmueble realquilado fraudulentamente, realiza conductas que están al margen de las vías legales. Lo anterior supone el análisis de las consecuencias jurídico-penales del recurso a las **vías de hecho** por parte del propietario del inmueble cuando, por ejemplo, ingresa a la vivienda y cambia la cerradura para impedir la entrada del arrendatario abusivo o del subarrendador de la vivienda de uso turístico, o cuando corta el suministro de agua o luz para que los sujetos antes citados abandonen el inmueble, ya que en estos casos la doctrina y jurisprudencia defienden la aplicación de, al menos, tres tipos penales, a saber: a) realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP), b) coacciones (art. 172 CP) y c) allanamiento de morada (art. 202 CP).

* * * * * *

Prof. Cristina Isabel López López

Investigadora Predoctoral, Univ. de Oviedo. Socia de la FICP.

~Relación sobre el debate de la ponencia "Aspectos jurídico-penales del re-alquiler vacacional fraudulento", del Prof. Dr. Vega Gutiérrez~

Ponente: Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez. Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal. Universidad de Alcalá.

Moderador: Prof. Dra. María A. Trapero Barreales. Catedrática acred. de Derecho Penal. Universidad de León.

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. Diego-M. Luzón Peña (Univ. de Alcalá), Octavio García Pérez (Univ. de Málaga), José Manuel García Sobrado (Univ. de Vigo), Fernando de la Fuente Honrubia (UDIMA), Javier de Vicente Remesal (Univ. de Vigo).

Comienza la moderadora **Prof. TRAPERO BARREALES** dando las gracias al ponente por su exposición, tras lo cual da la palabra al **Prof. LUZÓN PEÑA,** quien reafirma el excelente nivel de la ponencia. A continuación, manifiesta que va a ceñir su intervención al aspecto que da título a la ponencia, es decir, a los fraudes y especialmente a las estafas.

En primer lugar, explica que en el caso del subarriendo no declarado ni al propietario ni al subarrendatario, el arrendatario que se convierte en subarrendador está engañando, por omisión, a dos personas. Ambos podrían ser sujetos pasivos de una eventual y posible estafa, de tal forma, que podría haber un concurso de delitos, real o ideal, en función de si se entiende que hay una sola acción o varias separadas en el tiempo y frente a uno de los dos sujetos pasivos. El interviniente descarta un posible concurso de normas, pues tanto el sujeto pasivo como los aspectos de cada fase serían diferentes.

Añade a continuación el Prof. LUZÓN PEÑA que no le convence la explicación del Prof. VEGA GUTIÉRREZ al afirmar que cuando se aplica el concepto de estafa inmobiliaria esta tiene unos requisitos distintos del concepto de estafa general, ya que la estafa inmobiliaria no es más que un subtipo agravado de estafa. Así, el art. 250.1, 1.º del CP indica que, en vez de imponerse la pena del tipo básico (art. 249 CP), es decir, prisión de 6 meses a 3 años, se impondrá pena de prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses. También apoya su explicación en la frase inicial del apartado primero del precepto ("El delito de estafa será castigado […]") y el primer inciso ("Recaiga sobre

[…] viviendas"), concluyendo que en la estafa inmobiliaria será necesario el cumplimiento de todos los elementos de la estafa del tipo básico.

Partiendo de esta idea, el Prof. LUZÓN PEÑA realiza una puntualización respecto del subarriendo del inmueble durante un periodo de gran afluencia o turístico, obteniendo el subarrendatario unas ganancias, convirtiéndose en arrendador clandestino. En este caso, para que se acredite la estafa respecto del propietario, es necesario examinar la existencia de daño, la existencia de prejuicio y, en tercer lugar, si entre el daño y el perjuicio se dan los requisitos detallados en el art. 248 del CP para el delito de estafa. En este punto, el interviniente da un dato muy interesante, pues indica que el precepto legal acoge la definición de estafa que Antón ONECA daba en su monografía sobre la estafa y que, a su vez, estaba inspirada en autores italianos. Pues bien, este concepto fue copiado por el legislador sin tener en cuenta que la definición doctrinal podría dejar por el camino algún supuesto concreto. Así, explica el Prof. LUZÓN PEÑA que la estafa es más sencilla de lo que indica el legislador, pues es un engaño que induce a error a otro, sufriendo este o un tercero un perjuicio. Sin embargo, el Código Penal español intercala en la cadena causal un requisito explícito: la realización de un acto de disposición por parte del inducido a error. Pues bien, dando por supuesto la existencia del engaño, este último requisito se aprecia en la estafa frente al subarrendatario que desconoce que quien le alquila la vivienda no es el dueño, realizando un acto de disposición patrimonial (pago del alquiler) por un producto averiado. Este acto de disposición es además perjudicial, pues paga más de lo que el producto valía, o puede que se vea perturbado en el disfrute del inmueble, o que ni siquiera llegue a ocupar la vivienda… En conclusión, "va a tener problemas".

Sin embargo, respecto del propietario del inmueble y nuevamente partiendo de la suposición de que existe engaño, el Prof. LUZÓN PEÑA se pregunta si se induce al propietario a hacer un acto de disposición o si este ya se había realizado previamente con la entrega de las llaves. Seguidamente pregunta si la firma inicial del contrato de arrendamiento y la entrega del inmueble es una situación parecida al ya conocido caso del cliente que entra en un restaurante sin intención de pagar, pero al que se le sirve creyendo que tiene capacidad para asumir el precio.

En segundo lugar, el interviniente lanza otra pregunta: ¿cabe engaño por omisión? A juicio del Prof. LUZÓN PEÑA sí cabe engaño por omisión, siempre y cuando se cumplan los requisitos de adecuación y engaño bastante. Explica a continuación que el

engaño por omisión puede fundamentarse de dos formas, tal y como ha explicado el Prof. VEGA. La primera, a través de actos concluyentes, indicando el interviniente que entonces no habría omisión, sino un hecho activo unido a un silencio. O, en segundo lugar, que haya un engaño omisivo, coincidiendo en este extremo el Prof. LUZÓN PEÑA con el ponente, reafirmando que puede existir engaño omisivo, siendo este en comisión por omisión. Ante esta afirmación, él mismo expone la duda que le puede haber surgido a los presentes: ¿no es necesario la preexistencia de una posición de garante para que se aprecie comisión por omisión? El interviniente, anticipando una modificación que está realizando en su manual, responde que él cree que hay bastantes casos de omisiones impropias que no requieren posición de garante, independientemente de lo que establezca el art. 11 del CP o el parágrafo 13 del Código penal alemán. Y explica los motivos que le llevan a esta conclusión. En primer lugar, porque el art. 11 CP puede interpretarse de forma restrictiva, concluyendo que sólo es de aplicación a los delitos de resultado puros; por tanto, no aplicable a aquellos delitos que describen medios de realización de la conducta. En segundo lugar, porque el art. 11 podría estar equivocado; de hecho, el interviniente afirma que ya lo está, precisamente por la forma en la que describe los deberes jurídicos o las posiciones de garante por ley o por contrato. Y, en tercer lugar, porque el art. 11 CP no regula la participación en la omisión impropia, existiendo casos en los que se puede ser partícipe omisivo sin concurrir en él posición de garante alguna.

Para finalizar, el Prof. LUZÓN PEÑA explica que, según su criterio, sí puede existir engaño omisivo, y todo ello porque, con base en los criterios de equivalencia formulados por él mismo, era evidente que las partes debían o se daba por hecho que iban a decir verdad y no permanecer en silencio; por lo que se concluye que al callar están engañando. Con ello, el interviniente quiere dejar claro que, aunque el ponente no ha hecho expresa referencia a este último punto, no significa que lo haya pasado por alto, sino que presume que es posible un engaño por omisión pues, aunque la doctrina mayoritaria entiende que es necesaria la posición de garante, hay un sector que cree que no lo es.

La moderadora da la palabra al ponente, comenzando el **Prof. VEGA GUTIÉRREZ** dando las gracias a su maestro por las observaciones realizadas. Respecto a la primera cuestión (posible concurso de delitos entre la estafa frente al propietario y la estafa sobre el consumidor turístico), explica que él parte de la idea de que no se cumplen los

requisitos básicos de la estafa en ninguno de los dos casos, por lo que no hay posible concurso de delitos.

En segundo lugar, afirma que en su ponencia no ha abordado en qué momento se realizaba el acto de disposición por parte de la víctima propietario, centrándose en analizar el engaño y el perjuicio patrimonial ya que considera que estos son los elementos que precisan un mayor análisis. No obstante, puntualiza que coincide con el Prof. LUZÓN PEÑA en que la entrega de las llaves por parte del propietario implicaría, según su criterio, un acto de disposición. En este momento, pide la palabra el **Prof. LUZÓN PEÑA** para preguntar al ponente si la simple entrega de las llaves es un "acto de disposición patrimonial [realizado] en perjuicio propio o ajeno" tal como indica el art. 248 del CP, pues considera que para afirmar que la entrega de las llaves es perjudicial es necesario fundamentarlo. En respuesta, el **Prof. VEGA GUTIÉRREZ** indica que la firma del contrato en el contexto de la LAU establece una prohibición expresa de subarrendar el bien, por lo que esto denota que el acto de entrega de la llave y la firma del contrato puede ser un acto de disposición que puede ser además perjudicial para el propietario.

En tercer lugar, el ponente coincide con el Prof. LUZÓN PEÑA en que la estafa inmobiliaria también requiere todos y cada uno de los elementos del tipo básico de la estafa. Explica a continuación que al atribuirse el sujeto facultades de disposición se estaría cumpliendo íntegramente el requisito del engaño, generando este un error que trae como consecuencia un acto de disposición patrimonial, que finalmente produce un perjuicio económico.

Finalmente, el Prof. VEGA aclara que aún alberga dudas respecto a la posibilidad de que pueda aceptarse el engaño por omisión. Sin embargo, sabe que ciertos autores la admiten o al menos no la niegan del todo, citando a continuación autores que apoyan o rechazan esta idea.

Por un lado, respecto a aquellos autores que sí la admiten, menciona a PÉREZ MANZANO, quien no obstante considera que al ser la estafa un delito de medios determinados es difícil que se dé una omisión impropia. Así mismo cita a Romeo CASABONA, autor que, partiendo de la idea de que el delito de estafa es un delito de resultado, acoge la posibilidad de que este se cometa en comisión por omisión, si bien admite que el problema fundamental en este caso es establecer de dónde surge la posición de garante. Por último, cita a GARCÍA MOSQUERA, autora que ya en su monografía indica que no le parece razonable excluir de entrada la comisión por

omisión en el delito de estafa, aunque admite la dificultad de que se dé en la estafa de seguro (delito sobre el que concretamente versa su libro).

Por el contrario, en relación con la otra parte de la doctrina que no lo admite, cita a SILVA SÁNCHEZ, cuyo argumento fundamental para descartarlo es que el delito de estafa es un delito de medios determinados. A continuación, destaca el ponente la posición de CHOCLÁN MONTALVO, quien realiza un paralelismo entre la estafa y la inducción, señalando el autor que al igual que no es posible una inducción en comisión por omisión, tampoco lo es en el delito de estafa.

Tras el estudio de ambas opiniones y los respectivos autores que las apoyan, el ponente concluye indicando que, según su criterio, el arrendatario que guarda silencio respecto de sus verdaderas pretensiones no está realizando una conducta omisiva, sino que realmente se trata de un complejo de conductas positivas que denotan la disposición de cumplir las cláusulas del contrato, por lo que no es necesario reconducirlo a la teoría de los actos concluyentes. Finalmente indica el ponente que le parece muy interesante la posición de ANTÓN ONECA, que, si bien admite la comisión por omisión en el delito de estafa, también afirma que muchos casos que se tratan como comisión por omisión, en realidad no lo son. Así, el Prof. VEGA GUTIÉRREZ explica que el autor trae a colación el ejemplo que citó previamente el Prof. LUZÓN PEÑA (cliente que pide en un restaurante sin intención de pagar), concluyendo el autor que este no es un caso de comisión por omisión, sino un engaño activo reconducible a la teoría de los actos concluyentes.

La moderadora da la palabra al **Prof. GARCÍA PÉREZ**. El interviniente considera que la reforma de la apropiación indebida ha devuelto el interés por la estafa por omisión, ya que con la anterior regulación se descartaba esta acudiendo a la apropiación indebida de recepción por error, figura que ha desaparecido tras la reforma. Apunta además la existencia de una reciente sentencia del Tribunal Supremo en la que se condena por estafa por omisión, considerando que este va a ser un tema de discusión importante en los próximos años.

En último lugar, plantea una duda respecto a la estafa inmobiliaria, indicando que de la lectura del precepto (art. 251.1 CP) parece extraerse que el sujeto debe enajenar, gravar o arrendar un inmueble que no tiene. Sin embargo, en el caso aquí planteado, el arrendatario está cediendo la posesión de un bien del cual es el *legítimo poseedor*. Por tanto, si se ponen trabas al subarrendatario para disfrutar del bien, podría concluirse que el arrendatario-arrendador ha incumplido el contrato, aunque por causas ajenas a la

voluntad del legítimo poseedor. Cosa distinta, afirma, es que una norma civil indique que el arrendatario no debe subarrendar. Concluye el Prof. GARCÍA PÉREZ manifestando sus dudas respecto a este planteamiento, pero considerando que esta idea podría ser tenida en cuenta para determinar si efectivamente hay estafa inmobiliaria.

El **Prof. VEGA GUTIÉRREZ** da las gracias y comienza explicando la confianza que de forma habitual tiene el consumidor turístico en las facultades de disposición del que se presenta como arrendador. Esta confianza puede, según el ponente, traer problemas en materia de error, pues podría exigirse al consumidor turístico que se asegure de que la contraparte tiene efectivamente facultades de disposición.

Por otro lado, el ponente explica que el caso de estafa inmobiliaria que propone es mucho más sencillo. Simplemente parte del supuesto en el que no se entregan las llaves al subarrendatario y este, en consecuencia, sufre un perjuicio. Ahora bien, si la no entrega de las llaves está justificada, el Prof. VEGA GUTIÉRREZ descarta la estafa inmobiliaria. Plantea el ponente otras dos variantes. En primer lugar, el supuesto en el que quien impide el disfrute del subarrendatario es el propietario. En este caso concluye que también se podría plantear un delito de estafa inmobiliaria. Y, en segundo lugar, el supuesto en el que el subarrendatario disfruta del bien sin molestia alguna. Respecto a este, el ponente se pregunta si cabría la posibilidad de una tentativa de estafa inmobiliaria por haberse ocultado la falta de facultades de disposición. A su parecer, no cabría siquiera una posible tentativa, pues el subarrendatario no sufre perjuicio alguno.

La Prof. TRAPERO BARREALES le da la palabra al **Prof. GARCÍA SOBRADO**, quien comienza afirmando que él no presentaría querella o denuncia alguna por estafa. Prosigue indicando que no aprecia diferencia entre el arrendatario que subarrienda el inmueble y aquel que invita a sus amigos a la casa que él tiene alquilada. La única diferencia que aprecia es el beneficio económico que se embolsa el arrendatario. Y para explicar su postura pone el siguiente ejemplo: aquel que alquila un local por 300 € para el establecimiento de un quiosco pero, después de un tiempo, el quiosco tiene unos rendimientos impresionantes porque el arrendatario lo subarrienda a máquinas de apuestas, siendo así que el propietario solicita una subida en el precio. Tras esta explicación, el Prof. García Sobrado indica que en estos casos no alcanza a ver dónde está el engaño, indicando que quizá se están utilizando dos conceptos distintos de forma indiferente: el valor que puede tener un arrendamiento y el coste real de ese arrendamiento. Finalmente, el interviniente concluye que, según su criterio, no hay

estafa alguna ni respecto al propietario ni respecto al consumidor turístico. A esta afirmación responde el **Prof. LUZÓN PEÑA** que le pregunta por este último supuesto indicándole que no entiende cómo no aprecia estafa habiéndose arrendando un producto averiado, pues el subarrendatario no va a poder disfrutar de él. El **Prof. GARCÍA SOBRADO** contesta que el no disfrute dependerá del propietario. Así pues, en esa situación se tendría que acudir, según el interviniente, a la realización arbitraria del propio derecho, pues el propietario sólo podrá impedir la entrada del subarrendatario mediante el uso de la violencia. El **Prof. LUZÓN PEÑA** replica, pidiendo al mismo tiempo disculpas por contestar no siendo él el interpelado, que no basta con la simple entrada en la vivienda, pudiendo ocurrir que ya estando dentro se eche del lugar al subarrendatario.

Interviene la moderadora para cerrar el debate y dar la palabra al **Prof. VEGA GUTIÉRREZ** que comienza indicando que coincide plenamente con el Prof. GARCÍA SOBRADO cuando indica que no hay posible estafa respecto al propietario del inmueble. Explica que desde su punto de vista sí habría estafa inmobiliaria, pero sólo en casos muy concretos en los que se impida la entrada a la vivienda, ya sea por parte del subarrendador o del propietario, pues en ambos casos se materializa un perjuicio económico.

En segundo lugar, apunta el ponente que el binomio valor *versus* coste real es uno de los criterios en los que se apoya para excluir la estafa desde la perspectiva del propietario. Y explica que en este caso el perjuicio económico se basaría en la simple frustración de unas expectativas de ganancia. Sin embargo, según su propio parecer, las expectativas de ganancia del propietario se han visto satisfechas con la fijación de un precio, por lo que el beneficio obtenido por el arrendatario no es el correlato de un perjuicio que se ocasione en el propietario.

Por último, destaca que quizá, desde la perspectiva judicial, la vía penal puede ser más rápida que la vía civil, pero que, según su criterio y el de MAGRO SERVET, esta es una instrumentalización del Derecho Penal, pudiendo relegar esta si a través de otra vía, en este caso la civil, podemos obtener la tutela de nuestros derechos.

La moderadora da la palabra al **Prof. DE LA FUENTE HONRUBIA** que interviene aportando una visión de la realidad judicial. Explica que la aparente estafa al propietario del inmueble no tiene trayectoria judicial en España, pues es un país en el que el subarriendo es una práctica habitual y con una alta tolerancia social, por lo que, aún

encontrándose en una situación de ilegalidad, no se inicia procedimiento judicial alguno por esta causa. A continuación, pasa a exponer su opinión sobre los aspectos típicos de la estafa y cómo estos encajan o no en los supuestos expuestos por el ponente. Considera que sí existe engaño en los casos tratados, pero opina que también lo hay cuando el arrendatario no paga la renta teniendo el firme propósito de no hacerlo desde la firma del contrato. Seguidamente apunta que aquel elemento que a su parecer daría lugar a que el hecho no fuera típico y que por tanto conllevaría el sobreseimiento libre de la causa es el desplazamiento patrimonial. Afirma que este elemento no se cumpliría, pues el propietario, tras la firma del contrato, cobra todos los meses la renta, correspondiéndose esta con su expectativa de ganancia.

Por otro lado, destaca que existen dos supuestos en los que sí podría apreciarse estafa. El primero, los casos de actuación de hecho por parte del propietario y que tiene por objeto forzar al subarrendatario a abandonar el inmueble, con conductas como por ejemplo: cambios de cerradura, cortes de luz… Este tipo de actuaciones no se deben tanto a una cuestión económica, sino a que el subarrendatario provoca molestias al propietario que, según apunta el Prof. DE LA FUENTE HONRUBIA, aqueja un perjuicio más de carácter civil que penal, actuando por su propia mano frente al subarrendatario.

El segundo supuesto, es el caso del alquiler vacacional de un inmueble sobre el que no se tienen facultades de disposición o que ni siquiera existe el inmueble, o que las condiciones del alquiler no son las previamente pactadas. Este último supuesto, indica el interviniente, es uno de los que se da con mayor asiduidad en la vía judicial. Para ilustrar el caso pone el ejemplo del subarrendatario que alquila la vivienda para el uso completo de la misma y que cuando llega al inmueble se encuentra con que solo puede utilizar parte de esta, frustrando por completo sus expectativas en el uso de la vivienda. Apunta el Prof. DE LA FUENTE HONRUBIA, que estos casos suelen calificarse como estafas leves.

Para concluir, indica que estas dos últimas situaciones son las que en realidad tienen recorrido judicial en nuestro país, siendo así que los otros casos no tienen esa relevancia judicial precisamente por la propia idiosincrasia de nuestro país, en donde el subarriendo suele ser sobrevenido e incluso querido por el propietario para garantizar el pago.

El **Prof. VEGA GUTIÉRREZ** le agradece sus reflexiones y que haya compartido su experiencia judicial con el foro. Seguidamente hace referencia al ejemplo final propuesto por el Prof. DE LA FUENTE HONRUBIA (frustración de las expectativas de disfrute del total de la vivienda por el subarrendatario), indicando que este es uno de los ejemplos en los que las expectativas tienen una protección penal. Explica que esto se debe a que las expectativas del subarrendatario son concretas y tienen una base jurídica preexistente, siendo así que la conducta puede ser calificada como estafa.

La moderadora da la palabra al **Prof. DE VICENTE REMESAL**, que propone el siguiente ejemplo: arrendatario que alquila el inmueble por 500 €. Uno o dos años después lo subarrienda a una persona en situación de precariedad por 200 €, pero continúa pagando al propietario la renta inicialmente fijada, es decir, 500 €. El interviniente pregunta al ponente si en este caso habría producto averiado, perjuicio patrimonial y, en definitiva, estafa.

Tras agradecer la pregunta, el **Prof. VEGA GUTIÉRREZ** contesta que este matiz no incide sobre la calificación como estafa en la medida en que sigue sin haber un perjuicio patrimonial, pues el propietario percibe la renta. Tampoco habría engaño, pues el arrendatario firma el contrato con la expectativa de cumplirlo, por lo que habría un *dolus subsequens* (incumplimiento contractual subsiguiente) que no fundamenta un delito de estafa, pues este requiere un engaño precedente o concomitante. Descartada la estafa, el Prof. VEGA entiende que lo que se da es un incumplimiento contractual. Por lo que sólo quedaría determinar, en la vía civil, si ese incumplimiento está o no amparado por la situación concreta sobrevenida. Es decir, determinar si hay motivos para la rescisión del contrato, la restitución de la posesión y la indemnización por daños y perjuicios. El ponente añade el criterio restrictivo del Tribunal Supremo según el cual no basta el incumplimiento contractual para ser merecedor da una indemnización por daños y perjuicios, ya que es necesario un daño efectivamente causado. Por tanto, sólo cabría acudir a la vía civil, pudiendo el propietario en todo caso solicitar la rescisión del contrato y la restitución de la posesión.

La **Prof. TRAPERO BARREALES** da las gracias al ponente y a los intervinientes, y da por concluida la sesión.

* * * * * *

Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz

Profesora Ayudante Doctora, Univ. de Alcalá. Secretaria del Patronato y socia de la FICP.

~Reflexiones y críticas sobre el pensamiento de la acumulación (resumen)[1]~

La legitimidad de la tutela penal de bienes jurídicos supraindividuales y las estructuras típicas adecuadas y legítimas para ello son hoy en día objeto de un encendido debate entre la doctrina penal, en el que a menudo se relacionan ambas cuestiones. El objeto de la ponencia reside en el análisis crítico de las corrientes doctrinales que, con el objeto de proteger bienes jurídicos supraindividuales, defienden bajo ciertos requisitos el recurso a la idea de acumulación y la tipificación de los llamados *delitos de acumulación* o *cumulativos (Kumulationsdelikte)*. Estos se caracterizan por tipificar conductas individuales que, en sí mismas consideradas, no serían peligrosas para el bien jurídico protegido o tendrían una capacidad insignificante para afectarlo, pero cuya realización por una pluralidad de sujetos independientes ya sí tendría potencial lesivo, en el sentido de llevar al bien a una situación de peligro o lesión.

Las posturas doctrinales que defienden los delitos cumulativos tienen la siguiente idea básica en común con las corrientes tradicionales, que asocian los bienes jurídicos supraindividuales con los delitos de peligro abstracto: estos bienes –o, según otras formulaciones, algunas de sus clases– no podrían por regla general, dada su naturaleza o estructura, ser lesionados ni puestos en peligro mediante las conductas típicas individuales, salvo casos excepcionales. Sin embargo, para este sector doctrinal, la afirmación de que los delitos de peligro abstracto constituirían la estructura típica adecuada para la protección de estas categorías de bienes jurídicos sería incorrecta o estaría, como mínimo, necesitada de ulteriores precisiones dogmáticas sobre la tipología de los delitos de peligro abstracto. En unos casos, se defiende que conceptualmente solo deberían incluirse dentro de esta categoría tipos que se dediquen a la protección directa de bienes jurídicos mediante el «dominio del azar o de la casualidad», lo cual solo sería técnicamente posible si se trata de conductas generalmente peligrosas *por sí mismas*

[1] Versiones más detalladas de esta ponencia han sido publicadas en PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Reflexiones y críticas sobre el pensamiento de la acumulación, La Ley Penal, 128, 2017, pp. 1-32; Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 223-321.

para bienes jurídicos individuales y cuyo resultado lesivo dependa solamente del azar. Así pues, la consideración como delitos de peligro abstracto también de aquellos tipos penales cuya acción típica no logra ser peligrosa *por sí misma* con carácter general para el bien jurídico (supraindividual) solo podría explicarse por el uso de una terminología impropia y, sobre todo, *ya superada*. De ahí que sea más apropiado en su opinión hablar de delitos cumulativos como una categoría autónoma o una subcategoría de delitos de peligro abstracto, con una fundamentación y problemática específica.

La fundamentación esencial de estos delitos, que se desarrolla en la ponencia, suele reconducirse por los autores que integran esta corriente de pensamiento al problema del gran número (los *grandes riesgos* que resultarían de la suma o concatenación de conductas individuales insuficientemente peligrosas en sí mismas) y a la idea de solidaridad e infracción de deberes de colaboración y cooperación, aunque ambas líneas se encuentran hasta cierto punto relacionadas. De todas formas, los principales representantes tanto de la primera como de la segunda línea de argumentación no dan por legitimados todos los tipos cumulativos, sino que establecen una serie de criterios adicionales que hacen a su juicio adecuada la respuesta penal, y que se resumen a continuación: para empezar, que la previsión de efectos cumulativos sea *realista*, en lugar de meramente hipotética; en segundo lugar, que se excluyan las conductas que carezcan de una mínima relevancia o peso; y, finalmente, que los bienes jurídicos supraindividuales sean los más importantes o pertenezcan a determinada categoría.

El planteamiento de la acumulación ha suscitado merecidamente importantes críticas por parte de distintas corrientes de opinión, que son objeto de desarrollo en la ponencia; notablemente, la confrontación con esenciales principios limitadores del *ius puniendi*: no ya solo el principio de ofensividad, sino también el de intervención mínima, responsabilidad personal y proporcionalidad. Las líneas argumentativas seguidas por los defensores de la idea de la acumulación, pese a su objetivo legítimo de proteger los bienes jurídicos suprainvididuales más importantes, serían más propias de otras áreas del Derecho, como el administrativo o el Derecho privado, pero no del Derecho penal.

Sin embargo, es posible defender la capacidad del Derecho penal para prevenir los riesgos que atañen a los bienes jurídicos supraindividuales –por lo menos, algunos de ellos– sin recurrir al mismo tiempo a la lógica de la acumulación y los delitos

cumulativos. Y es que, tanto estas corrientes como las tradicionales (que asocian los bienes jurídicos supraindividuales con los delitos de peligro abstracto) parten de una misma premisa errónea: la imposibilidad de los bienes jurídicos supraindividuales para ser lesionados o puestos en peligro por conductas individuales. Esta premisa ha sido correctamente rechazada por una corriente doctrinal que ha puesto el acento en el carácter lesionable de los bienes jurídicos supraindividuales y que ha señalado el camino a seguir para determinar tal lesión, como la correcta precisión del bien, la redefinición del concepto de lesión (también para bienes jurídicos individuales) y el establecimientos de criterios específicos basados en la atención al substrato material o inmaterial del bien jurídico o a la perturbación de su función social. Debe reconocerse en definitiva la posibilidad de recurrir también en estos casos a estructuras típicas tradicionales de lesión y de peligro (concreto o abstracto), sin olvidar tampoco, a los efectos de su legitimidad, la necesidad de respetar los principios limitadores del *ius puniendi*.

* * * * * *

Luis Miguel Ramos Martínez

Investigador Predoctoral Contratado de Derecho Penal. Universidad de León. Socio de la FICP.

~Relación sobre el debate de la ponencia "Reflexiones y críticas sobre el pensamiento de la acumulación", de la Prof. Dra. Pérez-Sauquillo Muñoz ~

Ponente: Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz. Profesora Visitante de Derecho Penal. Universidad de Alcalá.

Moderador: Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro. Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid.

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. Manuel Cancio Meliá (UAM), Antonio Martín Pardo (Univ. de Málaga), Octavio García Pérez (Univ. de Málaga) y Diego-Manuel Luzón Peña (Univ. de Alcalá).

Concluida la ponencia, el Prof. JORGE BARREIRO, encargado de presentar a la Prof. PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ al inicio de la sesión, le agradece su brillante exposición y abre el debate, cediendo la palabra a quienes quieran intervenir en él.

El primero en pedir la palabra es el Prof. CANCIO MELIÁ, quien comienza poniendo de relieve el valor de la ponencia por haber logrado presentar con mucha claridad argumentos extraordinariamente enrevesados.

Le resulta muy interesante la vertiente institucional del pensamiento de la acumulación que —señala— «a veces se encuentra en los sitios más extraños» —pone de ejemplo la postura de VON HIRSCH, próxima a la de JAKOBS—. Cree que los juristas continentales garantistas —entre los que se incluye— se ponen a ellos mismos «anteojeras" para decir: «esta conducta sencillamente es una *offence* porque es gravemente inadecuada». Se parte de la base del «no puede ser», por ejemplo, en los delitos de manifestación: se prohíbe decir ciertas barbaridades no porque sea intolerable, tabú o una ofensa a los sentimientos colectivos (como se diría en alemán), sino porque en realidad hay un riesgo. Para él, la idea de la acumulación no es sino esa obsesión por encontrar el riesgo y por no explorar alternativas en casos que no se explican en términos de lesión, como la profanación de tumbas (art. 526 CP) o la exaltación del terrorismo (art. 578 CP). La primera pregunta que le hace a la ponente es precisamente cuál es su opinión al respecto: ¿puede haber algún campo en el que, sin ver la lesión concreta de algunas conductas (ni siquiera por acumulación), el planteamiento social sea que atacan instituciones sociales de una manera indirecta por lo que significan? (otro

ejemplo sería tirar el aceite del coche en el sentido del art. 325 CP demostrando que no te importa el medioambiente), ¿habría que excluir esto en todo caso?

La segunda pregunta es si la ponente, en su análisis, ha integrado la clase de pena, pues en el § 324 *StGB* alemán (que castiga la contaminación de las aguas) las penas son alternativas (prisión o multa), mientras que en el CP español se parte de la pena obligatoria de prisión (simultánea a las de multa e inhabilitación especial).

Agradeciendo los comentarios sobre su exposición, la ponente responde por orden a las cuestiones planteadas, considerando la primera de ellas muy difícil porque se remite a qué se considera injusto penal y si todo tiene que remitirse a la idea de ofensividad. En su opinión sí: tal y como ella ha entendido el Derecho penal sí cree que hay que partir siempre de conductas ofensivas (también en el caso de los bienes jurídicos supraindividuales), bien por vía de peligro, bien por vía de lesión. Autores como HEFENDEHL (partidario acérrimo de la teoría del bien jurídico) han defendido (sin embargo) los delitos de mera conducta, entendiendo que se podría recurrir a ellos en casos extraordinarios que habría que perfilar. A la ponente le genera muchos conflictos que se castiguen penalmente conductas que suponen meramente una infracción de algún deber moral o social (en definitiva, extrapenal). En ocasiones se sostiene que lo anterior ya es un resultado jurídico *sui generis*, pero entonces habría que precisar mucho más. Una infracción de un deber desde la posición de garante puede llegar a equipararse materialmente aplicando una serie de criterios que han desarrollado autores como, por ejemplo, el Prof. LUZÓN PEÑA, en materia de comisión por omisión; pero una simple infracción de deber genera bastantes problemas en los términos de cómo ha comprendido ella el Derecho penal y el injusto. Es una cuestión sobre la que sigue reflexionando —para ella, uno de los grandes problemas del Derecho penal— y que no pudo acabar en su tesis doctoral. Reconoce que las justificaciones basadas en la infracción de deberes de solidaridad le parecieron inicialmente atractivas, pero, en el fondo, suponen una confrontación directa con parte de su base doctrinal.

La segunda cuestión le parece también muy interesante. Destaca la postura al respecto del Prof. BUSTOS RUBIO, quien plantea que, incluso aunque se aceptaran delitos acumulativos en algunos casos, no podrían ser nunca castigados con pena de prisión para no infringir el principio de proporcionalidad. Sin embargo, la ponente recuerda que, tal y como ha argumentado en su exposición, varios de los delitos que algunos

autores consideran delitos acumulativos son, en verdad, delitos de lesión (por ejemplo los fiscales), luego no sería desproporcionada la pena que conllevan.

En segundo lugar, el moderador concede la palabra al Prof. MARTÍN PARDO, que también inicia su intervención felicitando a la ponente y manifestando su coincidencia con lo expuesto por ella.

Para él, el problema radica más en la mala definición de los bienes jurídicos que en la dificultad de que sean lesionados. Cree que es muy cómodo identificar un bien jurídico sin que luego se haga un esfuerzo para definir su contenido material; tarea que, en ocasiones, requerirá acudir a disciplinas fuera del Derecho (lo cual suele dar cierto reparo). En el caso del medioambiente, cualquier biólogo sabe comprobar si ha habido una afectación al ecosistema por una acción individual y, en ese sentido, no podemos olvidar que los bienes jurídicos tienen su sustrato material. Al igual que en el caso de los bienes jurídicos individuales, no hay que interpretar la lesión al bien jurídico supraindividual como categoría: cuando se comete un homicidio no se está acabando con la vida en el planeta, solo con un sustrato material que es la vida de una persona.

Recuerda que el propio principio de insignificancia que se aplica a bienes jurídicos individuales es un criterio normativo; nada impide que se aplique también a bienes jurídicos supraindividuales: podrían ser no insignificantes aquellas conductas que, si las imaginamos realizadas de manera repetida, tengan una relevancia lesiva para el bien —así lo defendió en su propia tesis doctoral—. Teniendo en cuenta que no hay que interpretar la lesión al bien jurídico como destrucción, una simple pérdida de propiedades o compresión sería suficiente.

La ponente agradece las reflexiones y cree que, efectivamente, parte del problema expuesto proviene de la definición del bien jurídico concreto; pero también de qué clase de concepto de bien jurídico se utilice: ella ha propuesto un concepto material frente al formal (simplemente aquello que define el legislador) y ha optado por concepciones que se remiten, en última instancia, al individualismo ético (pero que no obstan para que se protejan bienes jurídicos supraindividuales). Luego, dentro de esa concepción material, entiende que los bienes jurídicos son aquellos objetos valorados procedentes de la realidad (aunque puedan tener un substrato inmaterial, intelectual-sociológico) y que pueden ser lesionados. Por ello, le resulta obvia la idea de que no es necesario espiritualizar el bien jurídico, que llevaría a entender la vida humana no como un gran bien jurídico, sino como cada una de las realidades individuales. Autores que defienden

concepciones espiritualizadas del bien jurídico también han llegado a conclusiones similares a las suyas, en el sentido de que también se pueden lesionar bienes jurídicos supraindividuales: el Prof. DÍEZ RIPOLLÉS ha mencionado, desde una perspectiva espiritualizada del bien jurídico, que, a pesar de todo, no hace falta destruir todas las vidas humanas para lesionar el bien jurídico vida. A la ponente le parece que lo mismo sucede con los bienes jurídicos supraindividuales. En primer lugar, se están definiendo de manera demasiado amplia, espiritualizándolos mucho o, como hace HEFENDEHL, llenándolos de contenido con elementos enormemente abstractos como la «confianza sistémica», que le obligan a él mismo a admitir que hay que acudir al pensamiento de la acumulación. En segundo lugar, se está describiendo la lesión de una manera que ni siquiera aplicamos para los bienes jurídicos individuales, puesto que, efectivamente, salvo en el caso de la vida, donde sí se destruye (en los delitos consumados) la vida humana individual (nunca la gran vida humana), en ninguno de los casos de lesiones se está apelando a la imposibilidad de regeneración (salvo si te amputan un miembro corporal) cuando, por ejemplo, en la modalidad de lesiones básicas el cuerpo cicatriza; ¿por qué tenemos que considerar que la lesión de bienes jurídicos supraindividuales es la total destrucción o inutilización del substrato que tengan? Estamos olvidando que ya se ha abandonado el concepto de destrucción en la aplicación de los tipos de lesión de los bienes jurídicos individuales y, sin embargo, se sigue usando para afirmar que no se pueden destruir (y, por tanto, lesionar) los bienes jurídicos supraindividuales. Un ataque con efectos perturbadores para el bien jurídico ya puede ser lesivo, aunque no lo inutilice totalmente ni destruya su substrato o pueda regenerarse.

En relación con el principio de insignificancia, opina que sería interesante explorar cómo opera en los diferentes tipos atendiendo a si protegen bienes jurídicos individuales o supraindividuales para comprobar si hay diferencias o no (porque igual no las hay especialmente relevantes).

A continuación, en tercer lugar, interviene el Prof. GARCÍA PÉREZ, quien, tras sumarse a las felicitaciones, también declara compartir casi todo lo expuesto por la ponente, coincidiendo en que hay un problema de indefinición de los bienes jurídicos: es complicado tratar de determinar cuándo se lesionan si se han definido vagamente. En algún momento leyó de JAKOBS que se podía elegir el nivel de abstracción, lo cual rechaza, pues si no somos capaces de identificar un aspecto de la realidad social, una

lesión o cuándo se lesiona o no, es que no estamos definiendo correctamente el bien jurídico.

Lo anterior entronca para él con una cuestión mucho más amplia: tiene la impresión de que cada vez la parte general del Derecho penal es menos general. De los delitos contra el medioambiente se crea una teoría general sobre la acumulación; también se crea una nueva parte general para el Derecho penal económico. Cree que, antes de llegar a esas situaciones (antes de ir generando partes generales de una parte de la parte especial), se debería comprobar si las categorías ya existentes en la parte general del Derecho penal sirven para resolver esos problemas. Tampoco cree que baste con identificar el bien jurídico protegido. Es habitual iniciarse en el estudio de la parte general del Derecho penal con el análisis del delito de homicidio, lo que da pie a pensar que la parte general lo resuelve todo; pero en el momento en que se sale de ese tipo ya casi todo son problemas. En el homicidio no se pide que el sujeto activo acabe con el ser humano (en un sentido amplio): el Derecho penal protege al individuo, no a la especie (a no ser que se hable de genocidio y ya no de homicidio). Basta que la destrucción o daño se dirija contra un individuo. El problema, cuando llegamos a los bienes supraindividuales, es de qué manera acotamos esas unidades: ¿qué es lo equivalente a la especie humana del ejemplo y cuáles los individuos de esa especie? En los delitos contra el medioambiente no se exige destruir el planeta, sino conductas mucho más limitadas; y a él, personalmente, no le resulta difícil trabajar con las categorías que siempre ha trabajado en estos casos.

La ponente está totalmente de acuerdo con las opiniones de su interlocutor y una de las ideas que hubiera querido desarrollar en su discurso es, precisamente, aquella a la que se ha referido él, defendida también por ANASTASOPOULOU: efectivamente, si no somos capaces de identificar mentalmente cómo se lesiona un bien jurídico supraindividual (o, en general, un bien jurídico) es que no es un bien jurídico o, al menos, no es merecedor de protección penal. Lo que sí podría matizar es que, en función de cuál sea el bien jurídico en un caso o en otro, estaríamos ante unas u otras categorías o estructuras delictivas. Es ilustrativo el ejemplo de JAKOBS sobre qué se protege en los delitos contra el patrimonio: ¿la libertad que nos genera el patrimonio o el patrimonio mismo? En función de que se proteja una u otra cosa, estaríamos ante un delito de lesión o uno de peligro. Es, por ello, especialmente importante no solo tener

muy claro de qué concepto de bien jurídico se parte, sino también cuál es el bien jurídico protegido.

Coincide en que se están buscando excepciones o categorías diferentes a las que no es necesario recurrir, pues hay herramientas suficientes ya en la parte general para poder resolver nuevos problemas. Le parece que la «identificación de unidades lesionables" del bien jurídico, que han mencionado algunos autores, es razonable y no genera problemas. Se debería unificar el concepto de lesión una vez se haya concretado el bien jurídico y se haya aceptado que la lesión no es algo tan radical como lo que a veces se tiende a pensar.

En cuarto y último lugar, el moderador concede la palabra al Prof. LUZÓN PEÑA, maestro (junto con la Prof. ROSO CAÑADILLAS) de la ponente. También él está totalmente de acuerdo con lo expuesto y aprovecha para felicitarla y confesar que está muy contento del trabajo de su última discípula.

Le parece muy interesante que la ponente destaque la idea de que los bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o suprapersonales, también pueden ser objeto de lesión y no solo de puesta en peligro; pensar lo contrario es peligroso. Al igual que una lesión del patrimonio de una persona (bien jurídico individual) suele afectar a una parte del mismo y no a todo, en un bien jurídico supraindividual también puede darse una lesión parcial, aunque sea pequeña, siendo muy difícil, sino imposible, la lesión total. Esta afirmación explica muchas de las críticas que la ponente hace a posiciones que se empeñan en buscar fundamentaciones un tanto anómalas (como el mismo pensamiento de la acumulación) cuando, al menos en los casos mencionados en la ponencia, se podrían explicar como supuestos no ya de peligro, sino de lesión del bien jurídico. Le parece brillante esta idea que él defiende indirectamente en sus *Lecciones de Derecho Penal* cuando dice que cualquier bien jurídico puede ser destruido o menoscabado.

Hace también una aclaración sobre el concepto de autoría yuxtapuesta que utiliza la ponente siguiendo a autores como el Prof. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO o él mismo, puesto que ella no pudo explicar por qué utiliza esa terminología no habitual. Autoría yuxtapuesta es la traducción más correcta para la expresión alemana *Nebentäterschaft*, casi siempre traducida como autoría accesoria; pero la dominante es una malísima traducción porque autor accesorio es el que está junto a un autor principal, mientras que en la *Nebentäterschaft* lo que hay son dos autores yuxtapuestos o paralelos (o, como dicen algunos autores latinoamericanos, concomitantes), sin que haya un *Haupttäter*

(autor principal) y un *Nebentäter* (autor secundario o accesorio). No obstante, sí es correcto entender *Nebenstrafrecht* como Derecho penal accesorio porque se trata del Derecho penal secundario que está junto al Derecho penal nuclear o principal.

Para finalizar, sin esperar respuesta de la ponente dado que, en verdad, no ha formulado ninguna pregunta, se despide agradeciendo, en su calidad de director del seminario, el contar un año más con su queridísimo y admirado amigo y compañero (de casi medio siglo de andadura común), ahora moderador del debate, así como el reconocimiento a su amistad fraternal e inquebrantable que este le brindó en la presentación.

El moderador agradece sus palabras y levanta la sesión.

* * * * * *

Prof. Dr. Alfredo Alpaca Pérez

Investigador de Derecho Penal, Univ. de León. Socio de la FICP.

~Prevención y retribución en la justificación de la pena estatal (resumen)~

La ponencia abordó el complejo y debatido tema de la justificación de la pena estatal. Para este estudio, se hizo referencia tanto a la teoría de la norma como a la teoría de la pena.

En cuanto a la teoría de la norma, se ha señalado que esta alude esencialmente a la existencia de una norma primaria (dirigida al ciudadano) y una norma secundaria (dirigida al juez), siendo ambas, desde el punto de vista del respectivo destinatario, un mensaje prescriptivo que impone un deber (de hacer o de abstenerse, en el caso del ciudadano; y de juzgar, en el caso del juez).

Por su parte, la teoría de la pena tendría dos dimensiones: la conminación penal y la imposición de la pena, las que tienen en común con la norma primaria el hecho de representar una limitación (progresiva) de la libertad de acción del ciudadano. En cuanto a la teoría de la pena correcta, esta debe centrarse en la dimensión de la imposición de la pena, la que, además, ha de justificarse no solo frente al individuo (pues se debe justificar frente a él el mal que se impone), sino también frente a la sociedad (la que ha de visualizar y comprender al individuo sobre quien recae una pena concreta como un merecidamente castigado). La teoría de la pena que en última instancia se defiende, por tanto, es una de carácter retributivo, que además ha de sostenerse no sobre una ética deontológica (pues no existe deber del Estado a imponer penas), sino sobre una ética consecuencialista (la pena que se impone deber ser una pena justa: no excesiva ni tampoco benigna).

* * * * * *

Juan Carlos Cantillo Arcón

Investigador Contratado Predoctoral, Univ. de León, España.

~Relación sobre el debate de la ponencia "Prevención y retribución en la justificación de la pena estatal", del Prof. Dr. Alpaca Pérez~

Ponente: Alfredo Alpaca Pérez, investigador Predoctoral Univ. De león, España. Egresado de la pontificia Univ. Católica del Perú. Socio FICP.

Moderadora: Prof. Dra. d. ª María Ángeles Rueda Martín, catedrática de d. penal. Univ. De Zaragoza. Socia de la FICP.

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo (Univ. de León), Javier de Vicente Remesal (Univ. de Vigo), Octavio García (Univ. de Málaga), Diego-Manuel Luzón Peña (Univ. de Alcalá), Gonzalo Basso (UAM).

La moderadora, Profesora **María Ángeles RUEDA,** felicita al ponente por la brillante exposición y procede a dar la palabra al público para iniciar el debate.

El primer interviniente es el Profesor **Miguel DÍAZ**, quien en primer lugar felicita al Profesor **Alfredo ALPACA** por el esfuerzo realizado. Inicia el coloquio el profesor, haciendo mención del interés del expositor de fundamentar la retribución en un sentido consecuencialista y garantista, lo que, no difiere en mayor medida de la retribución como límite. También sostiene que el ponente descarta demasiado pronto la idea de prevención general negativa o de intimidación, con fundamento en lo incomprobable de la misma, considerando el profesor **DÍAZ,** como argumento en contra, que sería también incomprobable la pena justa, con el riesgo de que fuese entendida como la sentida como justa. También cuestiona la imposibilidad de "tocar" o afectar la pena justa cuando consideraciones de prevención especial la hagan innecesarias, para al final reiterar las felicitaciones por el trabajo realizado. El ponente Profesor **Alfredo ALPACA** contesta a los cuestionamientos del profesor, señalando que, así como se asegura que la retribución es una cuestión de fe, también lo es la prevención general de intimidación, pues no es comprobable. Reitera el ponente y además se reafirma en que las finalidades preventivas se pueden concretar de mejor manera con la propuesta normativa que propone. Refuerza su tesis de que la conminación penal no es parte integrante de la norma como mensaje prescriptivo, a diferencia de cómo lo ven quienes defienden la prevención general negativa. Con respecto a la pregunta sobre la pena justa, el expositor cree que tiene que ver con el tema de la proporcionalidad, que tendría lugar en un momento posterior al inicial de brindar legitimidad de la pena. Sobre la prevención

especial alude a que su teoría no se enfoca en la ejecución de la pena, la cual obedece más a postulados orientadores de la pena y razones constitucionales, y que además por sí sola no podría fundamentar la pena, sumando como argumento a favor de su postura que tanto la prevención especial como la general son difíciles de limitar.

A continuación, interviene el Profesor **Javier DE VICENTE REMESAL** quien comienza diciendo que coincide con el Profesor **Miguel DÍAZ** en gran medida, puesto que considera que el ponente realmente ha planteado mucho más que ideas elementales, por lo cual le felicita. El profesor pregunta frente a las categorías de merecimiento y necesidad, si la primera se ajusta solo al sujeto y la segunda solo a la sociedad. A lo cual el Profesor **Alfredo ALPACA** responde que, en la primera categoría, hasta donde ha desarrollado su planteamiento, el merecimiento está estrechamente vinculado a la legitimación frente al individuo y los criterios de necesidad tienen que hacer relación a otras consideraciones psicológicas y sociales, permitiendo que con la unión de ambas se permita hablar de una pena justa.

Seguidamente la moderadora le da la palabra al Profesor **Octavio GARCÍA** quien empieza diciendo que comparte lo dicho por el Profesor **Javier DE VICENTE** con respecto a la afirmación de que lo contenido en la ponencia no se refiere a ideas elementales y básicas. En segundo lugar, con relación al carácter retrospectivo de la imposición de la pena que plantea el ponente, sostiene el Profesor **GARCÍA** que no lo ve en **FEUERBACH**. por otra parte coincide con el expositor en que el momento de la conminación no tiene por qué ir en la norma, y además señala que el problema de la teoría de la coacción psicológica es como podría ser conectada con un Estado democrático de Derecho, a diferencia de lo que ocurría en el estado de **FEUERBACH** en el que los ciudadanos no podían votar sus normas, sino que estas eran impuestas y por ende sujetas a amenaza por parte del estado, y en tal sentido no tendríamos que tomar ese momento de la conminación en la creación de la norma. Y en cuanto a la retribución desde una ética consecuencialista, el Profesor **GARCÍA** señala que le cuesta trabajo entender tal teoría desde dicha ética puesto que sería "otra cosa" y entiende más bien que es un tema de etiquetas que no merece mayor esfuerzo. En relación a que la culpabilidad es un límite de la prevención, sostiene que los fines de la pena no son lo único relevante y que, partiendo de que el fin no justifica los medios y que se requiere un juicio de valor, la privación de un derecho fundamental se debe justificar ante el individuo que la sufre, y si es eso es retribución, que no lo ve así el Profesor **GARCÍA,**

debe respetarse. Termina el profesor felicitando al ponente por haberse atrevido a plantear estas ideas que merecen el debate. El Profesor **Alfredo ALPACA** responde a lo anterior empezando por manifestar su acuerdo con lo referido a **FEUERBACH.** Y con respecto a la teoría de la retribución desde una ética consecuencialista, señala que esta idea no es nada nueva y podía verse en autores de inicios del siglo XX como **BINDING** entre otros ejemplos citados por el ponente, sin embargo, se ha vinculado únicamente a dos gigantes como **KANT** y **HEGEL,** y no se ha desarrollado el retribucionismo correctamente, al no tomar en cuenta otros autores que no desconocen efectos socio psicológicos en el marco de la pena. Incluso **BELING** en 1903 expuso que "en este momento no hay nadie que no sea preventivista". Parece entonces que la distinción entre teorías absolutas y relativas es una ilusión. Reitera el expositor su agradecimiento por los comentarios recibidos de parte del profesor **Octavio GARCÍA** y el compromiso de seguir trabajando tales ideas.

La Profesora **María Ángeles RUEDA** le da la palabra al profesor **LUZÓN PEÑA**, quien parte de manifestar su interés en reafirmarse en posturas que ha estado defendiendo y cita en tal sentido su publicación "Medición de la pena y sustitutivos penales" de 1979, como también en su visión actual más ecléctica en la cual ya no se considera sólo preventivista y acepta un sentido de justicia en la pena, aunque no siendo esto último lo principal, y sí lo preventivo general. Inclusive, que puede haber penas (no medidas de seguridad) sin efectividad en lo preventivo especial. Con respecto al sentido de justicia retributiva, partiendo de que hoy en día nadie niega dicho sentido y que se castiga porque se ha cometido un ilícito y que esto corresponde con la norma primaria, ya que en ella existe una norma de valoración (ilícito), y una norma de determinación en el sentido de **MEZGER,** diferente a la posición de **MIR** en cuanto a que la valoración es previa y no norma; concluye que en cualquier caso está claro que hay valoración y por eso hay prohibiciones y mandatos. Por otra parte, entiende el profesor que el expositor considera que la prevención se deriva de la norma secundaria, a partir de que la consecuencia de la infracción de la norma por parte del individuo es que el juez le imponga a él una pena, pero desde la postura del Profesor **LUZÓN PEÑA** este mensaje al juez no sería el principal, sino el que se da al ciudadano para que no mate, no robe, etc., porque si lo hace no solo está mal y tiene castigo justo, sino que habrá consecuencias. Además, en un Estado que surge del pacto social como se refleja en la Constitución Española, con la libertad como pilar fundamental, establecido en primer orden por

encima de la justicia y la igualdad, es claro que la primera función de la pena es la prevención y no la de justicia. Inclusive la forma de redacción de las leyes penales no es la de los diez mandamientos, es decir, por ejemplo "no mataras" sino "el que matare será castigado…" y entonces, en lo que pensamos los ciudadanos primariamente es en lo que **FEUERBACH** llamó la "coacción psicológica", es decir la prevención general de intimidación o disuasión y no "negativa" como, a juicio del profesor, se le ha querido llamar. Frente a la comprobabilidad de la prevención general de intimidación, sostiene que es lo más empíricamente demostrable y está en la conminación penal que no está primariamente dirigida al juez, como sí lo está la norma secundaria. Cuestiona la indefinición de la prevención general positiva, integradora, estabilizadora, etc., que por tal no se sabe bien que es lo que es, ya que además son "veinte mil" fines los que se aluden en la prevención general positiva cuando lo primordial y lo que observamos todos desde **FEUERBACH** que es la finalidad de disuasión de la norma mediante amenaza. Reitera el Profesor **LUZÓN** la efectiva demostrabilidad de la prevención general negativa argumentando en primer lugar la existencia de la conminación penal en el Código Penal, y además que la inmensa mayoría de los ciudadanos que no delinquen no lo hacen solo por convicción, sino también por miedo a las sanciones, y en mayor medida las penales. En ese sentido, se referencia lo dicho por **Santiago MIR** sobre la demostración negativa empírica de la eficacia de la prevención general de intimación, por la cual basta pensar en los casos en que por un cierto tiempo no funciona la justicia penal, la policía, etc., o en que se "relaja" una prohibición y esta se vuelve simbólica, se dispara la cifra de la delincuencia en ese punto, y por ende tiene efectos empíricamente comprobables. En segundo lugar, expone el argumento de que la "no demostrabilidad empírica" es mucho más difícil de plantear en las demás teorías de la pena; por ejemplo, saber en la retribución "cuánto" es justa una pena, o en la prevención especial "en cuánto" se resocializa con esta. Entonces lo que debe mirarse es si la protección de la pena tiene plausibilidad empírica, y la respuesta es sí. Se refiere al final al argumento en contra de la teoría de la prevención general de disuasión, según el cual esta propende al terror. Frente a esto señala que propende realmente al terror una teoría ilimitada de la prevención general positiva, y que en mejor medida deben limitarse tanto la positiva como la negativa una a la otra, no solo por medio de límites inmanentes sino límites externos derivados de límites constitucionales y de la propia lógica de un ordenamiento jurídico en el marco de un Estado de Derecho para las libertades. Recuerda el maestro que en el Proyecto Alternativo alemán del 1966 los liberales de izquierda, así como

ROXIN definían la pena como algo amargamente necesario para que las prohibiciones tengan eficacia, no para resocializar ni para los otros fines o teorías de la pena. De esta necesidad se derivan millones de límites a la prevención general para evitar ese "terror" así como a las demás teorías y así estas no se exceden. Por esto, lo que hace falta son límites, algunos inmanentes, pero más aún los externos, para evitar penas desproporcionadas, salvajes, crueles, inhumanas etc.

Con lo anterior finaliza el Profesor **LUZÓN PEÑA** su intervención y tiene la palabra el ponente para responder. Inicia con el tema de si la intimidación es la que lleva o no a cometer delitos, para lo cual pone en cuestionamiento el modelo de hombre, un hombre racional que tenga en cuenta los costos y beneficios por razones de utilidad el cometer o no el delito. El Profesor **ALPACA** cree que "nosotros" ciudadanos no cometemos delitos no principalmente debido al miedo a una pena sino debido a ciertos intereses que compartimos y por ende cree en un hombre que actúa más en una racionalidad valorativa que por utilidad. En tal sentido no considera que deba ir primero la finalidad de intimidación. En ese instante interviene el Profesor **LUZÓN** para aclarar que él no defiende un modelo único, y que si bien antes rechazaba la prevención general llamada positiva, hoy en día la defiende como prevención general de convicción social para luego ser reforzada con el temor de la intimidación de la otra prevención general, con la cual se complementa. Y también recuerda que no es cierto que el único límite a la retribución o a la prevención es la culpabilidad, sino que están y en primer momento los límites en el propio injusto y luego en la culpabilidad, excepto que se trate como responsabilidad en sentido de **ROXIN**.

Interviene ahora el Profesor **Miguel DÍAZ** para apoyar lo dicho por el Profesor **LUZÓN** y muestra como ejemplo en el tráfico vial la obtención de buenos resultados debido a las dos cosas: la educación y el temor a la sanción. Reafirma entonces que no es lo único, la intimidación, ni que sea primaria, sino que no se puede desechar tan rápidamente, así como tampoco se debe confundir el deseo con la realidad. Reitera al final que no observa mucha diferencia entre la postura del ponente y la consistente en utilizar la retribución como límite, y recomienda explicar un poco mejor porque "deja un poco de lado" la prevención general.

Al respecto, el Profesor **ALPACA** señala que en su tesis no desconoce el papel de la conminación penal, pero considera que la norma primaria conlleva un mensaje prescriptivo de lo que el ciudadano debe hacer en ese proceso decisorio en el que la

norma solo puede motivarlo. Cree además que la conminación penal se presenta en un momento posterior como un tema de prudencia, un poco en el sentido de **GRECO,** diferenciándose de este en que esto se encuentre en primer lugar y sea un tema de moralidad, con lo cual concuerda expresamente el profesor **LUZÓN** afirmando que no es un tema de moralidad sino jurídico.

Se le concede ahora el uso de la palabra al Profesor **Gonzalo BASSO** quien inicia felicitando al Profesor **ALPACA** por su ponencia para luego plantear, sobre el tema de la metafísica de la prevención, que es verdad que existe un consenso y que es bastante comprobable, en que si hay impunidad la norma pierde posibilidades de orientación hacía la ciudadanía y otro consenso es que la retribución fija un límite máximo así existan otros límites como señala el Profesor **LUZÓN**, pero dicha consideración de la retribución como límite máximo ha mantenido su vigencia. Pero también es útil para establecer mayor castigo para los hechos más graves como menor castigo en los más leves, como se entiende en **Andrew VON HIRSCH** al exponer la proporcionalidad ordinal.

Dicho lo anterior, el profesor BASSO realiza dos preguntas; ¿tiene tanto sentido la nomenclatura de retribución entendida en sentido consecuencialista cuanto su justificación se basa en razones de prevención por debajo de la pena merecida máxima? Y sobre la función del juez, ¿En qué consiste la reconstrucción por parte del juez? o ¿Cuál es la relación entre la norma primaria de conducta y la norma secundaria de sanción? Y lo pregunta, en consideración de un planteamiento del Profesor **BASSO** en el que entiende que la labor del juez es la reinterpretación de la norma primaria para saber cuándo sancionamos y cuando un hecho encaja en la norma de conducta, incluyendo los supuestos en los que por insignificancia el juez debe reconstruir la norma primaria dejando por fuera elementos que no tendría que dejar fuera si la pena de la norma de sanción fuera más alta.

El Profesor **ALPACA** agradeciendo la pregunta y ofreciendo un reconocimiento en quien la formula como una persona que ha trabajado estos temas, contesta señalando que se refiere a reconstrucción en el sentido de establecer si existe o no un delito. Frente a la otra pregunta afirma el ponente que se centró en la concepción consecuencialista porque esta hace énfasis en la justificación de merecimiento de la pena ante el individuo y no cómo la prevención general que justifica primero ante la sociedad y no explica al individuo porque esos efectos psicosociales los tiene que asumir. Por ende esta

perspectiva afecta lo que en su concepto, debe afectar primero; una pena justa y luego su necesidad.

La Profesora **RUEDA** agradece al público por su participación en el coloquio y da por cerrado el mismo.

* * * * * *

Enrique Luzón Campos

Asociado senior en Gómez-Acebo & Pombo (Abogados), Madrid. Master en Derecho y Empresa. Prof. D. Penal Master Abogacía Univ. Autónoma de Madrid.
Socio y anterior secretario de la FICP.

~Consideraciones a la traslación de responsabilidad penal de personas jurídicas en casos de absorción~

I. No hace mucho, ha causado sorpresa la noticia acerca de la decisión del Juzgado Central de Instrucción n.º 4 de la Audiencia Nacional de dirigir el procedimiento penal en la llamada causa del Banco Popular, contra el Banco Santander en su condición de entidad que absorbió por fusión al Banco Popular.

Más allá de que el banco ya anunciado la intención de impugnar tal decisión a través de sus letrados, por lo que la misma deberá ser revisada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y que la noticia ha generado cierta estupefacción en algunos sectores, lo cierto es que en el entorno de la doctrina y práctica jurídico-penal se viene advirtiendo desde hace años del riesgo asociado a la traslación de responsabilidades penales como consecuencia de las compras o fusiones de entidades mercantiles.

Lo novedoso de la situación procesal es que el Banco Santander se ve llamado a un procedimiento penal, no solamente como potencial responsable civil —que ya lo era—, sino como investigado por hechos en los que la entidad no tuvo absolutamente nada que ver. Lo cual, evidentemente, genera un problema jurídico y puede causar extrañeza, dado que en nuestro sistema jurídico-penal siempre ha regido el principio de responsabilidad personal o por los actos propios, que impide o proscribe que a nadie le pueda ser atribuida responsabilidad penal (distinto es el caso de la civil) por actos completamente ajenos o en los que no ha tenido intervención activa u omisiva.

La raíz del problema que ha surgido se encuentra en la interpretación del contenido del artículo 130.2 del CP, que dispone:

> *«La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.»*

Así, por tanto, la literalidad de la ley indica, tal como ha interpretado el Magistrado del Juzgado Central de Instrucción n.º 4, que la responsabilidad penal de una persona jurídica en caso de fusión se traslada automáticamente a la entidad en que quede fusionada o absorbida. Desde este punto de vista, la interpretación del precepto plasmada en la decisión del Juez puede considerarse conforme a Derecho. Ahora bien, que una interpretación de la norma pueda resultar razonable conforme al texto de la ley, no significa necesariamente que sea la más adecuada desde la perspectiva de los fines constitucionalmente válidos del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado e, incluso, desde un punto de vista de justicia material. Y no está de más recordar a este respecto, que el artículo 1 de la Constitución Española proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico «la justicia».

II. Para que se comprenda de forma simple la cuestión de política criminal o de fondo subyacente debe tenerse en cuenta lo siguiente:

El apartado 2 del citado art. 130 CP parece pensado para evitar determinadas *lagunas de impunidad* que no serían deseables en el régimen de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos que cometen sus administradores o empleados en el ámbito de su actividad (en el mismo artículo, siguiente párrafo, se habla de la ineficacia de las disoluciones meramente aparentes o fraudulentas de sociedades hechas para evitar la responsabilidad penal). Tal finalidad, evitar que queden sin ningún tipo de sanción penal situaciones delictivas por el hecho de que se produzca un cambio en la vida jurídica de una sociedad mercantil puede, en efecto, resultar legítima y lógica desde la perspectiva de los fines del Derecho Penal en algunos casos.

Por ejemplo: Imaginemos una empresa de 3 o 4 socios que son, además, los administradores, que consigue numerosos contratos con Ayuntamientos a través del pago sistemático de sobornos. Dicha empresa alcanza un determinado valor en el mercado (50 Millones) por su volumen de negocio y en ese momento una segunda empresa más grande (valorada en 100 Millones) entra en negociaciones con los accionistas y gestores de la primera, alcanzan un acuerdo y se produce una fusión por la que la primera sociedad «delincuente» se ve absorbida y se integra en la segunda sociedad. Como consecuencia del acuerdo de fusión, los administradores de la primera se integran en el nuevo consejo de administración, reciben acciones proporcionalmente al acuerdo alcanzado, reciben dividendos, ejercen sus derechos políticos, etc… y la

sociedad resultante de la fusión, como es obvio, sigue explotando los contratos conseguidos ilícitamente y obteniendo beneficios de los mismos. Incluso, la experiencia obtenida a través de dichos contratos, permite a la empresa obtener mejores puntuaciones en nuevos concursos de contratación pública.

En una situación así —dada la fundamentación y finalidad punitiva de la responsabilidad penal de personas jurídicas— sí resulta razonable que la responsabilidad penal (además de a los administradores anteriores a título individual) se traslade en cierta proporción a la sociedad resultado de la absorción, que ha integrado en su personalidad jurídica a la «sociedad delincuente" y a sus socios y administradores, sociedad que se ha visto directamente beneficiada en su volumen, posición de mercado y cuenta de resultados por los contratos obtenidos irregularmente por la "empresa delincuente" que, podríamos decir, supone o constituye una tercera parte de su persona.

En un caso como el descrito, resulta muy difícil separar la parte del todo (de la personalidad jurídica de la empresa), y parece razonable el reproche de la sanción penal a la persona jurídica por los cohechos cometidos antes de la fusión, pues de lo contrario se generaría una situación de impunidad. En este supuesto la imposición de una pena (que puede ser moderada, como veremos seguidamente) cumpliría con los principios y finalidades generales: retributivas —castigar al culpable—, de prevención general —lanzar el mensaje a la sociedad de que comportamientos así conllevan una sanción penal— e incluso de prevención especial —hacia la propia empresa, que es previsible que a futuro modifique sustancialmente su comportamiento y composición del órgano de gobierno expulsando a los administradores autores de los cohechos—.

III. Por el contrario, existirán casos, como —aparentemente— el del Banco Santander, en los que claramente y *a priori* se aprecie una absoluta desconexión entre el comportamiento de la empresa que resulta como consecuencia de una fusión por absorción y de los administradores de ésta, y el delito cometido en la fase previa a la fusión. Casos en los que los anteriores administradores se desvinculan totalmente, cambia por completo la estructura y sistema de toma de decisiones imponiéndose la estructura de la adquirente, se adoptan medidas y programas de cumplimiento normativo y prevención de delitos que ya tenía la sociedad absorbente, e incluso, como en el caso del Banco Santander, la compra o fusión se produce tras la intervención de la entidad en la que se habrían producido los posibles delitos que se investigan, a través de

un procedimiento coordinado y tutelado por los poderes públicos con la finalidad de evitar un problema sistémico.

En dichos casos cabe preguntarse si, por más que se haya optado por realizar la operación a través de una de las figuras jurídicas descritas en el art. 130.2 CP, tiene sentido jurídico la traslación de la responsabilidad penal prevista por el Código.

En casos así, difícilmente puede sostenerse que concurra un fin constitucional y legítimo para realizar un reproche penal e imponer una pena en atención a las siguientes circunstancias:

1. No existe necesidad de prevención especial: por mucho que la personalidad jurídica haya sido formalmente absorbida, lo cierto es que la nueva empresa no es la anterior, no tiene una cultura de perpetración de delitos, sus administradores nada tienen que ver con los anteriores, e incluso pueden tener un programa de prevención de delitos eficaz que ya se ha extendido e implementado a los empleados y departamentos procedentes de la otra empresa.

2. Tampoco hay necesidad de prevención general, pues no parece que haya mensaje preventivo alguno que mandar a la sociedad en su conjunto, pues de casos como los descritos, si se impone una pena, lo único que se puede interpretar es que si se tiene la mala suerte de comprar o absorber una empresa cuyos administradores —que ya no tienen nada que ver con la empresa— delinquieron, te pueden condenar.

3. ¿A quién se retribuye, se pena, por el delito? ¿A la sociedad «delincuente», que en puridad ya no existe? ¿O más bien se está cargando con una culpabilidad penal a un tercero ajeno al delito —la sociedad adquirente—, por los actos de otros?

IV. Es cierto, por otra parte, que el Código Penal prevé que el Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena (es importante resaltarlo: el texto legal habla de la pena, no de la responsabilidad) en función de la proporción que la persona jurídica responsable originariamente, guarde con la persona jurídica finalmente condenada.

Y decimos condenada, porque al hablar de "pena" podría interpretarse que el legislador ha optado por un sistema por el cual la responsabilidad penal se traslada íntegramente, si bien, los efectos o consecuencias jurídicas de tal responsabilidad pueden atemperarse o eliminarse en la sentencia.

De esta forma, al especificar el 130.1 CP que lo que se podrá moderar es la pena, una interpretación estricta *llevaría a afirmar que la persona jurídica tiene que afrontar todo el procedimiento penal*: ser investigada en la fase de instrucción, procesada, juzgada y condenada o sentenciada y en ese momento, en la sentencia, el Tribunal podrá establecer que, a pesar de tener que condenar a la persona jurídica que absorbió o se fusionó, le impone una pena menor, o ninguna pena, por considerar que tiene menor o ninguna proporción en la persona jurídica originalmente responsable.

A nadie se le escapará que el problema de esta interpretación o posible vía de atemperación de las consecuencias punitivas del proceso penal presenta varios defectos:

1. El primero, es que no evita los claros y evidentes perjuicios derivados de tener que soportar la condición de investigada, procesada y condenada antes de llegar al momento en que quepa la atenuación de pena prevista por el Código.

El daño reputacional que se puede causar a una entidad por el simple hecho de estar investigada es enorme (en entidades cotizadas podría afectar directamente a su valoración en el mercado). O piénsese en casos menos conocidos para la opinión pública que el caso del Banco Santander —en el que el público en general o el mercado puede tener una razonable idea de la completa falta de intervención del banco en los hechos presuntamente ilícitos que se investigan—. Habrá casos de personas jurídicas que puedan verse en una situación parecida, sin posibilidad de aclarar frente al mercado o la opinión pública que, en realidad, «no son ellos" los autores de los hechos, sino que afrontan un problema derivado de una empresa que compraron. No es exagerado argumentar que algunas empresas correrían el riesgo de desaparecer por pérdida de negocio antes de que llegue el momento de que se dicte sentencia por el Tribunal que corresponda.

2. No prevé de forma expresa una vía reglada de exclusión del traslado de la responsabilidad penal para que la persona jurídica pueda probar su absoluta falta de conexión con los hechos y, por tanto, verse exonerada de responsabilidad penal desde una fase temprana del procedimiento, sin necesidad de padecer la totalidad del proceso penal —que puede durar años— o sin verse forzada a probar en juicio su nula o casi irrelevante proporción con la empresa originalmente responsable.

3. No modera ni prevé las consecuencias legales indirectas de una condena penal, aunque sea a una pena ínfima o simbólica. En este sentido, resultan especialmente

alarmantes las consecuencias que el legislador parece no haber medido correctamente de la aplicación del art. 71 de la Ley de Contratos del Sector público, que prevé la prohibición de contratar con la Administración Pública para cualquier empresa que haya sido condenada penalmente por una serie de delitos, entre los que destacan los delitos de corrupción, blanqueo, o contra la Hacienda Pública.

Para ilustrar el tipo de situación desproporcionada y materialmente injusta que se puede producir, damos un nuevo ejemplo: Una gran multinacional dedicada a la obra pública decide comprar una pequeña constructora española muy especializada en cierta actividad y se opta por absorberla integrando empleados y medios técnicos. Sin embargo, los anteriores dueños y administradores perciben un precio por la venta y se desvinculan por completo de la empresa. Resulta que un tiempo después, se inicia una investigación penal contra la empresa pequeña, que representa menos de un 0,05% de la multinacional, porque los anteriores administradores defraudaron en el impuesto de sociedades unos años antes. En este supuesto, ¿tiene sentido jurídico, o es mínimamente proporcional que la empresa compradora sea condenada, aunque sea a una pena simbólica, y, por tanto, incurra en causa de prohibición para contratar con el Sector Público español? Una interpretación literal o estricta del art. 130.2 CP llevaría a esa consecuencia, que no es razonable, de forma casi inevitable.

V. Por todo ello, en primer lugar, resultaría *necesario un cambio legislativo* para introducir en el Código Penal una nueva redacción del artículo 130.2 que prevea de forma expresa la posibilidad de evitar la traslación de responsabilidad penal en casos de fusión o compra, cuando las circunstancias evidencien la falta de justificación de tal traslación atendidos elementos como: (i) la completa falta de conexión o identidad entre los administradores de las entidades antes y después de la fusión o compra; (ii) el cambio de la estructura de control o toma de decisiones; (iii) la implementación de sistemas de *Compliance* o de prevención de delitos que, como se ha apuntado, pudieran ya existir con carácter previo en la sociedad adquirente o absorbente ajena a la comisión de los delitos; (iv) cuando pueda advertirse que la proporción que guarda la sociedad resultante con la empresa «delincuente» haga que la imposición de cualquier reproche penal resulte innecesario o desproporcionado.

VI. Pero con independencia de dicha reforma legislativa que sería deseable, **existen ya posibilidades de interpretación** del contenido **del art. 130.2 CP que**

permitirían la exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica y ello, además, sin necesidad de tener que llegar al momento de dictado de sentencia.

Sintéticamente, existen las siguientes vías interpretativas:

1. Una interpretación sistemática del art. 130.2 CP conforme a los principios generales del Derecho Penal permitiría excluir la traslación de la responsabilidad penal a la persona jurídica, especialmente, una interpretación integradora que tenga en cuenta el *principio de responsabilidad subjetiva* –que un sector sigue llamando principio de culpabilidad– plasmado en el art. 5 CP, que establece que «*no hay pena sin dolo o imprudencia*». La interpretación conforme a estos principios generales resulta imperativa para los Tribunales, tal como ha declarado la Sala Segunda del Tribunal Supremo al manifestar que «*cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal"* (STS 154/2016 de 29-2).

El principio de principio de responsabilidad subjetiva, básico en cualquier sistema jurídico-penal garantista y democrático, supone que incluso en aquellos casos en los que, aparentemente, se dan los elementos objetivos que describe el tipo penal, el ordenamiento jurídico no los sanciona ni castiga si no se aprecia un componente subjetivo de injusto (imprudencia o culpa) en el sujeto que realiza la conducta que puede tener encaje en el tipo penal.

Dejando completamente a un lado cuestiones dogmáticas acerca de la ubicación del elemento subjetivo en la teoría general del delito, y a pesar de las peculiaridades y dificultades de encajar en dicha teoría general la figura de la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo cierto es que los principios de principio de responsabilidad subjetiva y de responsabilidad personal o por los actos propios continúan plenamente vigentes en nuestro ordenamiento, no encontrando motivo jurídico o político-criminal alguno que justifique su no aplicación a la persona jurídica, de tal forma, que si en determinados casos, como se ha explicado más arriba, se dan circunstancias que evidencian la completa falta de culpa o intervención por parte de la persona jurídica o de sus administradores en los hechos potencialmente ilícitos realizados con carácter previo a la fusión o compra, puede excluirse la traslación de la responsabilidad penal por falta de culpa.

Todo ello reforzado, además, por la interpretación ya explicada acerca de que en esos supuestos la imposición de un reproche penal a través de una condena o de una pena (por muy escasa que pudiera ser) resulta contraria a los principios constitucionales y legítimos en relación con los fines de la imposición de penas.

2. Desde un punto de vista procesal la interpretación propuesta permitiría declarar la *ausencia de responsabilidad penal ya en fase de instrucción del procedimiento* sin necesidad de esperar a la sentencia, ya que la jurisprudencia, incluida la del Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha cambiado la tradicional interpretación acerca de que la valoración sobre la concurrencia o no del elemento subjetivo estaba reservada para la fase de juicio oral —y, por tanto, vedada su valoración por el órgano de instrucción—. La jurisprudencia (entre otras STS 474/2013, de 24-5 o 785/2014, de 25-11) ha declarado que el elemento subjetivo del delito tiene una naturaleza fáctica, lo que, entre otras consecuencias, ha llevado a admitir —siquiera sea de una forma restrictiva— la posibilidad de su valoración por el Juez de Instrucción y, por tanto, se admite la posibilidad de acordar el sobreseimiento y archivo de un proceso penal contra una persona sin necesidad de celebrar juicio, cuando ya en la fase de instrucción pueda apreciarse de forma absolutamente clara la no concurrencia de dolo (o imprudencia en los delitos que expresamente la prevén) en la conducta del sujeto.

Nótese, como argumento adicional, que el art. 5 CP habla de "pena" (*no hay pena sin dolo o imprudencia*), al igual que el art. 130.2 CP establece que «*El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena*». Pues bien, el término empleado coincide y con la mencionada jurisprudencia sobre el carácter fáctico del elemento subjetivo del delito ya no puede sostenerse que el art. 5 equivalga a un mandato de que, en todo caso, se investigue, procese y juzgue a la persona para en sentencia excluir la imposición de una pena. Al contrario, como se ha dicho, existe una consolidada doctrina jurisprudencial que permite sostener que en aquellos casos en los que aparezca meridianamente clara la ausencia del elemento subjetivo, el procedimiento penal deberá ser finalizado sin necesidad de continuar con la tramitación de ulteriores fases procesales, por lo que extendiendo dicha interpretación a la expresión «moderar la pena» del art. 130.2 CP, puede concluirse que, igualmente, cuando de forma clara pueda excluirse la culpa de una persona jurídica ya en fase de instrucción, podrá acordarse la no procedencia de trasladar la responsabilidad penal a la misma sin necesidad de esperar a la sentencia.

3. Por fin, merece una especial mención el *régimen de exención de responsabilidad penal* de la persona jurídica establecida en el art. 31 bis.2 CP a través de la implantación y ejecución de modelos de organización y gestión que prevengan la comisión de delitos —los comúnmente denominados programas de cumplimiento o *Compliance programmes*—.

La Ley ha establecido una fórmula de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de la implementación de estos modelos organizativos, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene reconociendo como fundamentales en la creación de una cultura de cumplimiento en la persona jurídica que permite excluir su responsabilidad penal, incluso en casos en los que se produzcan delitos en su seno. Se trata, por tanto, de sancionar penalmente a aquellas empresas que por falta de control o supervisión crean una cultura o ambiente que puede favorecer, o no impedir adecuadamente, la comisión de delitos, reconociendo el Tribunal Supremo que, por el contrario, no procede sancionar penalmente a aquellas empresas que crean una verdadera y eficaz cultura de cumplimiento en su seno.

En este sentido, el Tribunal Supremo considera que resulta necesario que los órganos jurisdiccionales realicen un «*análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran.*" (STS 154/2016, de 29-2). De tal manera que en aquellos casos en los que se acredita la existencia de esa cultura de respeto al Derecho —entre otros elementos, a través de estos modelos de organización— procede reconocer la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Trasladando estas consideraciones al concreto ámbito de las fusiones o compras, en casos como el del Banco Popular / Banco Santander, lo que debería valorar o analizar el Juez o Tribunal penal para decidir si procede atribuir responsabilidad penal o excluirla conforme a la existencia o no de esa "cultura de respeto al Derecho" a la que alude la Sala Segunda del Tribunal Supremo, es el modelo de organización y prevención de delitos, así como el estado real de dicha "cultura de respeto al Derecho" en la empresa resultante tras la compra o la fusión —y no en la empresa en la que se cometieron los hechos ilícitos—. Ya que si sucede que la empresa en cuyo seno se cometieron los delitos, se ha integrado en una nueva estructura que ha impuesto unos

sistemas adecuados para garantizar el cumplimiento de la legalidad y evitar la comisión de delitos (que, además, en muchos casos ya estarían establecidos antes de la fusión en la sociedad absorbente o adquirente), nuevamente, no parece adecuado, razonable, ni jurídicamente compatible con los principios inspiradores del ordenamiento jurídico-penal, que se prive a la sociedad que tiene establecida una cultura de cumplimiento, respeto al ordenamiento y prevención de delitos, del efecto eximente de sus modelos y programas de *compliance*, por el mero hecho de haber absorbido una empresa en cuyo seno los anteriores administradores no cumplieron o no establecieron dicha cultura de cumplimiento.

En conclusión, reconociendo que se trata de una cuestión jurídica que no resulta sencilla (como viene sucediendo con la mayoría de las cuestiones interpretativas en torno a la aplicación de la teoría general del delito a la responsabilidad penal de personas jurídicas), existen suficientes razones y argumentos jurídicos, que además de hacer recomendable una reforma legislativa como la apuntada, permitirían en este momento, una interpretación por parte de los Tribunales del art. 130.2 CP que evite una traslación «ciega» o automática de la responsabilidad penal en casos de fusiones o adquisiciones de sociedades mercantiles, generando situaciones que, además de poco compatibles con los principios generales de nuestro ordenamiento, resultan manifiestamente injustas.

* * * * * *

Prof. Dr. Virxilio Rodríguez Vázquez

Profesor Titular acred. de Derecho Penal, Univ. de Vigo, España. Socio de la FICP.

~Relación sobre el debate de la ponencia "Prevención y retribución en la justificación de la pena estatal", del Prof. Luzón Campos~

Ponente: Prof. Enrique Luzón Campos. Asociado senior en Gómez-Acebo y Pombo (Abogados). Madrid. Máster en Derecho y Empresa. Prof. Máster Abogacía Univ. Autónoma de Madrid. Coordinador y Socio de la FICP.

Moderador: Prof. Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza. Socio de la FICP.

Intervinientes en el debate: Profesora Marta Pantaleón Díaz (UAM), Profs. Dres. Laura Pozuelo Pérez (UAM), Manuel Cancio Meliá (UAM), Prof. José Manuel García Sobrado (Univ. de Vigo), Profs. Dres. Miguel Ángel Boldova Pasamar (Univ. de Zaragoza), Diego-Manuel Luzón Peña (Univ. de Alcalá).

El moderador, el Prof. Dr. Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR, abre el turno de preguntas dando la palabra a Dña. Marta PANTALEÓN DÍAZ quien, tras felicitar al ponente, comienza poniendo de manifiesto su interés por el tema. Considera de interés la ponencia y aprovecha para dar la enhorabuena por el Auto de la Audiencia Nacional. La pregunta que se hace es si en el momento en el que el Banco Santander tiene las acciones del Popular y se cuestiona la fusión, siendo advertido por su asesoría jurídica sobre el riesgo que concurre de las consecuencias penales que puede conllevar la operación, como abogado ¿le habría aconsejado la fusión o no?

Por otra parte, continúa, considera que el párrafo segundo del art. 130.2 CP tiene sentido. Como en la persona física, la muerte tiene consecuencias de extinción pero no la falsificación de la muerte de aquélla. La pregunta es si fuera de los supuestos fraudulentos tiene sentido ese apartado. En su opinión, el traslado proporcional de la responsabilidad tiene problemas de constitucionalidad porque la fusión es precisamente una mezcla de identidades sin distinción en la nueva entidad. Incluso en los supuestos de extinción se generarían dudas. Intuye –dice- que el párrafo primero es inconstitucional salvo que se pueda reconducir al segundo. La Audiencia Nacional debería elevar – en su opinión- la cuestión de inconstitucional al primer párrafo, eliminándolo finalmente, aunque seguramente esto sería peor para el Banco Santander. Al respecto, realiza la consideración de que la pena de banquillo para las personas jurídicas es especialmente grave. En definitiva, para terminar, manifiesta su alegría por el auto de la Audiencia Nacional pero resulta, desde su punto de vista, insuficiente.

El moderador le da la palabra al Prof. Dr. Enrique LUZÓN CAMPOS. El ponente agradece la intervención y las preguntas de Dña. PANTALEÓN DÍAZ. Respondiendo a la primera pregunta, contesta que como abogado considera que en cuanto se vean posibles problemas, se debe advertir y señalar la necesidad de tenerlo en cuenta por parte de los órganos encargados de la toma de decisiones. En relación con compras de activos, sin embargo, indica que se suele ser más permisivo. Cree que la mayor parte de despachos de los bancos consultados seguramente dijeron que no a la fusión con el Banco Popular, aceptando sólo el Banco Santander. De ahí su opinión, -continúa- de que esta interpretación de la traslación de la responsabilidad penal sea perniciosa y limitante. Respecto a la segunda cuestión, sobre el párrafo primero del art. 130.2 CP, coincide con la con la reflexión realizada por Dña. PANTALEÓN DÍAZ. Ahora bien, considera que es muy difícil hacer que ambos párrafos sean coherentes. Dice que entiende a los partidarios de estos tipos de sanciones penales que defienden la traslación de responsabilidad penal a la nueva persona jurídica que se sigue beneficiando de las actividades ilegales de una de las fusionadas. Sin embargo, indica, aquellas fusiones que se hagan de buena fe, sin fines fraudulentos para eludir precisamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no deberían ser sancionadas conforme al CP. Respecto a la cuestión de inconstitucionalidad se muestra de acuerdo con la reflexión, pero si el Tribunal Supremo diese pautas correctas de interpretación posiblemente, señala, no fuese necesaria esa cuestión. Por último, en relación con el tema de la pena de banquillo, en su opinión, este caso ha roto un mito, porque al Banco Santander la noticia de su imputación no le ha afectado en nada, es decir, siendo una empresa cotizada no se vio afectada en bolsa.

El moderador da la palabra a la Prof. Dra. Laura POZUELO PÉREZ, quien comienza felicitando al ponente por la exposición que, puntualiza, ha sido muy clara. Considera insatisfactoria cualquier solución al caso. La idea principal para dar una respuesta al problema es que depende del tipo de pena que se le atribuya. Así, si es una multa tendría menos problemas que con cualquier otra. Se podría hacer antes de la fusión, y similar a los demás costes de la absorción. En el ámbito penal las sanciones similares a las administrativas no tendrían problema. Sí, continúa, aquellas sanciones que tienen otra naturaleza, como disolución, cierre de actividades o prohibición de contratar con la Administración Pública. En relación con estas, se pregunta si cabría alguna forma de

modificación o transformación en otro tipo de penas. Es decir, para no tener esta sanción, una modalidad alternativa de pena.

El moderador agradece las preguntas y da la palabra al ponente. El Prof. D. LUZÓN CAMPOS agradece, en primer lugar, las preguntas. A continuación indica que, en su opinión, en algunos casos es constitucionalmente aceptable y hay razones políticocriminales para no dejar impunes determinadas conductas de personas jurídicas. Dicho esto, el ponente –contestando a la pregunta- está en desacuerdo con que la aplicación de penas de multa resuelva el problema aquí planteado. Así, en responsabilidad administrativa y responsabilidad civil derivada de delito, deben ser asumidas por la sociedad nueva o absorbente, no hay duda. Pero no así con las penas: consecuencias reputacionales, antecedentes penales, que a su vez tienen otras consecuencias, como perder la licencia bancaria en terceros países. Advierte el ponente que no se trata de una mera sanción económica aunque sea una pena de multa. De modo que, termina, el principio de proporcionalidad debe tener en cuenta todos estos aspectos.

El moderador otorga la palabra al Prof. Dr. Manuel CANCIO MELIÁ. El Prof. Dr. CANCIO MELIÁ, animado por lo que señaló la Prof. Dra. POZUELO PÉREZ, señala que se permite hacer de *advocatus diaboli* para plantear algunas reflexiones. El punto de partida del ponente es considerar que la actual regulación en materia de personas jurídicas es un desastre. Coincide con el ponente en que hay que tratar de arreglar el Derecho positivo en este punto. Completaría, sigue diciendo, la intervención de la Prof. Dra. POZUELO señalando que no se debe tomar como referencia el caso del Banco Santander-Popular. Se muestra crítico con la visión generalizada de que el Banco Santander ha venido a rescatarnos a todos, y así, advierte, hay que tener en cuenta otra visión, y analizar la evolución del Banco Santander desde los años ochenta para obtener la posición en la que se encuentra actualmente. Una segunda cuestión complementaria es que no existe símil a la fusión (de empresas) en la vida de seres humanos. El Prof. Dr. CANCIO indica que la fusión es de dos identidades, de su la red, de sus depósitos, de la posición de mercado de cada uno de ellos y, a la ciudadanía –continúa diciendo- se le ha vendido como favor dicha adquisición bancaria. En consecuencia –advierte el ponente- dichas entidades deben asumir las consecuencias, es decir, debe asumirse la compra de una estructura criminal. En su opinión, es una mezcla de ADN empresariales, por lo que le parece lógico lo que se establece en el art. 130.1 CP. Por el contrario, le parece ilógica la posición de la Audiencia Nacional al respecto, al comenzar a hacer

interpretaciones cuando no es habitual que así se haga y se pregunta si no tiene nada que ver que sea el Banco Santander.

El moderador da la palabra al Prof. D. LUZÓN CAMPOS para que proceda a contestar las preguntas planteadas. El ponente agradece la intervención del Prof. Dr. CANCIO. Comienza contestando que en relación con la reflexión que hace el Prof. Dr. CANCIO sobre la trayectoria del Banco Santander, no se deberían valorar hechos actuales en función de la "vida" de la entidad o de la mayor o menor querencia por una o por otra entidad. Siguiendo con esta línea argumental, indica que ha tomado el caso del Banco Santander, pero se podría pensar en otro caso. Así, indica que se podría tomar como referencia una empresa modélica que adquiere una sociedad, pero los abogados le dicen que técnicamente lo mejor es la fusión y se encuentran con que la absorbida es una empresa con antecedentes penales. En este caso, en opinión del ponente, la empresa que absorbe no tiene por qué asumir las consecuencias penales derivadas de las acciones previas de la absorbida. En opinión del ponente, es necesario ir caso a caso, pero por principio no se puede exigir responsabilidad penal a una empresa por actos que no tienen que ver con ella, que han sido actos del pasado.

El moderador da la palabra al Prof. D. José Manuel GARCÍA SOBRADO, que comienza indicando que coincide con el Prof. Dr. Cancio. El Prof. D. GARCÍA SOBRADO se pregunta si las altas capacidades de las empresas referidas por el ponente no habría que tenerlas en cuenta. En un caso en el que mismo actúa como abogado ante la la Audiencia Provincial de Ourense –relata- ésta le pide a la empresa Bayern que le dé la relación de sustancias de un determinado producto y no se las llega a dar. Estas empresas, dice, conocen cómo funcionan las cosas y tienen medios para saberlo. En su opinión, este auto de la Audiencia Nacional aplica una vez más la doctrina Botín, cuando debería asumir la redacción del art. 130 CP.

El Prof. D. LUZÓN CAMPOS agradece las preguntas y señala que los ejemplos apuntados por el Prof. D. GARCÍA SOBRADO son supuestos de continuidad delictiva por parte de la sociedad mercantil mientras que él se está refiriendo a supuestos en los que no se da tal continuidad.

El Prof. Dr. Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR toma la palabra para señalar que todas estas dudas sobre el art. 130 CP y su posible inconstitucionalidad se hacen partiendo de un modelo de responsabilidad personal, pero –en su opinión- desde el modelo de heteroresponsabilidad esto decae. A su modo de ver, el CP no se ha

decantado por un modelo u otro claramente. El CP no habla de delitos corporativos. Frente al hecho del art. 71 de la Ley de contratos del sector público, que tiene consecuencias graves para aquellos casos de empresas con antecedentes penales, habría que señalar que precisamente antes de modificar el CP a lo mejor sería necesario modificar esta Ley sectorial.

El moderador cede la palabra al ponente que agradece muchas las reflexiones. En relación con el cambio legislativo considera que hay un problema en determinada normativa extrapenal que no tiene en cuenta realmente las consecuencias, y, por lo tanto, debería ser modificada. Ahora bien, el ponente refiere seguir viendo casos en los que la aplicación de la pena no tiene una razón políticocriminal clara ni responde a los fines constituciones de aplicación de las penas.

El moderador da la palabra, para que cierre el debate, al Prof. Dr. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA. El Prof. Dr. LUZÓN PEÑA señala que lo que revela la ponencia es que en este mundo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es todo un dislate, porque el CP español ha optado por el modelo anglosajón de la heteroresponsabilidad, lo cual para el sistema de penas español es claramente inconstitucional pues se basa en responsabilidad por el hecho propio. El Prof. Dr. LUZÓN PEÑA señala que el CP deja claro que la persona jurídica responde por los hechos cometidos por los administradores o por determinadas personas físicas. Sin embargo –indica- el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, al considerar que éstas son penas, insisten en buscar autorresponsabilidad de la persona jurídica. Considera que lo que se ha creado es un modelo de responsabilidad por incumplimiento de medidas de diligencia a personas jurídicas que por imprudencia o dolo eventual omiten vigilar a sus empleados, incorporando por la puerta de atrás un sistema de *numerus apertus* y además no por hechos comisivos si no por conductas omisivas consistentes en no vigilar a sus empleados. Valora muy positivamente los esfuerzos bienintencionados del Prof. D. LUZÓN CAMPOS y de la sentencia de la Audiencia Nacional de buscar, para justificar la aplicación de las disposiciones del CP, un incumplimiento de la debida diligencia. Pero, advierte, ahora ya no se limita al incumplimiento de gestionar diligentemente la empresa para que los empleados no cometan, dentro de la estructura, delitos, ahora es la falta de diligencia a la hora de adquirir empresas. El Prof. Dr. LUZÓN PEÑA señala que el ponente tiene toda la razón cuando dice que si los abogados aconsejan que en lugar de una absorción simplemente se compren activos, pues esa operación no generaría

responsabilidad y se pregunta qué pasaría en las empresas que no tienen personalidad jurídica, y en aquellas en las que el Estado no quiere fomentar la cultura para impedir delito, acaso, se pregunta, no habría responsabilidad penal.

El Prof. Dr. LUZÓN PEÑA considera que si lo que se ha cometido a través de la persona jurídica es un delito, culposo, imprudente, omisivo, pero delito, entonces los directivos que han colaborado en esa toma de decisión omisiva serían cooperadores necesarios e incluso coautores -dominio funcional tendrían-, es decir, serían también responsables penalmente, de modo que iríamos ampliando cada vez más por esta vía la responsabilidad penal. El Prof. Dr. LUZÓN PEÑA indica que para los anglosajones no hay incoherencia porque no les interesa el principio de responsabilidad personal, tienen un modelo de responsabilidad objetiva. En definitiva, termina diciendo que los esfuerzos del ponente son bienintencionados, pero las contradicciones del sistema, indica, cree que son insalvables.

* * * * * *

Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional Penitenciario Legionense, Univ. de León, sobre "40 años de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP)" (6 y 7-5-2019)[1]

Alfonso Allué Fuentes
Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socio de la FICP.

~El sistema de ficheros de internos de especial seguimiento (FIES): evolución legislativa, contenido y crítica~

I. BREVE APUNTE HISTÓRICO INTRODUCTORIO

Desde el comienzo de la Transición hacia la democracia, en 1975, las cárceles españolas vivieron una época de especial conflictividad y violencia. El día 30 de noviembre de aquel año se decretó un indulto que benefició a una parte importante de la población penitenciaria y que se extendió también a presos comunes. Siguió una amnistía otorgada por Real Decreto Ley de 30 de junio de 1976, si bien limitada esta vez a presos políticos, lo que hizo que los presos comunes se sintieran marginados y comenzaran a organizarse hasta que lograron crear la Coordinadora de Presos en Lucha (COPEL), con la finalidad de que la amnistía también les alcanzase. A través de esta figura se articularon diversas formas de protesta entre las que se contemplaban motines, autolesiones, sabotajes en los centros penitenciarios, etc., actitudes que no influyeron en la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977, que volvió a excluir a los presos comunes, circunstancia que incrementó las reivindicaciones de la COPEL para lograr una amnistía general o un indulto sobre el argumento de que los penados habían sido condenados en aplicación de leyes injustas por tribunales discriminatorios, represivos y fascistas. Habiendo fallado otros dos intentos de conseguir el indulto se intensificaron la violencia y la conflictividad, así como su correspondiente represión, hasta que a partir del verano de 1978 la actividad dirigida desde

[1] En esta sección se publica la mayoría de las comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional Penitenciario Legionense, sobre "40 años de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP)", organziadas 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 (dir.: Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo) con fecha de 6 y 7 de mayo de 2019 en la Facultad de Derecho de la Univ. de León. Las actas de este Seminario, con el programa, los vídeos de las ponencias y las comunicaciones recibidas están disponibles en nuestra página web, en la sección de Actas de los Congresos Nacionales Penitenciarios Legionenses, Univ. de León.

la COPEL empezó a declinar tanto por su desarticulación como por las connotaciones negativas que presentaba ante la opinión pública y entre la mayoría de los internos, si bien persistieron motines y otras acciones colectivas violentas que, unidas al hecho de que había muchas personas condenadas por delitos de terrorismo (sobre todo el de ETA y GRAPO), movieron a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, entre finales de la década de 1980 y principios de la de 1990, a la creación de los ficheros de internos de especial seguimiento (FIES), que constituyen, como se podrá comprobar en las páginas que siguen, una manifestación de la cultura de la emergencia y de la excepcionalidad a partir de conflictos y tensiones sociales extremos en vulneración de las garantías propias de un Estado de Derecho, regresando a una idea de prisión inocuizadora que ya se entendía superada por los conceptos de resocialización y tratamiento penitenciario tanto en el nivel internacional como en la Constitución de 1978[2].

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL SISTEMA FIES

Formalmente los FIES fueron creados por **Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 13 de noviembre de 1989**, respecto de internos relacionados con bandas armadas y elementos terroristas. Sin embargo, más adelante se amplió su ámbito de aplicación mediante **Circular de 6 de marzo de 1991**, a través de la cual se materializaron el FIES-RE (para los presos más conflictivos y peligrosos) y el FIES-NA (para narcotraficantes), lo que permitió crear una base de datos específica sobre determinados colectivos para obtener información sobre los mismos, a los que se aplicaban mecanismos y prácticas de control que empeoraban sus condiciones de vida en el Centro Penitenciario. En **Circular de 28 de mayo de 1991** se adoptaron medidas especiales de vigilancia y control de los internos FIES, a base de la elaboración de informes diarios acerca de diferentes aspectos relacionados con los controles a los que eran sometidos (cacheos, actitudes en prisión, cambios semanales de celda, inspecciones oculares nocturnas, etc.), hasta que la **Circular de 2 de agosto de 1991** introdujo unas normas destinadas a internos clasificados en primer grado penitenciario, distinguiendo dos fases en el mismo en las que la segunda suponía una mejora de las condiciones del encarcelamiento si la conducta también mejoraba, pero todo ello sin la necesaria cobertura legal y, por tanto, dando lugar a un grado de clasificación *extra legem* que desbordaba, por vía restrictiva, el reconocimiento de los derechos fundamentales reconocidos a los internos de primer grado en la Ley Orgánica

[2] GONZÁLEZ COLLANTES, T., Los ficheros de internos de especial seguimiento: un ejemplo de la penetración de la cultura de la emergencia y la excepcionalidad en el ámbito penitenciario, pp. 1-3. Disponible en https://congresos.adeituv.es/imgdb/archivo_dpo15098.doc

General Penitenciaria y en su Reglamento de desarrollo. Como consecuencia de la aplicación de esta última Circular se produjeron motines y actividades violentas por parte de unos presos FIES-RE que fueron trasladados desde sus respectivos centros penitenciarios al de Sevilla II, incluyendo intentos de fuga durante el traslado, con incremento de estas actitudes cuando llegaron al centro donde estaban agrupados. Su resistencia a que se les aplicase la Circular ocasionó una respuesta aún más rigurosa por parte de Instituciones Penitenciarias, que impuso nuevas y más duras restricciones en **Circular de 2 de octubre de 1991**, tales como la obligación de permanecer esposados, la prohibición de salir juntos al patio o de comunicarse por teléfono, la intervención de la correspondencia, etc. Con la intención de conjurar las críticas de ilegalidad que comenzaron a proliferar se elaboró la **Circular de 28 de febrero de 1995**, que, dejando sin efecto las anteriores, diferenció entre los departamentos especiales (designados como "modalidad A") y los departamentos de régimen cerrado ("modalidad B"), diferenciándose por la dureza del régimen de vida en ellos, mayor en los primeros. Posteriormente la **Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre**, neutralizó la Circular de 1995 en cumplimiento de la Disposición Transitoria Cuarta del Reglamento Penitenciario de 1996, ante la necesidad de refundir y armonizar la normativa al respecto. La referida Instrucción supuso una nueva regulación de los ficheros, sin perjuicio de notar que más tarde la **Instrucción 6/2006, de 22 de febrero**, no obstante declarar que el sistema FIES se ajustaba a la legalidad vigente, mantuvo casi íntegramente en vigor la Instrucción 21/1996, a salvo alguna excepción[3]. Finalmente, el **Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo**, aborda una actualización de la Instrucción 6/2006 y estructura los ficheros en la forma y con los contenidos que a continuación se dirá.

III. CONTENIDO DEL SISTEMA

Siguiendo las directrices relacionadas en el Real Decreto 419/2011, se diferencian cinco grupos de internos de especial seguimiento, cada uno con sus propias características para formar parte de los mismos. Concretamente:

- Colectivo **FIES-1 CD (Control Directo)**, formado por internos especialmente conflictivos y peligrosos, protagonistas e inductores de alteraciones regimentales muy graves que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, autoridades, otros internos o personal ajeno a la Institución, tanto fuera como en el interior del Centro con ocasión de salidas para traslados, diligencias u otros motivos.

[3] GONZÁLEZ COLLANTES, T., loc. cit., pp. 3-5, 10.

- Colectivo **FIES-2 DO (Delincuencia Organizada)**, diseñado para internos ingresados en relación con delitos cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales conforme a los conceptos fijados en los arts. 570 bis y 570 ter del Código Penal, tanto si se trata de delitos independientes relacionados con la participación en los mismos, como si en la tipificación de las infracciones se ha previsto específicamente un subtipo agravado por pertenencia a organización, así como para internos de alto potencial de peligrosidad ingresados por su vinculación con asociaciones ilícitas.

- Colectivo **FIES-3 BA (Bandas Armadas)**, referido a internos ingresados por vinculación a bandas armadas o grupos terroristas, así como aquellos que colaboran con estos grupos o los apoyan.

- Colectivo **FIES-4 FS (Fuerzas de Seguridad y funcionarios de Instituciones Penitenciarias)**, que incluye a internos que pertenecen o han pertenecido a estos colectivos profesionales, al exigirse durante su internamiento determinadas cautelas, conforme prevé el art. 8 de la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

- Colectivo **FIES-5 CE (Características Especiales)**, que acoge diversos grupos de internos en atención a sus características criminológicas o penitenciarias y que por ello precisan de un especial seguimiento por razones de seguridad: historial penitenciario altamente conflictivo; autores de delitos graves contra las personas, la libertad sexual o relativos a la corrupción, que hayan generado gran alarma social; pertenecientes o vinculados a colectivos o grupos violentos; internos que destaquen por su fanatismo radical o su ideario terrorista, liderando grupos de presión o captación en el Centro Penitenciario; condenados por un Tribunal Penal Internacional; colaboradores de la justicia contra bandas terroristas u otras organizaciones criminales.

Sobre cada uno de estos grupos se constituye una base de datos a la que el Real Decreto 419/2011 atribuye carácter administrativo, almacenando información penal, procesal y penitenciaria rápidamente localizable y que ha de ser adecuadamente mantenida y actualizada, para lo cual se remitirá a la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria la información de aquella naturaleza en el mismo día en que se produzca, con indicación del grupo al que pertenece el interno.

IV. CRÍTICA DEL SISTEMA FIES

Como puede observarse en la evolución legislativa expuesta más arriba, la regulación de los FIES siempre se ha instrumentalizado a través de Circulares e Instrucciones de la

Dirección General de Instituciones Penitenciarias, regulando una materia especialmente sensible a través de mecanismos que vulneran los principios de reserva de ley y de jerarquía normativa, por cuanto afecta a derechos de los internos constitucionalmente reconocidos. Así, durante un lapso temporal que abarca desde la Circular de 13 de noviembre de 1989 hasta la Instrucción 6/2006 el sistema FIES ha carecido de apoyo legal o reglamentario, creando un régimen de vida ajeno tanto a las previsiones de la Ley penitenciaria y de su Reglamento como a alguna norma de revisión o abierta sobre la cual justificar su existencia. De este modo, la relación de sujeción especial que se produce entre el interno y la Administración Penitenciaria ha sido objeto, prolongadamente en el tiempo, de una reglamentación encubierta con vulneración del principio de legalidad, creadora de un régimen nuevo que sobrepasa los tres grados de tratamiento legalmente contemplados –cerrado, ordinario y abierto–, generando una subespecie que duplica aquella relación. Las Circulares e Instrucciones no tienen por sí mismas valor reglamentario ni pueden, por tanto, producir efectos *ad extra*, puesto que son únicamente normas internas que despliegan su eficacia entre los subordinados dentro de la jerarquía administrativa y carecen de eficacia habilitante para crear potestades o vinculaciones en terceros[4].

Sin embargo de todo ello, lo cierto es que el Real Decreto 419/2011 reformó el Reglamento Penitenciario de 1996 en el sentido de incorporar el sistema de ficheros en su art. 6.4, según el cual la Administración Penitenciaria "podrá establecer ficheros de internos para garantizar la seguridad, buen orden del establecimiento e integridad de los internos, sin que en ningún caso determine un régimen de vida distinto al que corresponda al interno", haciendo en el art. 6.5 una previsión de medidas de seguridad interior cuya intensidad se ajustará a la peligrosidad potencial de los internos, y más especialmente respecto de los que pertenecen a grupos terroristas o de delincuencia organizada y los de peligrosidad extrema, invocando los principios de necesidad y proporcionalidad. Ahora bien, el legislador ha optado por dar cobertura legal al sistema FIES mediante su incorporación al Reglamento Penitenciario, cuando lo normativamente correcto habría sido incluirlo en la Ley penitenciaria, quedando así salvada, siquiera relativamente, una crítica de índole formal relacionada con el principio de reserva legal, lo que no excluye un reproche material referido a la utilización de expresiones de contenido indeterminado como "potencial peligrosidad",

[4] RÍOS MARTÍN, J.C., Los ficheros de internos de especial seguimiento (FIES), pp. 10-13. Disponible en www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=995

"peligrosidad extrema" o "intensidad" de las medidas, permitiendo así a la Administración un margen demasiado amplio para tomar decisiones sobre medidas restrictivas de derechos[5].

Hasta aquí se puede entender superada la crítica formal que ha merecido la ausencia de un tratamiento legal del sistema FIES con carácter previo a la reforma llevada a cabo por el Real Decreto 419/2011. No obstante, a pesar de la realización de dicho ajuste reglamentario aún persisten en la regulación del fichero cuestiones de fondo que no deben quedar al margen de unas reflexiones críticas:

1. En el grupo de Control Directo (FIES-1) se confunden la finalidad de un fichero de datos y una modalidad de clasificación de los internos, y en el colectivo de Fuerzas de Seguridad (FIES-4) se acude a un criterio discriminatorio de desigualdad como es la pertenencia a determinada profesión[6].

2. La naturaleza meramente administrativa del fichero debería suponer que la inclusión de un interno en el FIES no prejuzga su clasificación ni influye en el derecho al tratamiento ni en el régimen de vida regimental. Sin embargo esto no es así, porque la existencia misma del fichero implica la construcción ficticia de una realidad[7] en la que se aplican mecanismos de control que acaban repercutiendo en dicho régimen de vida y generando, por tanto, una desigualdad en relación con otros internos que, encontrándose en idéntico grado de clasificación, no están incluidos en el fichero, advirtiéndose las diferencias en materias tales como progresiones y regresiones en grado o concesión de permisos. La incorporación del recluso a un fichero modifica su *status libertatis* en cuanto se le somete a un régimen de seguimiento y control más estricto concretado en la práctica de cacheos y requisas, cambios de celda, notificación de información antes de decidir sobre la concesión de permisos o excarcelaciones, etc., todo lo cual afecta por restricción al derecho a la libertad personal más allá del sentido de la pena, alcanzando hasta los actos más íntimos cuando se realiza un control visual continuo, también por la noche[8]. Sobre la creación de este nuevo régimen de vida que supone el FIES se han llegado a conocer, por informes de internos, situaciones de especial limitación y control como traslados de módulos dentro de la misma prisión cada

[5] CERVELLÓ DONDERIS, V., Derecho penitenciario, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 213.
[6] CERVELLÓ DONDERIS, V., Derecho penitenciario, 1.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 127.
[7] RÍOS MARTÍN, J.C., Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel, 4.ª edición, Colex, Madrid, 2007, p. 421.
[8] GONZÁLEZ COLLANTES, T., Los ficheros de internos…, pp. 7-8.

semana o quincenalmente, traslados de prisión a prisión de hasta veinticinco en tres años, cacheos personales indiscriminados o intervención arbitraria de correspondencia[9].

3. Para que cualquier limitación de la libertad personal sea considerada constitucionalmente admisible debe superar un test de necesidad y proporcionalidad. Pues bien:

a) El sistema FIES no se revela necesario en el sentido de que pone el acento en la seguridad del Centro para la prevención de incidentes en el mismo, disponiendo a tal fin de una información completa de determinados grupos de internos a quienes se aplican mecanismos de control para que no llegue a desestabilizarse el sistema penitenciario. De este modo acaba prevaleciendo el principio de eficacia de la Administración, en el que se hace descansar la justificación de los FIES, sobre la función principal que debe orientar por mandato constitucional la actividad penitenciaria, consistente en la reeducación y la reinserción social. Contrariamente, el sistema establece un inasumible predominio de los aspectos meramente regimentales sobre el tratamiento resocializador[10], y la información que consta en el fichero no es apta para proveer alternativas resocializadoras cuando ya existen suficientes medios de control derivados de los regímenes de vida legalmente articulados para prevenir formas complejas de delincuencia y la comisión de delitos, así como módulos de ejecución donde se combinan los tres grados de clasificación. De hecho, la propia Ley penitenciaria prevé métodos para la obtención de información sobre los penados sin necesidad de acudir al FIES, y ello tanto en el momento del ingreso en el Centro Penitenciario (entrevistas, expediente personal, protocolo de personalidad, programa individualizado de tratamiento) como en fase de individualización del tratamiento (clasificación en grado, destino al Centro más adecuado, observación del penado); en su caso, valoración técnico-pericial de internos peligrosos o inadaptados para decretar el régimen cerrado o el ingreso en departamentos especiales; estudio semestral de los penados para la evaluación y reconsideración del tratamiento individualizado; progresión o regresión en grado en función de cómo evolucione el tratamiento, lo que conlleva profundizar en el conocimiento del interno; observación directa del recluso e informes del personal penitenciario cuando aquél rechace libremente o no colabore en el estudio de su personalidad o para su clasificación inicial; sistema de restricciones, intervención y

[9] RÍOS MARTÍN, J.C., Los ficheros de internos…, p. 9.
[10] GONZÁLEZ COLLANTES, T., Los ficheros de internos…, p. 9.

suspensión de las comunicaciones, con previsión legal y bajo control judicial; tipificación de un régimen disciplinario que contempla como sanción más grave la de aislamiento[11].

b) Y en cuanto a la proporcionalidad, el sistema FIES la margina desde el momento en que incluye medidas desproporcionadas, como por ejemplo la realización de rondas nocturnas de visualización, con una frecuencia no superior a una hora[12], contraviniéndose así la interdicción de la desproporción, el exceso o la desmesura. Para acordar la limitación de cualquier derecho fundamental se requiere llevar a cabo un juicio de oportunidad con una cualificada actividad de motivación. Sin embargo, la normativa vigente no exige la realización de este juicio de oportunidad, necesario para estimar constitucional toda restricción de la libertad[13].

4. No consta en la regulación vigente que la aplicación del fichero, en cuanto régimen especial y diferente, requiera de autorización judicial. Nótese al respecto que las limitaciones y los controles que se imponen a los internos FIES no están autorizados ni controlados por un órgano judicial, cuando precisamente por su contenido debería contarse con las mismas garantías que las exigidas para los traslados de penados a departamentos de régimen cerrado, esto es, dando cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria y con posibilidad de interponer recurso contra la resolución que se dicte[14].

5. El sistema FIES contribuye a vulnerar el sistema de individualización científica de la pena al no hacerse depender la incorporación del interno al fichero de su personalidad o sus características individuales, sino de datos objetivos como el delito cometido, su trayectoria penitenciaria o su pertenencia a alguna organización criminal[15].

V. CONCLUSIONES

De todas las reflexiones que anteceden se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1ª. La creación de los ficheros de internos de especial seguimiento constituyen una manifestación de la cultura de la emergencia y de la excepcionalidad a partir de conflictos y tensiones sociales extremos en vulneración de las garantías propias de un Estado de Derecho, regresando a una idea de prisión inocuizadora que ya se entendía superada por los

[11] RÍOS MARTÍN, J.C., Los ficheros de internos…, pp. 19-21.
[12] RÍOS MARTÍN, J.C., Manual, 4ª edición, 2007, pp. 424 y ss.
[13] RÍOS MARTÍN, J.C., Los ficheros de internos…, pp. 16-17.
[14] RÍOS MARTÍN, J.C., loc. cit., p. 9.
[15] GONZÁLEZ COLLANTES, T., Los ficheros de internos…, p. 9.

conceptos de resocialización y tratamiento penitenciario tanto en el nivel internacional como en la Constitución de 1978.

2ª. Sobre cada uno de los cinco colectivos en los que se agrupan diversas clases de internos se constituye una base de datos de carácter administrativo, almacenando información penal, procesal y penitenciaria rápidamente localizable y que ha de ser adecuadamente mantenida y actualizada.

3ª. La regulación de los FIES siempre se ha realizado mediante Circulares e Instrucciones de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, regulando una materia especialmente sensible a través de mecanismos que vulneran los principios de reserva de ley y de jerarquía normativa, por cuanto afecta a derechos de los internos constitucionalmente reconocidos. Esta anomalía reguladora se extendió desde la Circular de 13 de noviembre de 1989 hasta la Instrucción 6/2006, siendo el Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo, el instrumento que aborda una actualización de esta última y estructura los ficheros con sus contenidos, incorporándolos al ordenamiento jurídico con rango reglamentario en el art. 6 del Reglamento Penitenciario, cuando lo normativamente correcto habría sido incluirlo en la Ley penitenciaria.

4ª. A pesar de la realización de dicho ajuste reglamentario aún persisten en la regulación del fichero cuestiones de fondo que ponen en duda su legitimidad constitucional, por cuanto se utilizan criterios discriminatorios de desigualdad creando un subsistema penitenciario paralelo al contemplado en la legislación *ad hoc*, otorgando a los reclusos FIES un trato mucho más riguroso, en cuanto a limitaciones de derechos y mecanismos de control, que el previsto ordinariamente para internos clasificados en el mismo grado pero que no están incluidos en el fichero.

5ª. El nuevo régimen de vida que supone el FIES conlleva alteraciones en el derecho al tratamiento y en el régimen de vida regimental, toda vez que implica la construcción ficticia de una realidad en la que se aplican mecanismos de control que acaban repercutiendo en dicho régimen de vida, con una modificación importante del *status libertatis* del interno cuando es incorporado al fichero.

6ª. El sistema FIES no supera el doble test constitucional de necesidad y proporcionalidad, y se mantiene el margen de cualquier autorización y control judicial, por lo que no está sometido al juicio de oportunidad que con especial exigencia de motivación debe presidir cualquier decisión limitadora de derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

CERVELLÓ DONDERIS, V., Derecho penitenciario, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CERVELLÓ DONDERIS, V., Derecho penitenciario, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

GONZÁLEZ COLLANTES, T., Los ficheros de internos de especial seguimiento: un ejemplo de la penetración de la cultura de la emergencia y la excepcionalidad en el ámbito penitenciario. Disponible en https://congresos.adeituv.es/imgdb/archivo_dpo15098.doc

RÍOS MARTÍN, J.C., Los ficheros de internos de especial seguimiento (FIES). Disponible en www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=995

RÍOS MARTÍN, J.C., Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel, 4ª edición, Colex, Madrid, 2007.

* * * * * *

Adoración Amigo Rodríguez

Juez sustituta adscrita al Juzgado de Instrucción n.º 2 de Guadalajara.
Socia de la FICP.

~Supuestos y requisitos de la libertad condicional~

I. CONCEPTO

La libertad condicional se puede definir como la excarcelación del condenado a una pena privativa de libertad que se produce en el último tramo de la ejecución de la condena y, por tanto, antes de que se haya extinguido totalmente la misma, siempre y cuando, se considere que se han cumplido determinados requisitos exigidos por la normativa establecida[1].

Por tanto, se considera como libertad condicional el permiso o beneficio concedido, en el último período de su condena, a un condenado a penas privativas de libertad, en especial si se ha observado y demostrado un buen comportamiento y cambio de aptitud de su parte, poniendo a prueba su capacidad para reinsertarse en la sociedad, evaluar los cambios positivos por los cuales ha optado para enfrentar la vida y si está preparado para la libertad definitiva. En consecuencia, la libertad condicional es un tipo de libertad restringida, en tanto el liberado condicional no deja de estar considerado como penado, de manera que si reincide u observa una mala conducta se procederá a la revocación.

Tras la entrada en vigor, el 1 de julio de 2015 de la LO 1/2015 que reforma del Código Penal, la libertad condicional pasa a convertirse en una modalidad de la suspensión de la pena de prisión pendiente de cumplimiento, regulándose en los artículos 90 a 92, Sección 3ª, del Capítulo III. En la LOGP, se regula en el artículo 72, como el último grado del sistema de individualización científica, lo que en la práctica ha producido contradicciones entre ambas regulaciones, en tanto el tiempo pasado en situación de libertad condicional, no computa como tiempo de ejecución de la pena de prisión y en el supuesto de su revocación deberá cumplirse la parte de la pena que había sido suspendida, sin que se pueda descontar el tiempo que el penado, ha pasado en libertad provisional.

[1] NISTAL BURÓN, J. El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. De la teoría penal a la praxis penitenciaria, Revista Aranzadi Doctrinal, 5, 2015, pp. 5- 8.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La mayoría de los autores señalan que el Coronel Manuel Montesinos y Molina fue el verdadero artífice del nacimiento de la libertad condicional en 1834, en el penal valenciano de San Agustín, con la denominada "libertad intermedia", que suponía la libre circulación del penado en el exterior del centro penitenciario.

El Código Penal de 1870 prohibía la posibilidad del trabajo al aire libre y una serie de acontecimientos como los de la colonia penal de Ceuta, que implantaron el sistema progresivo, por Decreto de 23 de diciembre de 1889, en cuyo cuarto periodo, permitía al penado salir al exterior para realizar trabajos y vivir con su familia.

Las autoridades gubernativas españolas implantaron el RD de 3 de junio de 1901, donde el sistema penitenciario y más concretamente su apartado correspondiente al régimen de las prisiones destinadas al cumplimiento de condenas se ajustaba al sistema progresivo del irlandés Crofton, donde se prevé un último periodo de "gracias y recompensas" que era un equivalente de la libertad condicional que ya existía en otros países y duraba el tiempo que le faltara al recluso por cumplir[2]. Esta situación se prolongó hasta el 23 de julio de 1914, momento en la que se institucionaliza definitivamente en nuestro país la libertad condicional[3] . El RD de 28 de octubre de 1914 se dicta con la intención de establecer un procedimiento para aplicar la Ley de Libertad Condicional de 1914.

El Código Penal de 1928, contempla la libertad condicional como el último periodo del sistema progresivo, desarrollando su regulación en el Reglamente de los Servicios de Prisiones de 1928. El RD-Ley de 24 de diciembre de 1928, prevé el adelantamiento de la concesión de la libertad condicional mediante la obtención de bonos de cumplimiento de condena, cuando el penado demuestre su arrepentimiento y dé garantías y propósitos de ser buen ciudadano, que haya desarrollado trabajos de notoria importancia, o que en momentos difíciles, hayan ayudado a las Autoridades o a los empleados del centro penitenciario o en tales ocasiones, haya realizado actos valientes, de humanidad y sacrificio.

2 CASTEJÓN, F., La legislación penitenciaria española, Madrid, 1914, pp. 321 y ss.

3 RENART GARCÍA, F. La Libertad condicional: Nuevo régimen jurídico, Ed. Edisofer, Madrid, 2003, p. 38: "Hasta la ley de 1914, no puede hablarse de libertad condicional en nuestro país, ya que en base al art. 240 del Real Decreto de 5 de mayo de 1913 en función del cual "el cuarto período o de gracias y recompensas, se establece en equivalencia al de la libertad condicional, mientras que se promulgue una ley la conceda. Este período comprenderá el tiempo de condena que falte por cumplir al penado al salir del tercer período".

El Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1930, introdujo modificaciones, como el requisito adicional para los condenados a penas inferiores al año, por tanto, debían ser primarios para ser propuestos para el beneficio de la libertad condicional.

En el Código Penal de 1932 subsiste la regulación de 1928, proscribiendo la concesión del beneficio en las penas inferiores al año, subsistiendo esta redacción hasta el Código Penal de 1973, manteniendo reglamentariamente la figura del adelantamiento y se introduce, por Decreto de 22 de marzo de 1932, la modalidad de libertad condicional por razones humanitarias, para septuagenarios, prescindiendo del requisito de encontrarse en el tercer periodo penitenciario y haber extinguido una determinada parte de la condena.

Durante la posguerra, se aprobaron una serie de disposiciones que introdujeron figuras especiales de libertad condicional para presos políticos para fiscalizar el comportamiento social y político de esos liberados condicionales. En 1943 se creó el Servicio de Libertad Vigilada, al que posteriormente se le atribuyen funciones de control y tutela de los liberados condicionales comunes. El Código Penal de 1944 reformó el Código Penal de 1932, manteniendo la materia relacionada con la libertad condicional.

El Reglamento de 1948, de 5 de marzo, introduce el sistema de acumulación de condenas privativas de libertad. El Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, exige adicionalmente al resto de los requisitos, la instrucción elemental y educación religiosa mínima de los condenados.

La reforma de 25 de enero de 1968 del Reglamento anterior introduce en el sistema penitenciario el tratamiento criminológico encaminado a la reeducación del interno, flexibiliza el sistema progresivo, introduciendo el tratamiento científico orientado a la reforma de los penados, supone mayores posibilidades para acceder al tercer grado y obtener la libertad condicional. Con la reforma penitenciaria de 1977 se introduce la libertad condicional para enfermos muy graves, con padecimientos incurables.

Con la entrada en vigor de la Constitución Española, se introducen normas y principios que afectan sustancialmente a la aplicación de la libertad condicional, como la orientación de las penas privativas de libertad hacía la reeducación y reinserción social en materia penitenciaria, recogido en el artículo 25.2. La Ley Orgánica General

Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979, que inserta un nuevo sistema penitenciario de individualización científica, judicializa la concesión de la libertad condicional, de conformidad con el artículo 117.3 de la Constitución, introduciendo la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que tiene la potestad para conceder y revocar la libertad condicional.

El Código Penal vigente, mediante LO 10/1995, de 23 de noviembre, mejora la técnica legislativa en la regulación de la libertad condicional, reformulando algunos de sus requisitos y dando cobertura legal a alguna de sus modalidades, que se venían aplicando por vía reglamentaria, como la posibilidad de imponer reglas de conducta durante el periodo de libertad condicional, la reformulación de alguno de los requisitos de concesión y la ampliación de las penas privativas de libertad objeto de libertad condicional.

La LO 5/2003, de 27 de mayo crea los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitencia y la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, supone el establecimiento de dos regímenes de libertad condicional en función del delito y de la condena, introduce nuevos requisitos de concesión de la libertad condicional. Se endurece de forma extraordinaria el régimen de este beneficio para las personas que cumplen condena por delitos de terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, mientras que para el resto de individuos se añade una modalidad adelantada de libertad condicional y se acota el poder discrecional de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria para resolver sobre la concesión de la libertad condicional a favor de la Administración penitenciaria, endureciendo los requisitos de acceso a esta medida. Tras la reforma de la LO 1/2015, la libertad condicional se convierte en una modalidad de suspensión de la pena de prisión pendiente de cumplimiento e introduce la prisión permanente revisable.

III. LA LIBERTAD CONDICIONAL TRAS LA REFORMA DE LA LO 1/2015

Como ya se ha indicado antes, la libertad condicional se encuentra regulada en los artículos 90 a 92 del Código Penal, indicando los casos en los que el Juez de Vigilancia Penitenciar acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y los requisitos para ello.

Tras la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, la libertad condicional declina su naturaleza de último grado del sistema penitenciario de individualización

científica para convertirse en una modalidad de suspensión de la pena de prisión pendiente de cumplimiento.

A diferencia de la suspensión de penas privativas de libertad prevista en el artículo 80 del Código Penal, la suspensión del resto de prisión dispuesta en el artículo 90 y siguientes de dicho cuerpo legal puede acordarse respecto de cualquier pena de prisión, independientemente de cuál sea su cuantía, y aplicarse a cualquier penado haya delinquido o no por primera vez.

Así, la ejecución de la prisión restante queda en suspenso desde la fecha de puesta en libertad del penado, durante el plazo que determine el Juez de Vigilancia Penitenciaria, que podrá ser superior pero nunca inferior a la parte de pena pendiente de cumplimiento. Una vez transcurrido el intervalo fijado sin haber cometido el sujeto un delito y habiendo satisfecho las reglas de conducta fijadas, el juez acordará la remisión de la pena.

En caso contrario, cuando se manifieste la peligrosidad del liberado por la comisión de nuevo delito, o por el incumplimiento grave o reiterado de las prohibiciones y deberes impuestos, o por sustraerse al control de la Administración Penitenciaria, el Juez de Vigilancia revocará la suspensión y la libertad condicional concedida, y ordenará la ejecución de la pena restante, debiendo el penado cumplir la misma sin que el tiempo transcurrido en libertad condicional se compute como tiempo de cumplimiento de la condena.

De esta forma, la suspensión del resto de la pena de prisión permite al infractor recuperar su libertad ambulatoria y el acceso a actividades laborales, formativas y terapéuticas en condiciones similares a las del ciudadano libre. No obstante, puede conllevar, si el Juez de Vigilancia lo considera necesario para conjurar el peligro de comisión delictiva, su contención dentro de unos límites que se concretan en la imposición de ciertos deberes y obligaciones, como la fijación de un lugar de residencia del que no podrá ausentarse sin autorización judicial, en la presencia cuando sea requerido para informar de sus actividades y justificarlas, en la participación en programas de diversa índole, y en el acatamiento de determinadas prohibiciones bajo supervisión y control bien de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado bien de la propia Administración Penitenciaria.

IV. SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL RESTO DE LA PENA DE PRISIÓN

1. Básico (artículo 90.1 del Código Penal).

Para penados que se encuentren clasificados en tercer grado, que hayan extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta y hayan observado buena conducta. Debe tener un pronóstico de baja peligrosidad criminal y se mantiene la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito. El juez de vigilancia penitenciaria habrá de tener en cuenta la personalidad y antecedentes del acusado, atender ala conducta que ha observado durante el cumplimiento de la pena, la relevancia de los bienes jurídicos que se verían afectados por la reiteración y las circunstancias familiares, sociales y los efectos de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que se le impongan.

2. Adelantados (artículo 90.2 del Código Penal).

Para penados que hayan extinguido dos terceras partes de su condena, o bien hasta un máximo de noventa días por cada año de cumplimiento efectivo una vez extinguida la mitad de la condena, que los penados hayan desarrollado actividades diversas de forma continuada o con mejoramiento personal, y en su caso que acrediten su participación efectiva y favorable en programas, así como el cumplimiento del resto de requisitos básicos (tercer grado y buena conducta).

3. Excepcional (artículo 90.3 del Código Penal)

Para los penados que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión y que ésta no supere los tres años de duración, que hayan extinguido la mitad de la condena, y cumplan el resto de requisitos básicos. Este régimen no se aplica a penados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Se puede aplicar a quien ha delinquido con anterioridad, pero se le ha suspendido la pena de prisión y no ha ingresado en prisión.

4. Terroristas y crimen organizado (artículo 90.8 del Código Penal) que muestren signos inequívocos de haber abandonado la actividad delictiva.

Los supuestos adelantados y el excepcional no son aplicables. Se debe tener en cuenta 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.

5. Septuagenarios y enfermos muy graves con padecimientos incurables (artículo 91 del Código Penal)

Tiene que estar clasificados en tercer grado y haber observado buena conducta, sin exigencia del requisito de cumplimiento previo de un tramo de la pena, para cuando el juez valore que ha disminuido su peligrosidad o cuando exista un peligro patente para la vida del interno. No se trata de una concesión preceptiva por tener o alcanzar el penado la edad de setenta años, sino que tiene un carácter discrecional.

Se mantiene la diferencia entre la situación de enfermo muy grave con padecimientos incurable y de enfermo terminal en peligro inminente de muerte, siendo la diferenciación trascendental pues al primero, el único requisito del que se le dispensa para la suspensión de la ejecución del resto de la condena y concesión de la libertad condicional es el del cumplimiento del tiempo mínimo exigible, por tanto, debiendo cumplir el resto de los requisitos y cuando se trata del segundo se puede prescindir de cualquier requisito, incluido el tercer grado, aunque es preciso contar con un pronóstico final del centro penitenciario, en el que se valoren las circunstancias personales de lo penado, la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto[4] .

En la libertad condicional obtenida por penados que sufran enfermedades muy graves e incurables se establece la obligación de 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 la enfermedad del penado, siendo que su incumplimiento podrá dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional. Asimismo, son de aplicación las reglas de revocación previstas con carácter general, lo que daría lugar a la revocación de la libertad condicional si cambian las circunstancias tenidas en cuenta para su concesión, es decir, que mejorara notablemente la salud del liberado condicional.

6. Funcionamiento para el caso de la pena de Prisión permanente revisable (artículo 92 del Código Penal).

Aplicable cuando el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, esté clasificado en tercer grado y exista un pronóstico favorable de reinserción social. 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

[4] Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Circular 4/2015.

y el cumplimiento del periodo efectivo de condena antedicho. Si el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos del artículo 92 c) del Código Penal, se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos, y, además, que la competencia para su concesión es del tribunal sentenciador, aunque la revocación corresponda al Juez de Vigilancia.

7. Libertad condicional de los extranjeros.

En el artículo 89 del Código Penal, en la sección donde se regula la sustitución de las penas privativas de libertad y fuera de la Sección donde se regula la libertad condicional, establece una especial regulación, en tanto la libertad condicional conlleva la expulsión del territorio nacional, no siendo aplicable a los ciudadanos de la Unión Europea, salvo cuando constituyan una grave amenaza para el orden público o la seguridad. Asimismo, está prevista en el artículo 197.1 del Reglamento Penitenciario, para los penados extranjeros que deseen disfrutar de este beneficio en su país de residencia. Los problemas interpretativos planteados respecto al ámbito de aplicación y la transposición de la Decisión Marco 2008/947/JAI de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada, con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas por la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, fundamentan la conveniencia de su reforma. Mientras esté vigente el artículo 197.1 del Reglamento Penitenciario, puede seguir aplicándose esta vía de retorno voluntario de internos extranjeros no residentes legalmente en España o españoles residentes en el extranjero, para que puedan disfrutar de la libertad condicional en su país de residencia y siempre que presten su conformidad a las medidas de seguimiento y control que se propongan en cada caso.

V. REQUISITOS LEGALES DE CONCESIÓN

1. Estar clasificado en tercer grado de tratamiento penitenciario.

Según establece el artículo 102.4 en relación con el artículo 101.2 del Reglamento Penitenciario, es aplicable a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Siendo el tercer grado el paso previo e imprescindible para acceder a la libertad condicional, según se recoge en el artículo 90.1 del Código Penal

2. Extinción de las tres cuartas partes de la condena

La ejecución de la pena privativa de libertad está dividida en cuatro periodos, debiendo cumplirse los tres primeros en prisión y el último, se disfrutará en libertad, que es la libertad condicional.

Cuando se esté condenado a una pluralidad de penas privativas de libertad, no se computan individualmente y de forma sucesiva, sino de manera simultánea, considerándose como una sola condena a efectos de la aplicación de la libertad condicional.

3. Observancia de buena conducta

Se ha sustituido el término "intachable conducta" por "buena conducta", que se incluye por la ponderación realizada por el legislador entre el bien de la resocialización y el bien de la seguridad de los centros penitenciarios. El criterio mayoritario es la comprobación de la ausencia de anotaciones sancionatorias sin cancelar en el expediente del condenado. Conforme al artículo 25.2 de la Constitución debe interpretarse en función de un estudio individualizado del condenado, teniendo en cuenta su evolución personal respecto a la actividad delictiva y la oportunidad de liberar al interno a efectos de su resocialización.

4. Pronóstico favorable e individualizado de reinserción social

Consiste en un juicio sobre el comportamiento futuro en libertad, dentro de la legalidad penal, de la persona condenada[5]. Así, quien ha venido disfrutando de un régimen abierto, clasificado en tercer grado de tratamiento, que ha salido y reingresado al Centro Penitenciario con normalidad, está trabajando y no ha delinquido, ha demostrado su capacidad para vivir en semilibertad sin delinquir y por tanto es capaz de vivir en libertad. En el artículo 67 de la LOGP, se establece que se emitirá un informe pronóstico final de reinserción social que ha de formar parte del expediente de libertad condicional y ha de contener los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del penado cuando esté en libertad.

En el artículo 63 de la LOGP establece unos criterios generales a tomarse en cuenta en la clasificación penitenciaria, como la personalidad y el historial individual,

[5] GARCÍA GARCÍA, J., CPC, 53, 1994; MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J., Las consecuencias jurídicas del delito, 3.ª, 1996; VEGA ALOCEN, M., La libertad condicional en el derecho español, 2001.

familiar, social y delictivo, la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

5. Satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito

Conforme al artículo 90.1 c) párrafo último "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 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria". La satisfacción de la responsabilidad civil no se identifica con el pago de la suma de dinero que corresponda, sino que para establecer si se ha satisfecho la responsabilidad civil se considerará la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera, las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura, la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

VI. CONCLUSIONES

La libertad condicional es la excarcelación del condenado a una pena privativa de libertad en el último tramo de la ejecución de la condena, antes de su extinción total, cuando ha cumplido los requisitos de estar clasificado en tercer grado de tratamiento penitenciario, haber extinguido tres cuartas partes de la condena, y haber observado buena conducta. Tras la entrada en vigor de la LO 1/2015 la libertad condicional ha pasado a convertirse en una modalidad de la suspensión de la pena de prisión pendiente de cumplimiento. Se puede hablar de los supuestos de suspensión básico, adelantados, excepcional, para terroristas y crimen organizado, septuagenarios y enfermos muy graves con padecimientos incurables y para la prisión permanente revisable.

BIBLIOGRAFÍA

CASTEJÓN, F., La legislación penitenciaria española, Madrid, 1914

FERNÁNDEZ BERMEJO, D. Derecho penitenciario. En contra de la cadena perpetua en España (una vez más). LA LEY Penal nº 131, marzo-abril 2018, Editorial Wolters Kluwer.

GARCÍA GARCÍA, J, El cumplimiento de la pena privativa de libertad: repercusiones de la parte general del Proyecto de Código Penal de 1992, Cuadernos de Política Criminal, número 53, 1994

GARRIDO LORENZO, M.A., La nueva regulación de la libertad condicional, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Garrido%20Lorenzo,%20M%C2%AA%20%C3%81ngeles.pdf?idFile=091176f1-f7d2-46a3-bddc-ef9e7b4e7a7b,p.19.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L. La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 2/2015, 30. Editorial La Ley. Madrid, 2015.

MAPELLI CAFFARENA, B/TERRADILLOS BASOCO, J, Las consecuencias jurídicas del delito, 3º edición, Civitas, Madrid, 1996.

MIR PUIG, C. Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad, 3.ª ed. Editorial Atelier, Barcelona 2015.

NISTAL BURÓN, J.: El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. De la teoría penal a la praxis penitenciaria. Revista Aranzadi Doctrinal, 5, 2015.

RENART GARCÍA, F.: La Libertad condicional: Nuevo régimen jurídico, Ed. Edisofer, Madrid, 2003.

SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, Circular 4/2015, Aspectos de la Ejecución Penal afectados por la reforma del Código Penal en la L.O. 1/2015 de 30 de marzo

— Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XXVII reuniones celebradas entre 1981 y 2018: texto refundido y depurado actualizado a mayo de 2018. 17 de septiembre de 2018.

VEGA ALOCEN, M., La libertad condicional en el derecho español, Civitas, Madrid, 2001

VICENTE DE GREGORIO, M. Cuestiones básicas de derecho penitenciario y ejecución de penas privativas de libertad, Líneas de Distribución Logística del Papel, S.L., Madrid 2015.

* * * * * *

Patricio Arribas y Atienza

Letrado de la Administración de Justicia, Madrid. Socio de la FICP.

~La disponibilidad sobre la propia vida y la relación de sujeción especial de los presos~

Resumen.- En la presente comunicación, tratamos sobre los límites del derecho a disponer de la propia vida por parte de los internos en establecimiento penitenciario, estudiando especialmente la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia, asentada a raíz de la huelga de hambre y alimentación forzosa de determinados presos, en consideración a la relación de sujeción especial de estos para con la Administración Penitenciaria.

Palabras clave.- Preso/ derecho / vida / prisión / huelga / hambre / libertad / preso / forzosa / sujeción / especial

I. SOBRE LA DISPONIBILIDAD DE LA PROPIA VIDA.

En primer lugar hemos de plantearnos, sin poder profundizar en la cuestión dado lo limitado de esta comunicación, hasta donde alcanza en nuestro Derecho, la disponibilidad de la propia vida, empezando por si efectivamente existe tal derecho y en su caso las limitaciones que pueda tener.

El derecho a la vida consagrado en todos los pactos internacionales, empezando por la Declaración Universal de Derechos Humanos y recogido en el artículo 15 de nuestra Constitución, es el primero de los derechos y base de todos los demás o incluso como dice TORRES DEL MORAL[1], más que un derecho es un valor previo, *superior a todo el sistema constitucional de derechos, es realmente el presupuesto o soporte físico de todos los derechos, que sin ella carecerían de sujeto y, por lo tanto, de entidad. No puede haber derechos subjetivos sin sujeto.*

Por otro lado, como planteaba NINO[2], se puede *distinguir entre derechos positivos y derechos negativos, ósea derechos cuyos correlatos son obligaciones de conductas pasivas o activas respectivamente.* Ante este planteamiento cabría preguntarse, donde incluiríamos el derecho a la vida, entiendo que se trata de un derecho desde este punto de vista clasificatorio, digamos mixto, en tanto el Estado tiene la obligación de preservar la vida de sus ciudadanos y al mismo tiempo nadie puede

[1] TORRES DEL MORAL, Antonio, Principios de Derecho Constitucional español, Átomo ediciones, Madrid, 1985, p. 211.

[2] NINO, Carlos Santiago, Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, Editorial Ariel S.A, Barcelona, 1990, p. 315.

inmiscuirse en la vida de otro, empezando lógicamente por la prohibición de arrebatársela.

Pero el derecho a la vida ¿conlleva el derecho a disponer de la propia vida?, desde el punto de vista filosófico como expone SINGUER[3], se puede reconocer a los seres humanos, *sujetos racionales* dice él, *el principio de respeto a la autonomía*, lo que yo llamaría el derecho de autodeterminación de la persona, a los que se debe permitir *que vivan su propia vida de acuerdo con su propia decisión autónoma, libre de coerción e interferencia*, lo que lleva a respetar también la decisión del sujeto de morir.

Pero ¿recoge nuestro Derecho ese derecho de autodeterminación? La respuesta desde mi punto de vista es, que si bien no lo recoge expresamente, lo consiente, pues desde el acto de disposición más elevado como sería el suicidio hasta cualquier tipo de actuación sobre el propio cuerpo, no está penalizado. Es decir, sino como tal derecho, en todo caso se tiene la posibilidad de disponer de la propia vida, la única limitación, hoy día además en debate, es que sobre esa disposición no pueda intervenir un tercero ni aun a voluntad del propio interesado, conducta está que si se penaliza en los artículos 143 y 155 del Código Penal (CP).

En definitiva, salvo que se apreciaran motivos de falta de capacidad, cualquier persona puede disponer de su propia vida como tenga por conveniente y no solo no se sanciona esa autodeterminación, sino que además no está previsto que el Estado pueda tener una actuación activa en su contra.

II. LA RELACIÓN DE SUJECIÓN ESPECIAL DE LOS PRESOS.

El hecho de estar bajo la custodia del Estado, con motivo del cumplimento de la pena privativa de libertad conlleva lo que se conoce como una relación de sujeción especial.

Como dice nuestro Tribunal Constitucional, se trata de una relación de dependencia del individuo respecto a un fin específico de la Administración Pública, que se añade a la relación de dependencia jurídica en que como súbdito se encuentra frente al Estado.

Esta relación de sujeción especial, conllevará necesariamente, la limitación de parte de los derechos que le corresponden al sujeto como persona en el marco del

[3] SINGUER, Peter, Ética práctica, (trad. M. I. Gustavino), Barcelona, Ariel, 1984, p. 178.

ordenamiento español. Algunas de esas limitaciones vendrán dadas por el propio contenido de la pena, como es el caso de la suspensión o pérdida temporal del derecho a la libertad deambulatoria, pero otros se deberán a la coyuntura que produce la propia situación de sujeción.

No obstante el artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) al disponer que *la actividad penitenciaria se ejercerá respetando en todo caso la personalidad humana de los recluidos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena* y el artículo 4 del Reglamento Penitenciario (RP) al añadir que, *la actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad de los internos y los derechos e intereses legítimos de los mismos no afectados por la condena, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*, marcan los límites de la relación de sujeción de que tratamos.

A su vez se establecen una serie de derechos y deberes para la propia Administración penitenciaria y para los internos que delimita el ámbito de sujeción.

Ente esos derechos/deberes encontramos en el artículo 3.4 de la LGP, la obligación para la Administración penitenciaria de velar por la vida, integridad y salud de los internos.

¿Conlleva esta obligación de la Administración, que a diferencia de cómo hemos indicado con carácter general, en el apartado primero de esta comunicación, el Estado si tendrá una actuación activa que limite el derecho de autodeterminación, que incluye la posibilidad de disponer de la propia vida?

Esta pregunta ha sido resuelta por el TC[4] (4) con motivo de una huelga de hambre llevada a cabo por unos internos y la posibilidad de su alimentación forzosa.

Inicialmente el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (JVP), acordó *que efectivamente, tal y como establece el art. 3 de la Ley General Penitenciaria, la Administración penitenciaria ha de velar por la vida, integridad y salud de los internos, pero también, y tal como dice el art. 3 en su párrafo 1.º, ésta se ha de ejercer siempre respetando en todo caso la personalidad humana de los propios recluidos en prisión; así. pues, se les puede dar tratamiento médico siempre que no sea preciso emplear la fuerza física para administrárselo. Por esta razón, se les deberá informar de la*

[4] STC 120/1990, de 27 de junio.

situación clínica en la que se encuentra e intentar el dicho tratamiento, pero si su voluntad lo rechaza no se podrá utilizar fuerza física, dado que, en mi criterio, ésta atenta contra la dignidad de la persona. Si perdieran la conciencia se deberá en ese momento hacer todo lo posible por salvar la vida de los afectados.

Si por los Médicos que atienden a esos pacientes se considera necesario efectuar una analítica de extracción de sangre, se podrá efectuar.»

Como vemos, en principio el juez de Vigilancia Penitenciaria, reconoció el derecho de autodeterminación de que he hablado y distinguía así la situación de conciencia de la de inconciencia, de modo que prevalecía la voluntad de los internos a disponer de su propia vida en el primer caso, no así en el segundo al no estimar, se deduce de la resolución, que pudiera anticiparse la voluntad para una situación de futuro y por tanto al no estar en condiciones de decidir sobre su vida se debía actuar en favor de esta.

Recurrida la resolución por la fiscalía ante la Audiencia Provincial (AP), esta estimo el recurso y dispuso la alimentación aun contra la voluntad del interno, si bien como actuación de intervención médica y sin que pudiera suministrarse la alimentación por vía bucal en tanto persista su estado de determinarse libre y conscientemente.

La demanda de amparo se funda en que el Estado debe garantizar el valor superior de la libertad, en cuanto autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias.

Se añade, que ha de respetarse a todo ciudadano su personal código de opiniones, creencias, valores y objetivos vitales de que se trate. De este modo, la actuación estatal o de terceros en la esfera más íntima del sujeto, interfiriendo coactivamente en su actitud frente a su propia vida, como ocurriría si se obligase a prestar asistencia sanitaria a los pacientes que, libre y conscientemente, deciden rehusarla, implicaría negar al hombre todo poder configurador de su vida y su muerte.

Alegaban los recurrentes, que el interés público de garantizar la vida de los internos no es, circunstancia legitimadora de la limitación del derecho de aquéllos sobre su propia vida.

Por su parte el Ministerio Fiscal en cuanto al fondo del asunto alegaba que, *el derecho a la vida, es un prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de*

los demás derechos, que merece, por ello, especial protección del ordenamiento jurídico, y frente al que existe una obligación negativa general de no lesionarlo y una obligación positiva del Estado de contribuir a su mantenimiento. El ciudadano tiene libertad para decidir voluntariamente su propia muerte por un acto propio, pero no existe un derecho a la muerte que supondría la disponibilidad condicionada del derecho a la vida. Reconocer el derecho a la muerte significaría la licitud de la renuncia de los recurrentes a los derechos fundamentales y concretamente al derecho fundamental que es presupuesto de los demás

El TC delimita el objeto del recurso de amparo a la compatibilidad con los arts. 1.1, 9,2, 10.1, 15, 16.1, 17.1, 18.1, 24.1 y 25.2 C.E. de la resolución judicial que, ante la negativa a ingerir alimentos manifestada por los internos recurrentes, autoriza y obliga a la Administración penitenciaria a prestar asistencia médica, en cuanto ello implique la alimentación de los internos en contra de su voluntad.

Descartada por distintos motivos que no viene al caso la vulneración de los artículos 1.1, 9,2, 10.1 el Tribunal se centra en examinar la vulneración de alguno o algunos de los derechos garantizados por los arts. 15, 16.1, 17.1 y 18.1 de la Constitución.

La cuestión se centra en determinar, desde la perspectiva de los referidos derechos fundamentales, la licitud constitucional de una resolución judicial que ordena a la Administración penitenciaria dar asistencia médica obligatoria y en especial alimentar incluso contra su voluntad a los recurrentes cuando, como consecuencia de la huelga de hambre que siguen, se vea en peligro su vida, aunque excluyendo en todo caso la alimentación por vía bucal mientras se mantengan conscientes. Es la licitud constitucional de esta decisión judicial la que se examinó

Se dilucida el conflicto entre el ejercicio del derecho de libertad del interno hasta el extremo, incluso de ocasionar su propia muerte, sin injerencia ajena alguna, y el derecho-deber de la Administración penitenciaria de velar por la vida y salud de los internos sometidos a su custodia.

Considera el TC que el derecho a la vida tienen *un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente*

disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del agere licere, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho.

Además distingue el TC según el objetivo perseguido por el que pretende disponer de la propia vida sea lícito o ilícito, lo que se criticó en el voto particular del Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

Concluyendo en lo que el derecho a la vida se refiere, *la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial recurrida no vulnera dicho derecho fundamental, porque en éste no se 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 artículo 15 de la Constitución protege.*

Por su parte el voto particular formulado por el Magistrado don Jesús Leguina Villa considera que *el deber de velar por la salud y la integridad física de los reclusos termina frente a la renuncia del recluso enfermo a su derecho a recibir protección y cuidados médicos. Los reclusos que con grave riesgo para su salud y su vida, pero sin riesgo alguno para la salud de los demás. se niegan a recibir alimentos y asistencia sanitaria no son personas incapaces cuyas limitaciones hayan de ser subvenidas por los poderes públicos. Son personas enfermas que conservan la plenitud de sus derechos para consentir o para rechazar los tratamientos médicos que se les propongan.*

III. CONCLUSIONES.

La relación de sujeción especial respecto a la Administración en que se encuentran los presos conlleva la limitación de sus derechos fundamentales, no solo consecuencia de la propia pena si no también de la mera situación de garante sobre la vida, salud e integridad de estos que corresponde a la Administración consecuencia de esa relación.

Que en todo caso de la doctrina constitucional expuesta se deduce que para hacer posible la exigibilidad de un derecho fundamental en el marco de esa relación de

sujeción especial, se requiere que el mismo este claramente constituido con carácter positivo, sin que resulte aplicable a la inferencia lógica que pueda deducirse de la regulación del propio derecho, de modo que aun cuando en el caso del derecho a la vida, dedujéramos que comprende el derecho a disponer de la propia vida, esto no sería directamente exigible en el marco de esa relación.

Por tanto y mientras no cambie la doctrina del TC expuesta en la presente comunicación y que ha sido mantenida en resoluciones posteriores, podemos concluir que el interno en establecimiento penitenciario al contrario de como ocurre con cualquier otra persona en plenas facultades mentales, no dispone de plena disponibilidad sobre su propia vida

* * * * * *

José María Bernabéu Vergara
Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socio de la FICP.

~La intervención específica de comunicaciones entre el interno en centro penitenciario y abogado defensor~

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

Tomando como punto de partida el artículo 18 de la Constitución Española y la consagración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, tiene por objeto este trabajo determinar, desde el punto de vista de la normativa vigente y jurisprudencia derivada, la posible limitación, intervención o suspensión de las comunicaciones del interno en centro penitenciario con su Abogado y/o Procurador. Y ello con el riesgo inherente de constituir una merma del derecho de defensa, debiendo ser extremadas en tal caso las precauciones a fin de evitar la conculcación de tal garantía procesal.

No debe caer en el olvido que en determinadas circunstancias cabe la adopción de tal medida de investigación, siempre que quede debidamente justificada en atención a los requisitos legales vigentes, pues debe remarcarse que el derecho a tal comunicación específica, aun siendo de carácter esencial en una sociedad democrática, no tiene un carácter absoluto, pues, en palabras del TEDH, "*el acceso de un acusado a su abogado puede estar sometido a restricciones por razones válidas. Se trata de saber en cada caso si, a la luz del conjunto del procedimiento, la restricción privó al acusado de un proceso equitativo*"[1].

II. RÉGIMEN LEGAL Y REGLAMENTARIO

Las personas que se hallan privadas de libertad y se encuentran internas en un Centro penitenciario, ya lo sean como resultado del acuerdo de una medida cautelar –prisión provisional (art. 503 LECrim)– o cumpliendo pena privativa de libertad tras preceptiva sentencia firme, gozan del derecho a comunicar con el exterior así como al mantenimiento del secreto y privacidad de lo comunicado. En tal sentido, los internos, condenados o preventivos, de acuerdo a lo que dispone el art. 25.2 CE gozan de los derechos fundamentales proclamados en el Capítulo II del Título I de la Constitución,

[1] Sentencia Viola contra Italia, de 5 de octubre de 2006.

salvo los que expresamente se vean limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria[2]. El Tribunal Constitucional se ha encargado de depurar tal mensaje, concluyendo, como se expresa entre otras en SSTC 170/1996, 128/1997 o 200/1997, que del "derecho al secreto de las comunicaciones, en principio, son también titulares los ciudadanos internos en un centro penitenciario", debiendo ser la LOGP y su Reglamento quienes, en todo caso, fiscalizarán el libre acceso a las comunicaciones, pero garantizando siempre la inviolabilidad de su secreto.

En el contexto de la relación específica penitenciaria, como "relación de sujeción especial" en la que el interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos[3], es ciertamente admisible que determinados derechos fundamentales de los reclusos puedan sufrir limitaciones que no se aplicarían a los ciudadanos comunes y, entre éstas incluimos las que se establezcan por la Ley Penitenciaria, pero esta relación "debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales"[4].

Con el texto constitucional de 1978 era más que conveniente, como recordaba la doctrina, que el ordenamiento jurídico español contara con una Ley en la que se recogieran los principios fundamentales del sistema penitenciario y los derechos de los reclusos en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad[5]. Fruto de todo ello fue la aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre (LOGP.), actualmente desarrollada por el Reglamento Penitenciario aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero (RP.).

En el ámbito específico aquí tratado, indica el artículo 51.2 LOGP que las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales "*no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo*". Se extrae de

[2] PAZ RUBIO, J. Mª./y otros, La prueba en el proceso penal: su práctica ante los Tribunales, Ed. Cólex, Madrid, 1999, p. 214.

[3] STC 2/1987, de 21 de enero.

[4] SSTC 120/1990, de 27 de junio; 57/19974, de 28 de febrero; y 200/1997, de 24 de noviembre, entre otras.

[5] NOYA FERREIRO, Mª. L., La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 230.

ello, en primer lugar, la necesaria existencia previa de una autorización judicial que avale la adopción de la medida, sin que quepa entender aplicable el nº 5 del citado artículo que prevé la ratificación judicial a posteriori, expresando su tenor literal que *las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente*. En tal sentido obra formulado planteamiento doctrinal que considera que el art. 51.2 LOGP es norma especial respecto al nº 5, con lo que éste último no tendría interacción respecto a las comunicaciones específicas entre interno y Abogado o Procurador[6], siendo otra también valorable que el art. 51.5 LOGP sólo entre en juego para los supuestos en que corra peligro el buen orden del establecimiento penitenciario, es decir, exclusivamente previsto para los supuestos de índole penitenciaria y no de carácter penal.

Completa el panorama normativo en la materia lo previsto en el artículo 48.3 RP., el cual determina que las comunicaciones específicas entre interno y abogado "*no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa*", y confirma que "*La suspensión o la intervención de estas comunicaciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial*."

Sin embargo se aprecia cierta contradicción o carácter difuso de las normas, de un lado legales (art. 51 LOGP) y de otro reglamentarias (arts. 41 y ss. RP) aplicables en la materia, pues citando el art. 46.6 RP, recordemos que se trata de una norma de 1996 muy posterior a la Ley penitenciaria de 1979, para el caso semejante de las comunicaciones escritas entre interno y su Abogado defensor o Procurador, establece exclusivamente el límite de la previa orden de la autoridad judicial, sin distinción de tipos delictivos. En el mismo sentido el referido art. 48.3 RP afirma que tales comunicaciones específicas no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa, pues sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial, sin referir tampoco a continuación delito concreto que permita o autorice, como requisito adicional la medida; aspecto éste sí remarcado en el art. 51.2 LOGP., norma dictada al inicio del periodo constitucional con las connotaciones propias del contexto socio político de la época, que concreta como referente delictivo único, la intervención de comunicaciones específicas abogado-interno, en caso de delito de

[6] JUANATEY DORADO, C. La intervención de las comunicaciones de los internos con sus Abogados defensores en el ámbito penitenciario. Doctrina del Tribunal Constitucional, Revista General de Derecho Penal 15, 2011, p. 4.

terrorismo.

Es notorio que la medida de intervención de las comunicaciones entre interno y abogado puede comportar una vulneración del derecho de defensa, en tanto podría aportar al instructor de la causa, datos, entre otros, reveladores de la culpabilidad del investigado. De tal forma, el secreto profesional de defensa jurídica se presenta como uno de los posibles límites de las medidas de intervención telefónicas pero no por efecto directo del secreto formal del art. 18.3 de la CE sino derivado del art. 24.2 de la CE y de sus normas de desarrollo (arts. 437.2 LOPJ y arts. 263 y 416.2 de la LECrim)[7].

Ello habría de propiciar, como expone un amplio sector doctrinal, que el material resultante de una interceptación casual de comunicaciones entre el Abogado y su defendido haya de ser inmediatamente separado de las actuaciones y desaparecer físicamente. [8]

Realizado un breve análisis, pues, de los preceptos legales y reglamentarios que de modo extremadamente básico regulan la cuestión planteada, y aun cuando el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente interno en centro penitenciario debe integrar una garantía para el efectivo derecho de defensa a la luz del art. 24 CE, no es menos cierto que la conducta del letrado ejerciente en el caso concreto puede constituir un apoyo directo o indirecto de una acción delictiva en curso, con lo que han de articularse mecanismos legales que habiliten el desarrollo y buen fin de la investigación delictiva, preservando en todo caso, lo que no siempre es sencillo, el derecho de defensa del interno inicialmente investigado[9].

Lo apuntado cobra mayor transcendencia en el ámbito de determinados ilícitos, generalmente transnacionales y de compleja detección, que cuentan con normativa en el

[7] LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás. Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Ed. Colex, Madrid, 1991, pp. 50- 62.

[8] ASENCIO MELLADO, José María. Prueba prohibida y prueba preconstituida, Ed. Trivium, Madrid,1989, p. 107

[9] MARCO URGELL, Anna. La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia. Universidad Autónoma de Barcelona, Octubre 2010., p. 258, apunto dicha idea al sostener que "partir de la ilegitimidad de toda medida de control de las comunicaciones del Abogado habidas por razón de su ejercicio profesional obliga partir de una premisa: de la presunción de que la actuación del Letrado es siempre lícita en el marco del ejercicio de su actividad profesional, estando libre de cualquier sospecha en la participación o comisión de un hecho delictivo. Lo cierto es que de reconocer al Abogado defensor dicha "inmunidad", el legislador se enfrenta al riesgo de establecer un privilegio desmesurado que proporcione a dicho profesional una absoluta protección frente a toda clase de injerencia de modo que se podría llegar a situaciones merecedoras de sanción (piénsese por ejemplo en que un despacho profesional podría convertirse en un paradigma de delincuencia)".

contexto comunitario aprobada a fin de extender los controles sobre tales conductas ilícitas, pudiendo ser citada en tal sentido la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2005/60, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.

Subyace en cualquier caso la confrontación entre el derecho de defensa y la necesidad de investigación y castigo de aquellos delitos más graves que comprometen seriamente la estabilidad social y democrática de un Estado. Sobre ello apunta la doctrina más autorizada[10] que el derecho de defensa sólo puede ser limitado con carácter excepcional; o sea, existiría una especie de presunción a favor del derecho a la defensa, derivado del mayor peso abstracto de ese bien.

Es absolutamente deseable y se torna imprescindible, ante la vaguedad legislativa existente, una reforma dirigida a establecer de modo preciso e indubitado los requisitos que permitirían llevar a cabo en caso de delito especialmente grave (a fecha actual únicamente para caso de terrorismo) la intervención de comunicaciones entre letrado y cliente privado de libertad, remarcando los indicios de criminalidad que necesariamente habrían de concurrir, en su caso, en la conducta del abogado, extensión de la medida y motivación concreta de la autorización judicial, entre otros aspectos; solución ésta que ha sido adoptada en Derecho comparado y que por la extensión de este trabajo no es posible aquí desarrollar.

III. BREVE CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL

Tratándose de una cuestión específica y particular, no son extensos los casos en que los tribunales de justicia han tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la validez o nulidad de la intervención de comunicaciones establecida entre interno en centro penitenciario y su abogado. En la materia, amén de lo expuesto y de las resoluciones dictadas por órganoz integrados en la jurisdicción española, cabe citar las resoluciones al respecto dictadas por el TEDH. Un supuesto significativo es la sentencia dictada en el *caso Thomas Campbell contra Reino Unido*, STEDH de 25 de marzo de 1992, donde, manifestando a favor del régimen privilegiado del que debe beneficiarse la relación abogado-cliente, aun cuando éste se encuentre privado de libertad, se destacó que las comunicaciones entre éstos pueden intervenirse sólo en casos excepcionales, si las autoridades (entre las que cabría incluir al Juez instructor de la causa por la que el

[10] ATIENZA. M.¿Pueden intervenirse las comunicaciones recluso/abogado? El caso Gürtel y la objetividad del Derecho, en Notario del siglo XXI, 31, mayo-junio 2010, p. 49.

interno se halla en situación de medida cautelar de prisión) creen que se ha usado del privilegio por constituir el contenido de la carta una amenaza a la seguridad del establecimiento o de terceros, o porque revista de otra manera un carácter delictivo. Así, sostiene el TEDH *a sensu contrario* que, sin caer en una apertura o intervención automática de la correspondencia extremo éste desde todo punto censurable, la apertura y lectura de la correspondencia es válida si se basa en una necesidad social imperiosa y necesaria en una sociedad democrática, causa que encuentra respaldo en el art. 8 del Convenio[11].

Por lo que respecta a los casos tratados por los tribunales españoles, cabe referir en primer lugar el *caso Gorostiza* resuelto por Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 4 de marzo de 1996, y el trascendental *caso B. Garzón* con STS de 9 de enero de 2012 que fijó línea jurisprudencial en la materia.

Sobre el primero de los supuestos, frente a un caso de intervención de las comunicaciones entre abogado e interno por parte del director del establecimiento por motivo de riesgo de comisión de delito terrorista llevada a cabo en enero de 1993, la Audiencia Nacional, por auto de fecha 20 de diciembre de 1993 acordó dejar sin efecto y declarar nula, vía art. 11 LOPJ, la diligencia de intervención que había aportado las grabaciones al proceso penal iniciado contra el abogado implicado en los hechos, en el seno de diligencias que dieron lugar al Procedimiento Abreviado 14/1993, del Juzgado Central de Instrucción nº 2, y ello por no encontrar acomodo la injerencia administrativa en la legislación penitencia o procesal penal. En el íter del proceso, decretada la nulidad de actuaciones, y practicada de nuevo la prueba incluida la audición de lo grabado en prisión, el TS en sentencia de 4 de marzo de 1996 entiende que dicha intervención de las comunicaciones practicada no fue lícita, con lo que no puede atenderse al contenido de lo grabado como prueba en el proceso. A tal conclusión se llegaba por entender, ahora sí, aplicable el art. 51.2 LOGP por tratarse la comunicación intervenida de la propia entre Abogado e interno, más allá de la validez formal del volante para la entrevista, con lo que siendo preceptiva la autorización judicial (interpretación, pues, en la línea de STC 183/1994), la prueba no puede ser considerada.

El *caso del Juez Baltasar Garzón* se constituye como un hito que marca un antes

[11]Del mismo sentido, contribuyendo a fijar la posición jurisprudencial del TEDH en esta materia en el contexto penitenciario, participan las SSTEDH de 25 de marzo de 1992 (*caso Thomas Campbell contra Reino Unido)*, de 10 de noviembre de 2005 (*caso Argenti contra Italia),* de 5 de octubre de 2006 (caso *Viola contra Italia*) de 9 de junio de 2009 (*caso Kvasnica contra Eslovaquia*).

y un después en la materia. De gran repercusión social, en este supuesto se plasma la posible colisión entre la salvaguarda del derecho de defensa y la materialización en fase de instrucción de actuaciones judiciales limitativas de derechos dirigidas a la persecución de delitos especialmente graves. Así, en dicho proceso, resuelto por STS Sala Segunda de 9 de enero de 2012, resultó condenado y apartado consecuentemente de la carrera judicial el que fuera Juez del Juzgado Central de Instrucción nº5 de la Audiencia Nacional D. Baltasar Garzón Real, afirmando el fallo la comisión en concurso de normas de delito de prevaricación (art. 446 CP) y delito cometido por funcionario público de uso de artificios de escucha y grabación con violación de las garantías constitucionales (art. 536 CP).

De la manera más concisa y breve posible, este caso tiene como origen la instrucción de procedimiento penal desde febrero de 2009 por delitos de delitos de blanqueo de capitales, de defraudación fiscal, de falsedad, de cohecho, de asociación ilícita y de tráfico de influencias, que se atribuían a varias personas ya imputadas en la causa, a los que se consideraba integrados en una organización en cuyo marco se ejecutaban las acciones delictivas. Tal y como se relata en los Hechos Probados de la sentencia, "*a juicio policial, trasladado al acusado, los datos que manejaban hacían suponer que, a pesar de que se encontraban en prisión provisional acordada por el acusado, los que consideraban los máximos responsables de la organización continuaban con su actividad delictiva organizada procediendo a nuevas acciones de blanqueo de capitales y a otras actividades que podían implicar la ocultación de importantes cantidades de dinero ilícitamente obtenidas. Según entendían los funcionarios de policía, y así lo comunicaron verbalmente, en esas actividades pudieran estar interviniendo algunos abogados integrados en un despacho profesional cuyos miembros eran conocidos y estaban identificados, llegando a ser imputados en la causa*". En el meritado contexto delictual, el magistrado B. Garzón dictó auto en fecha 19 de febrero de 2009, a los fines de la investigación, en el que se acordaba "*la intervención de las comunicaciones orales y escritas de los tres internos antedichos",* así como *"igualmente y dado que en el procedimiento empleado para la práctica de sus actividades pueden haber intervenido letrados y que los mismos aprovechando su condición pudiesen actuar como "enlace" de los tres mencionados con personas del exterior, deviene necesaria también la intervención que aquellos puedan mantener con los mismos, dado que el canal entre otros miembros de la organización y los tres*

miembros ahora en prisión podrían ser los letrados que estarían aprovechando su condición en claro interés de la propia organización y con subordinación a ella."

Tales medidas de observación y grabación de conversaciones se extendieron por plazo temporal limitado a un mes, de 19-2-2009 a 20-3-2009, autorizándose exclusivamente a los funcionarios de policía judicial para escuchar y transcribir, con obligación cada quince días de informar sobre evolución y relevancia de la actuación, debiéndose establecer en depósito lo grabado a disposición judicial.

Incide la sentencia condenatoria en la vulneración del derecho de defensa, más allá de la infracción forma del art. 51.2 LGP, pues la expresión "previniendo el derecho de defensa" que el magistrado incluyó en su auto no pasaba de una expresión formal sin contenido material, aun cuando el juez matizó en posterior resolución, a instancia de los funcionarios policiales, que debían excluirse de la medida *"las conversaciones privadas sin interés para la investigación y proceder a su entrega en el juzgado, ocupándose él de lo que procediera en orden al cumplimiento de dicha cláusula*". Sobre tal particular, el Ministerio Fiscal emitió informe donde precisaba de la "*expresa exclusión de las comunicaciones mantenidas con los letrados que representan a cada uno de los imputados y, en todo caso, con rigurosa salvaguarda del derecho de defensa",* conversaciones que el Fiscal consideraba que debían desglosarse se la causa. Dicha precisión fue cumplida, no en el Auto de prórroga de 20 de marzo de 2009, sino en Auto de fecha 27 de marzo de 2009.

Cabe resaltar en el supuesto fáctico que fue un elemento determinante que bien pudo precipitar la decisión de intervención de comunicaciones entre abogado y cliente privado de libertad el que por parte de los imputados en prisión se llevara cabo el cambio repentino de los letrados que ostentaban la defensa, o se mantuvieran entrevistas con letrado defensor de otro imputado al que expresamente se llamaba para tratar asunto penal, y ello a fin de, hipotéticamente, sortear, eludir o dificultar la investigación.

El TS reitera en su resolución que en este caso el derecho de defensa es cercenado porque la conducta de injerencia en las comunicaciones se materializa "*sin que existieran datos de ninguna clase que indicaran que los letrados mencionados en los hechos probados estaban aprovechando el ejercicio de la defensa para cometer nuevos delitos*", no encontrando apoyo la decisión del instructor en el art. 51.2 CP que sólo prevé la intervención específica previa conjunción de resolución judicial habilitante y por delito de terrorismo.

Puesto de tal modo el acento por el órgano sentenciador en la vulneración del derecho de defensa de los letrados actuantes en la fase de instrucción, a la postre querellantes en el proceso posterior contra B. Garzón, no faltan en la doctrina autores que inciden en que para entender que un caso concreto el derecho de defensa ha sido vulnerado es necesario explicar en qué hechos concretos y objetivos se manifiesta esta violación y cómo ha trascendido ésta en el proceso penal causando indefensión[12].

En el último párrafo del Fundamento Jurídico 8ª de la STS es posible atisbar la sugerencia para un cambio legislativo, en orden a ampliar los casos de intervención de las comunicaciones interno-abogado a otros casos además del delito de terrorismo, pues expresamente se manifiesta que *"sería precisa una reforma legal que contuviera una habilitación de calidad suficiente para intervenir las comunicaciones entre internos y letrados defensores o expresamente llamados en relación con asuntos penales, estableciendo los casos y las circunstancias en que tal intervención sería posible y las consecuencias de la misma.*"

BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO MELLADO, José María: Prueba prohibida y prueba preconstituida, Ed. Trivium, Madrid, 1989.

ATIENZA. M. ¿Pueden intervenirse las comunicaciones recluso/abogado? El caso Gürtel y la objetividad del Derecho, en Notario del siglo XXI, 31, mayo-junio 2010,.

DOLZ LAGO, M. J. Condena del juez Garzón por las "escuchas del caso Gürtel", Diario La Ley, 7889, 27 de junio de 2012.

JUANATEY DORADO. C. La intervención de las comunicaciones de los internos con sus Abogados defensores en el ámbito penitenciario. Doctrina del Tribunal Constitucional, Revista General de Derecho Penal 15, 2011.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Ed. Colex, Madrid, 1991.

MARCO URGELL, Anna. La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia. Universidad Autónoma de Barcelona, Octubre 2010

NOYA FERREIRO, Mª. L., La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal, Ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

PAZ RUBIO, J. Mª. Y otros, La prueba en el proceso penal: su práctica ante los Tribunales, Ed. Cólex, Madrid, 1999.

* * * * * *

[12] DOLZ LAGO, M. J. Condena del juez Garzón por las "escuchas del caso Gürtel", DDL, 7889, 27 de junio de 2012, p. 10.

M.ª Jesús Berzosa Ríos

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia de la FICP.

~Los permisos penitenciarios. Su importancia en el régimen penitenciario y tratamiento~

Resumen.- El presente estudio aborda los permisos penitenciarios regulados por la Ley Orgánica General Penitenciaria así como por el Reglamento General Penitenciario, en tanto en cuanto, dicha regulación va dirigida a dar cumplimiento al mandato constitucional en relación a los fines de la pena; fines que persiguen la reinserción y de resocialización del penado. Así como todo su tratamiento, tipología, concesión, denegación, y recursos.

I. INTRODUCCIÓN

Los permisos penitenciarios se configuran como uno de los pilares básicos necesarios para garantizar que el cumplimiento de las penas privativas de libertad, cumplan con las finalidades de reintegración, reinserción social y reeducación social de los condenados[1]. El reconocimiento de la necesidad de tales licencias penitenciarias se ha proyectado en innumerables resoluciones y congresos internacionales, así en el Primer Congreso Internacional de Defensa Social de 1947 se consagraba la importancia de la posibilidad de conceder licencias de salida o visitas al "*hogar"* siempre que estas medidas no representaran peligro para la sociedad y fueran positivas para la rehabilitación de los condenados. También se contemplaba en Las Reglas Penitenciarias Europeas[2] de mediados de los años ochenta que con el fin de promover el contacto de los reclusos con el mundo exterior y señalaban que: "*debe existir un sistema de permisos penitenciarios compatible con los objetivos del tratamiento*". Junto con lo expuesto, la Recomendación número (82) 16 del Consejo de Europa dispone que debe considerarse a efectos de otorgar un permiso: "*la naturaleza y la gravedad de la infracción, la duración de la pena pronunciada así como el tiempo de la pena ya cumplida, la personalidad y el comportamiento del detenido así como el riesgo que puede presentar para la sociedad".*

A nivel nacional, al margen de la legislación penitenciaria preconstitucional, resulta evidente que la normativa penitenciaria actual viene marcada por el contenido

[1] Artículo 25.2 de la Constitución Española

[2] La introducción de las Reglas Mínimas Europeas para el tratamiento de los reclusos, se hizo mediante la Resolución (73) 5 del Consejo de Europa. Con ellas se quería adaptar las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, formuladas en 1955. En 1987 las Normas Penitenciarias Europeas fueron revisadas a fin de que pudieran: "*recoger las necesidades y las aspiraciones de las administraciones penitenciarias, de los reclusos y del personal penitenciario en un enfoque coherente de la gestión y el tratamiento que sea positivo, realista y contemporáneo".*

del artículo 25 de la Constitución Española (CE), que en su párrafo segundo establece como principios fundamentales del cumplimiento de las penas, al margen del carácter punitivo y retribucionista de las mismas, dos finalidades que necesariamente deben pretenderse con el cumplimiento de dichas penas privativas de libertad, la reeducación y la reinserción social, concretando 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*", concluyendo que a su vez tendrá derecho **"***al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad".* Sin duda los permisos penitenciarios constituyen una herramienta indispensable para cumplir con las finalidades constitucionales de la pena de prisión, así como constituyen uno de los medios que pueden garantizar el acceso de los condenados a la cultura y el desarrollo integral de su personalidad, cumpliendo también, fines retribucionistas, es decir con la mirada en el futuro, con objetivo de que el penado no torne a delinquir.[3]

Finalmente resaltar que normativa de carácter más reciente, como la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, a la hora de tratar la pena de prisión permanente revisable, establece unos plazos mínimos de cumplimiento de la pena con carácter previo al poder disfrutar de permisos de salida[4], y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, reguladora del Estatuto de la Víctima del delito establece el derecho de dichas víctimas a que se le dé audiencia previa y a que se le notifiquen las decisiones judiciales que autoricen los permisos de salida de los condenados por los delitos cometidos con violencia o intimidación o que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima[5].

II. REGULACIÓN Y CLASES DE PERMISOS EN NUESTRO SISTEMA PENITENCIARIO.

Las clases de permisos y su reglamentación, viene recogida en los artículos 47 y 48 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) así como en los artículos 154 a 162 del Reglamento General Penitenciario (RGP). A partir de la lectura de dichos preceptos y por la propia nomenclatura preceptual, se extrae la existencia de dos tipos de permisos, los de naturaleza extraordinaria y los ordinarios. Los primeros, se hallan establecidos en los artículos 47 y 48 de la LOGP siendo concedidos por motivos

[3] GARCÍA VALDÉS, C. Teoría de la Pena, Madrid, Tecnos, 1986, p. 13.
[4] Artículo 36.1 del Código Penal.
[5] Recogidos en el Título I Derechos básicos de la Ley 4/2015, de 27 de abril.

humanitarios. Serán concedidos en caso de fallecimiento, o de enfermedad o de alumbramiento de la esposa. Ahora bien, respecto a este último extremo, debe incorporarse la regulación del Reglamento General Penitenciario, dado que no solo el permiso se concederá por el parto de la esposa, sino también de aquella persona que sea pareja del condenado, es decir con análoga relación de afectividad. Añadir, que este precepto mencionado, no es un numerus clausus de tal forma que cabe conceder dichos permisos por otros motivos, eso sí, los mismos deben ser: "*importantes y comprobados*", por tanto, cabe acordarlo por motivos distintos de los inicialmente enunciados, pero deberán tener análogas características, deberán ser importantes los motivos aducidos y deberán comprobarse, y ello, porque así lo fija el RGP en su articulado. Por otro lado, el artículo 155 del RD 190/1996 de 9 de febrero por el que se aprueba el Reglamento General Penitenciario, perfila los permisos extraordinarios, e incluso, a título de ejemplo, prevé la consulta ambulatoria médica[6]. Junto a estos permisos, también están regulados los de carácter ordinario. Estos van dirigidos, sobre todo, a preparar al condenado para la vida en libertad tras años de reclusión[7], vinculados directamente con los fines de la pena, emanados de la Constitución. Con ellos se intenta una interacción con los núcleos familiares, un acomodo a la realidad familiar y social del momento, un mecanismo de integración paulatina en el entorno, en la familia y en la sociedad, y es que, además, el condenado, forma parte de la misma, de dichos núcleos, sean familiares, sociales. Estos permisos ordinarios, según BUENO ARÚS son "*derechos subjetivos del penado"* no una recompensa[8]. Aunque sobre este concepto el TC en su sentencia 81/97 de 22 de abril, contrapone y refiere que "*la simple congruencia de la institución de los permisos de salida con el mandato constitucional establecido en el artículo 25.2 de la Constitución, no es suficiente para conferirles categoría de derecho subjetivo, ni menos aún de derecho fundamental",* por tanto: "*todo lo relacionado con los permisos de salida es una cuestión situada esencialmente en el terreno de la legalidad ordinaria, de forma que la concesión de permisos no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley, al constituir una vía fácil para eludir la custodia. Es razonable, por lo tanto, que su concesión no sea automática y que, constatando el cumplimiento de los requisitos objetivos, no basta con que éstos concurran, sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen la*

[6] Artículo 155 del RGP.
[7] Artículo 47.2 de la LOGP y artículo 154 del RGP.
[8] BUENO ARÚS, F. Revista de estudios penitenciarios, 252, 2006, pp. 9-36

denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines de reeducación y reinserción social". A su vez el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Burgos de 26 de octubre de 2002 expuso en referencia a los permisos ordinarios que "*sabemos que para la concesión del permiso ordinario de salida es preciso, en primer lugar, que concurran los requisitos objetivos establecidos en el artículo 154 del RGP; tratarse de internos clasificados en segundo o tercer grado, que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y que no observen mala conducta, esto es, que no tengan sanciones pendientes de cancelar. Pero estos requisitos, siendo mínimos o necesarios, no son suficientes para la procedencia del permiso, puesto 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 a que ha de responder dicho permiso"*.

III. REQUISITOS Y FINALIDAD DE LOS PERMISOS.

Ya anunciábamos que los permisos penitenciarios, no debían ser entendidos como una mera recompensa por el comportamiento del preso, en tanto, que privado de libertad en el centro penitenciario, sino que dichos permisos pueden entenderse como derechos que tiene el mismo, y ello, por cuanto el condenado a una pena privativa de libertad, forma parte de la sociedad, y el fin que persigue la pena es la reinserción, y resocialización del mismo, teniendo por objeto prepararle para la vida en libertad, siendo la finalidad de los permisos conseguir ese acomodo en la sociedad y en el seno familiar, máxime cuando son un paso previo a libertad condicional, y a la vida en plena libertad, y así lo refiere FERNÁNDEZ BERMEJO cuando remarca que se evita el desarraigo y la desocialización del interno[9].

Ello, no implica que, sean concedidos, per se, sin necesidad de requisito o formalidad alguna, ahora bien, también, es cierto que, los presupuestos para su concesión deben ser entendidos como refiere jurisprudencia menor, de forma favorable "*a la efectividad de los principios inspiradores del régimen penitenciario, en sentido*

[9] FERNÁNDEZ BERMEJO, D. Derecho Penitenciario. Centro de estudios financieros, 2016, p. 333 refiere en relación a los permisos, "*los efectos positivos que producen para el tratamiento individualizado, ya que constituyen un elemento esencial para evitar la desocialización y el desarraigo, así como un instrumento muy útil e importante para su reinserción social y para la preparación de su vida en libertad".*

amplio, en particular de los aspectos más vinculados con el tratamiento y las finalidades reinsertoras de la persona privada de libertad"[10].

La Ley General Penitenciaria establece unos requisitos para su concesión tales como estar en el segundo o tercer grado el penado, que haya cumplido la cuarta parte de su condena y una buena conducta, sin sanciones graves o muy graves, o bien que se hubieran cancelado las mismas, pero como ya hemos apuntado, el hecho de cumplir con los requisitos enmarcados en nuestra legislación no implican una concesión automatizada de los permisos, porque debe valorarse las circunstancias personales del mismo, para que los mismos redunden en el fin último que es de reinserción, y no suponga un yugo, que no se perturbe con el permiso, la resocialización del mismo[11]. Por todo ello, el Artículo 160 del Reglamento Penitenciario establece la necesidad de un informe del Equipo Técnico, con objeto de valorar el cumplimiento de los requisitos objetivos exigidos para el disfrute del permiso, valorando las circunstancias peculiares determinantes de su finalidad y estableciendo, cuando proceda, las condiciones y controles a que se refiere el artículo 156 del RGP, pudiendo informar desfavorablemente sobre el mismo. Ahora bien, no debe denegarse sin motivación y sin acreditar un riesgo, es decir, que el permiso resultará perjudicial, porque ello supondría una decisión contraria a Derecho y por ende arbitraria, con incumplimiento de la voluntad proclamada en nuestra Constitución.

IV. PROCEDIMIENTO: CONCESIÓN Y DENEGACIÓN DE LOS PERMISOS PENITENCIARIOS.

Como ya apuntábamos los permisos solicitados por los condenados, tanto los ordinarios como los extraordinarios, deben ser informados previamente por el Equipo Técnico, quien valorará el disfrute o no del mismo. A partir de la emisión de dicho

[10] Resolución de la AP de Tarragona sección 4º, en su rollo nº 944/2018, establece que siendo que "*los permisos penitenciarios conectan directamente con las finalidades de reinserción proclamadas en la Constitución y adquieren el valor de instrumentos funcionales al servicio del propio régimen penitenciario basado en la idea de la progresión. Ello comporta una consecuencia esencial. La necesidad de interpretar los presupuestos de concesión de manera favorable a la efectividad de los principios inspiradores del régimen penitenciario, en sentido amplio, en particular de los aspectos más vinculados con el tratamiento y las finalidades reinsertoras de la persona privada de libertad. En lógica consecuencia, su no concesión debe someterse a un estricto test o estándar de valoración por el cual se identifiquen, con claridad, buenas razones en consideración a las cuales se repute como probable que el permiso solicitado puede introducir graves riesgos de quebrantamiento de la condena, de reiteración delictiva o de 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 (artículo 156 Reglamento Penitenciario 190/1996)".*

[11] Tribunal Constitucional en sentencia número 112/96 de 24 de junio.

informe, la Junta de Tratamiento, es la encargada de acordar la denegación o la concesión del permiso solicitado por el interno y de ahí trasladarlo, o al Juez de Vigilancia Penitenciaria, en referencia a los internos clasificados en segundo grado o al Centro Directivo, respecto a los clasificados en tercer grado, para que lo autoricen, pudiendo, en caso de urgencia, ser autorizado el permiso extraordinario por el Director del Establecimiento, previa consulta al Centro Directivo y comunicando a la Junta de Tratamiento la autorización concedida[12].

El Equipo Técnico puede informar de forma desfavorable el permiso peticionado, pero para ello tendrá en cuenta la trayectoria delictiva del penado, repercusiones negativas que se pudieran producir con la salida del interno, la personalidad del sujeto, entre otros aspectos a valorar [13](teniendo en cuenta que todos ellos, expuestos en el artículo 156 del RGP, son conceptos genéricos los esgrimidos por el legislador, por lo que debe existir motivación al respecto para que no sea algo arbitrario e inclusive aleatorio). Debemos referir que tal y como dispone el artículo 154 del Reglamento Penitenciario el requisito de no tener mala conducta para poder conceder permisos penitenciarios, es de inexcusable concurrencia[14] y así lo refiere ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA F.J./RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V. ahora bien la existencia de faltas o incoación de expedientes disciplinarios no siempre dará lugar a la consideración de mala conducta y así lo ha señalado la jurisprudencia[15]. La Junta de Tratamiento, a su vez, puede denegar el permiso solicitado, pero ésta, la misma, también, deberá hacerlo de forma motivada, indicando, al penado, el régimen de recursos a su alcance, que tiene la posibilidad de recurrir en queja ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria[16]. Dicha denegación, como se ha expuesto, no debe de resolverse de forma arbitraria, de tal forma que el juez de Vigilancia Penitenciaria pueda conocer y valorar los motivos de la

[12] Reglamento General Penitenciario, Artículo 160, 161.

[13] Artículo 156 RGP Informe del Equipo Técnico.

[14] ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J./RODRÍGUEZ RAMÍREZ V. Reglamento penitenciario comentado. Análisis sistemático y recopilación de información: "*la constancia en el expediente de sanciones sin cancelar constituirá dato objetivo revelador de ausencia de buena conducta por lo que no se cumplirá, como regla general, uno de los requisitos exigidos para el disfrute de permisos. No obstante, ello no debe impedir el estudio y tramitación por parte de la Junta de Tratamiento, dejando abierta en caso de denegación la vía de recurso ante el órgano judicial (criterios de actuaciones, conclusiones y acuerdos aprobados por los JVP en sus XIX reuniones".*

[15] De esta forma el Juzgado de Vigilancia de Ceuta entiende que el cumplimiento de una sanción de siete días de aislamiento, no puede considerarse más que un hecho puntual, que no reviste del carácter de habitualidad a que se refiere el término conducta. Entendiendo así mismo que no concederlo llevaría encubierta otra sanción de privación de permisos.

[16] Artículo 162 RGP Denegación.

denegación y pueda hacer un juicio de valor, teniendo en cuenta los parámetros objetivos y subjetivos del penado, y un certero control jurídico.

Cierto es que, a pesar de la concesión del permiso ordinario o extraordinario (compatibles ambos tipos de permiso entre sí) pueden darse circunstancias que modifiquen las que conllevaron a su concesión, pudiendo ser suspendido o incluso revocado el mismo[17] aunque como refiere VICENTE DE GREGORIO, M. requieren motivación.

En relación a esa concesión, y a efectos de valorar la misma, hay multitud de resoluciones que fijan que para conceder o no un permiso, debe valorarse la cualidad y cantidad de los aspectos favorables frente a los desfavorables, y en función de la importancia o relevancia de los primeros frente a los segundos se conceden. Así por ejemplo, Audiencia Nacional en auto de 7-05-13[18], o la Audiencia Provincial de Soria, en auto de fecha 6 de junio de 1999, en la que valora los factores positivos, tales como el trabajo desempeñado en cocina, su evolución penitenciaria, el deseo de disfrutar de tiempo familiar, el habérsele concedido ya un permiso anterior, con escaso riesgo, frente a los negativos "*arraigada condición marginal-delincuencial, tendencia a ambientes de riesgo y carencia de enmienda en su actitud".* También median resoluciones donde la existencia de algún aspecto nuevo significativo, determina en estos casos la procedencia del permiso; así lo recoge el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga en fecha 20 de marzo de 2000[19]. U otros órganos jurisdiccionales que señalan que hay ciertos favores negativos que no pueden entenderse como relevantes por sí solos, y por

[17] VICENTE DE GREGORIO, M. Cuestiones Básicas de Derecho Penitenciario. Madrid, 2015, p. 72: "*antes de iniciarse el disfrute de un permiso ordinario o extraordinario, se produzcan hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión, la Dirección podrá suspender motivadamente con carácter provisional el permiso, poniéndose en conocimiento de la Autoridad administrativa o judicial competente la suspensión para que resuelva lo que proceda. En general, el Director comunicará al Centro Directivo todos los casos de revocación de permisos de salida, adoptados conforme al art. 157.1 del RP, con remisión de copia delos acuerdos de suspensión y revocación.*

Si el interno aprovechase el disfrute de cualquier clase de permiso para fugarse o cometiese un nuevo delito durante el mismo, quedará sin efecto el permiso concedido, sin perjuicio de las consecuencias que se puedan derivar de su conducta en el orden penal y penitenciario y de que dichas circunstancias deban valorarse negativamente por el Equipo Técnico para la concesión de futuros permisos ordinarios".

[18] La Audiencia Nacional concedió un primer permiso a un interno condenado por delitos terroristas (asesinatos) con un límite de cumplimiento de 30 años y lejana fecha de cumplimiento de condena, a quien estimó los factores favorables al haber repudiado la violencia, rompió con el colectivo de presos que le apoyaba, fue expulsado de la banda, reconoce el daño, se arrepiente, pide perdón y tiene buena vinculación familiar.

[19] Siendo la opinión del sentenciador que resulta excesiva la pena impuesta por las circunstancias concurrentes, tal criterio no puede ser obviado: se trata de un informe favorable al indulto parcial que haría –según el Juez de Vigilancia– más procedente en este caso la estimación y concesión de un permiso

tanto, no pueden ser determinantes de la no concesión de un permiso, así el auto del Juzgado de Vigilancia de Ceuta de fecha 15-12-06[20].

V. LOS RECURSOS.

Todo este procedimiento de concesión o denegación de los permisos, adjunta un sistema de recursos garantes con el mandato constitucional. Así ante un preso preventivo, ante la denegación del permiso puede interponer recurso de reforma y de apelación. A su vez el preso condenado, puede interponer un recurso de queja ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria y así lo manifiesta MARTÍN DIZ, F. entendiendo que se dota una doble vertiente en materia de recursos[21]. Tras ello se solicitará información sobre los motivos de la denegación a la prisión, resolverá en forma de Auto estimando o desestimando el recurso.

Contra esta resolución se puede interponer Recurso de Reforma en el plazo de tres días ante el mismo Juez de Vigilancia y posteriormente, Apelación ante la Audiencia Provincial en cuya demarcación se encuentre situado el Centro Penitenciario donde se halla el recurrente ingresado (Disposición adicional 5ª apartado 3º de la LOPJ)[22]. Para interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, si la Audiencia deniega el permiso, debe hacerse un escrito al Tribunal Constitucional, solicitando recurrir en amparo por vulneración de un derecho fundamental para la designa de abogado y procurador de turno de oficio y para la interposición de la demanda de amparo.

En materia de recursos sobre la denegación de los permisos penitenciarios el Tribunal Constitucional ha manifestado dado que su concesión no es automática, debe constatarse el cumplimiento de los requisitos objetivos, y la concurrencia de circunstancias que aconsejen el permiso para no conculcar los fines de reeducación y reinserción social. Así, concede el amparo constitucional por entender que algún derecho fundamental en torno a la concesión de permisos no ha sido respetado debidamente en, por ejemplo, resolución número 23/2006, de 30 de enero, donde

[20] Auto respecto a un interno extranjero, con las 3/4 partes próximas y con apoyo de una institución que se presta acogerlo, considera que el riesgo de su fuga es tolerable y queda amortiguado.

[21] MARTÍN DIZ, F. El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos. *"El estudio y tratamiento de las posibilidades de impugnación que los textos penitenciarios conceden a los reclusos se observa una doble faz en cuanto a la actividad del JVP, sus atribuciones en vía de recurso contemplan el conocimiento de la impugnación de actos de la administración Penitenciaria por parte del recluso o bien directamente la impugnación de determinadas resoluciones del propio JVP, mediante el remedio de reforma de dicho órgano, o bien en un verdadero recurso en apelación ante el inmediato superior jerárquico como es la Audiencia Provincial de la provincia donde tenga su sede".*

[22] Reformado por la LO 5/2003.

concluye que se ha producido la vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa. Por otro lado en su resolución 24/2005, de 14 de febrero, considera que se ha producido vulneración de la tutela judicial efectiva por dictar decisiones opuestas ante situaciones aparentemente iguales, produciendo un resultado arbitrario. Sin embargo en Auto del Tribunal Constitucional 388/2007, de 22 de octubre no estima la vulneración de la tutela judicial efectiva por el hecho de existir dos resoluciones judiciales procedentes del mismo órgano, en este caso de la Audiencia Provincial de Lugo, con decisión divergente, concediendo una el permiso, y denegándolo la otra, debido a que el Tribunal ha partido en cada caso de unos presupuestos distintos para su valoración. El Tribunal Constitucional en recurso de amparo pondera y valora la existencia de requisitos y las circunstancias particulares, pero también, procede a no admitir el recurso de amparo, así en Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2000, de 5 de mayo, que señala que no considera vulnerada la tutela judicial efectiva, y ello "*por defectos de motivación en la resolución judicial, al considerar la lejanía del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena"*.

A su vez el TS en resoluciones en recurso de casación en unificación de doctrina, de fechas recientes, concretamente de 28 de marzo de 2019 y 4 de abril de 2019, establece la necesidad de ponderar las circunstancias personales del interno, y con ello valorar todas las circunstancias concurrentes al caso en relación al sujeto, y ello dada la interpretación del artículo 154 del Reglamento Penitenciario en relación al artículo 156 del mismo texto legal.[23]

VI. CONCLUSIONES

En nuestro ordenamiento jurídico antes de la LOGP ya se contemplaban los permisos penitenciarios (véase el Reglamento de Servicios de Prisiones de 1956, y el RD 2273/1977). La idea inicial, y de la lectura de dicha normativa así se desprende, era concebirlos como si los mismos fueran una recompensa. El cambio notorio se produce

[23] Auto 367/2019 de 28 de marzo: "*Siendo que, en definitiva, el auto recurrido obtiene de los factores existentes la valoración acerca de la pertinencia en la concesión del permiso, según el riesgo que se ha apreciado respecto del recurrente, que, en el caso, ha determinado la denegación del permiso solicitado, se concluye, de un lado, que la interpretación del art. 154 del Reglamento Penitenciario que se percibe en el auto recurrido refleja el criterio hermenéutico a que se refiere el art. 156 del mismo Reglamento, la cual pone de manifiesto que el art. 154 del mismo se debe aplicar mediante una ponderación de las circunstancias personales del interno. De otro lado, en la medida en la que el objeto del presente recurso es el mantenimiento de la unidad interpretativa de las normas de ejecución penal en casos con los requisitos de identidad referidos, el recurso debe ser inadmitido, dado que no se muestra contradicción alguna con las otras resoluciones, que, como la recurrida, han valorado la pretensión del interno solicitante a la vista de todas las circunstancias concurrentes en cada caso".*

con la promulgación de la Constitución Española y con la consagración que en ella se establece de los fines de las penas privativas de libertad, aun eso la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 no asumió de forma notable esta visión constitucional pero sí, lo hizo ya, el Reglamento penitenciario de 1981. El vigente Reglamento Penitenciario de 9 de febrero de 1996, desarrolla los permisos, las clases, la duración, los requisitos, y su concesión, suspensión y revocación, tratando el régimen de recursos ante las resoluciones denegatorias a la concesión de los mismos.

La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, incide en la regulación de la concesión de permisos, así el artículo 36.1 en relación a los condenados a pena de prisión permanente revisable marcando cuándo podrán disfrutar de permisos de salida y en los supuestos de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas. Ley 4/2015, de 27 de abril, da derecho a las víctimas de violencia a que se les notifiquen resoluciones o decisiones de la autoridad judicial o penitenciaria que afecte a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación que supongan un riesgo para su seguridad pudiendo recurrir los permisos. Toda esta regulación, en los diferentes cuerpos legales citados, más el número de órganos intervinientes en todo el procedimiento de concesión o denegación del permiso penitenciario, inclusive con la participación de las víctimas de violencia, los informes preceptivos, el núcleo de recursos, promueven la necesidad de una coherencia normativa y un constante número de resoluciones de los órganos judiciales para propiciar una interpretación integral de los permisos penitenciarios en consonancia con los fines de la pena consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, y en nuestra Constitución Española, los cuales son, la reeducación y reinserción social, gozando el condenado de los derechos fundamentales referidos en la misma.

BIBLIOGRAFÍA

BUENO ARÚS, F. Novedades en el concepto de tratamiento penitenciario, Revista de estudios penitenciarios, 252, 2006, pp. 9-36.

FERNÁNDEZ BERMEJO, D. Derecho Penitenciario, Centro de estudios financieros, 2016.

MARTÍN DIZ, F. El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos, Comares, 2002

ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA F.J/RODRÍGUEZ RAMÍREZ V. Reglamento penitenciario comentado. Análisis sistemático y recopilación de información. Sevilla, 2008

VICENTE DE GREGORIO, M. Cuestiones Básicas de Derecho Penitenciario. Madrid 2015.

GARCÍA VALDÉS, C. Teoría de la Pena, Madrid, Tecnos, 1986.

SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR. Compendio de jurisprudencia penitenciaria 2000-2015. Permisos penitenciarios. 2016.

* * * * * *

Prof. M.ª del Carmen Buendía Rubio

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Profesora tutora de Derecho Romano, Procesal, Penal y Mercantil de la UNED, España. Socia de la FICP.

~La pena de trabajos en beneficio de la comunidad~

I. LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad, como pena privativa de otros derechos constituye junto con la pena de localización permanente, alternativas a la pena de prisión, sobre todo a las de duración reducida. La primera de ellas tiene su origen en el Código Penal de 1995 y la segunda es introducida en virtud de LO 15/2003 de 25 de noviembre, como sustitutiva de la pena de arresto de fin de semana.

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad que evita el ingreso del penado en prisión, implica que el sujeto a la misma puede compaginar su trabajo habitual junto con el cumplimiento de la misma en su entorno familiar, evitando la estigmatización social que implica el cumplimiento de una pena de prisión, consiguiendo a su vez, un efecto reparador y resocializador.

II. TRATAMIENTO LEGAL

La reforma del Código Penal operada en virtud de LO 15/2003 de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, impulsó e incentivó esta pena, pasando el control de su ejecución a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Las posteriores reformas del Código Penal, así la llevada a cabo en virtud de LO 1/2004 y LO 5/2010 han supuesto un aumento en su aplicación, si bien, la reforma operada en virtud de LO 1/2015 la ha disminuido al suprimir el artículo 88 del Código Penal, no obstante esta circunstancia se ha paliado al concebirla como una condición a determinada posibilidad de suspensión prevista en el artículo 80,3 del Código Penal.

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad se concibe, de acuerdo con el Código Penal, como pena menos grave, ex artículo 33.3, 1 que establece una duración entre treinta y un días hasta un año, y como pena leve ex artículo 33.4, i) con una duración entre uno a treinta días.

A nivel reglamentario, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad ha sido regulada por el RD 690/1996 de 26 de abril, el RD 515/2005 de 6 de mayo y el RD 840/2011 de 17 de junio, el cual, en su artículo 2 prescribe: "*Los trabajos en beneficio*

de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares".

Este RD 840/2011 de 17 de junio complementa la regulación que los trabajos en beneficio de la comunidad ostenta en el Código Penal, recogida en el artículo 49 de dicho Cuerpo Legal, el cual prescribe: "*Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuída en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes: 1ª. La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios. 2ª. No atentará a la dignidad del penado. 3ª El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin. 4ª. Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social. 5ª. No se supeditará al logro de intereses económicos. 6ª. Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado: a) se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena; b) a pesar de lo requerimientos del responsable del centro del trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible; c) se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieren por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma; d) por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en*

el centro. Una vez valorado el informe, el juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena. En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad de acuerdo con el artículo 468. 7ª. Si el penado faltare del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto".

Este precepto establece la duración máxima diaria de los trabajos en beneficio de la comunidad, pero, ¿qué ocurre en relación con el límite mínimo de la jornada a cumplir por el penado? A tal respecto, el RD 690/1996 establecía una jornada mínima de cuatro horas y un máximo de ocho horas y, a falta de determinación en el artículo 49 del Código Penal de la duración mínima de la jornada a cumplir, en muchos casos será el Tribunal sentenciador el que determine la duración mínima diaria de la pena en el propio fallo de la sentencia, quedando por tanto vinculada la Administración Penitenciaria por el tenor del mismo, incluso algunos Tribunales fijan en el fallo el quantun diario de la jornada a cumplir con el penado. Cabe incluso la jornada partida, recogida en el RD 690/1966, RD 515/2005 y RD 840/2011 (dos horas por la mañana y dos horas por la tarde) y ello es debido al principio de flexibilidad que rige en su cumplimiento para permitir su compatibilidad con el desarrollo normal de la actividad diaria propia del penado, requiriendo autorización del Juez de Vigilancia Penitenciaria y no del Tribunal sentenciador; por el mismo motivo, cabe la posibilidad de cumplir las jornadas acumuladas en un solo día, al objeto de acomodar la ejecución de la pena a las circunstancias individuales, sociales, familiares y laborales del penado.

En el RD 840/2011 establece que será el Tribunal sentenciador quien remitirá testimonio de la resolución judicial y testimonio de particulares a los órganos encargados del servicio de gestión de penas y medidas alternativas de la residencia del penado, siendo la Administración la encargada de suministrar el puesto de trabajo con la conformidad del penado.

De otra parte, aunque se trata del cumplimiento de una pena, es necesario respetar la legislación en materia de seguridad en el trabajo y riesgos laborales así como la obligación derivada de sometimiento al régimen General de la Seguridad Social a efectos de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por

los días de prestación efectiva de dichos trabajos, salvo que realice el cumplimiento de esta pena mediante su participación en talleres o programas formativos o de reeducación, culturales, de educación vial, sexual y otros similares, en cuyo caso estarán excluidos de dicha acción protectora.

La LO 1/2015 de reforma del Código Penal ha disminuido los supuestos de sustitución al dejar sin contenido al artículo 88 del Código Penal, no obstante lo cual,,la pena de trabajos en beneficio de la comunidad puede operar como modalidad de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, ex artículo 53.1 del Código Penal o el supuesto de sustitución forzosa previsto en el artículo 71.2 del Código Penal para los supuestos de penas inferiores a tres meses de prisión, en cuyo caso, un día de prisión equivale a un día de trabajos en beneficio de la comunidad al igual que en el supuesto anteriormente citado en el que un día de responsabilidad personal subsidiaria equivale a un día de trabajos en beneficio de la comunidad.

La eliminación de la sustitución del artículo 88 del Código Penal ha tenido como efecto beneficioso la imposibilidad, a partir de la citada reforma, de imponer penas de trabajos en beneficio de la comunidad de duración superior a un año, por cuanto el artículo 50.3 del Código Penal prevé como duración máxima de la multa para las personas físicas el plazo de dos años, por tanto, la responsabilidad personal subsidiaria a cumplir no excedería de un año y en consonancia con ello, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como sustitutiva de la misma. En este sentido, se adecúa al contenido del artículo 40.4 del Código Penal que fija un límite máximo de duración de un año para la pena de trabajos en beneficio de la comunidad[1].

De otra parte, la consideración de los trabajos en beneficio de la comunidad previstos en el marco de la suspensión de la ejecución de la pena fijada en el artículo 80.3 del Código Penal que hace referencia, a su vez, al artículo 84 de dicho Cuerpo Legal, plantea la disyuntiva de considerar a los mismos como pena o bien como medidas, a tenor de la literalidad de dicho precepto. En efecto, el artículo 84 del Código Penal establece que el Juez o Tribunal podrá también condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de algunas prestaciones o medidas, entre las que se encuentran los trabajos en beneficio de la comunidad al igual que el acuerdo de mediación o el pago de una multa, sin embargo, el artículo 49 que concibe a os trabajos

[1] FERNÁNDEZ APARICIO, J.M, en: Guía Práctica de Derecho Penitenciario, Sepín, 2017, p. 200.

en beneficio de la comunidad como pena, no ha sido modificado. Por tanto, conforme al artículo 84, cabe la posibilidad de fijar los trabajos en beneficio de la comunidad como una condición de la suspensión de la ejecución de la pena, sin embargo, esta potestad se convierte en obligación si el órgano jurisdiccional otorga la suspensión sobre la base de la modalidad extraordinaria del artículo 80.3 del Código Penal, asimismo, el artículo 86.1,c) de dicho Cuerpo Legal hace referencia al citado artículo 84, por tanto, según esta regulación, los trabajos en beneficio de la comunidad son concebidos como una medida a adoptar en la suspensión de la ejecución de la pena, de carácter potestativo u obligatorio, dependiendo de la modalidad de suspensión de que se trate[2]. En estos supuestos, será competencia del Juez o Tribunal sentenciador al que corresponda la ejecución y fiscalización de la medida, conclusión a la que se llegó por los Fiscales de Vigilancia en las Jornadas celebradas en Madrid el 1 de junio de 2016 al fijar que la competencia de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria se limita única y exclusivamente a los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos como pena[3].

III. CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD EN LOS CASOS DE DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL

Mediante la Instrucción de Instituciones Penitenciarias 2/2010[4] tuvo lugar la puesta en marcha de los Talleres de Actividades de Seguridad Vial "TASEVAL", para el cumplimiento de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad en materia de delitos contra la seguridad en el tráfico rodado. Dicha Instrucción surgió a consecuencia del Real Decreto 1849/2009 que modificó determinados artículos del Real Decreto 515/2005 por el que se establecían las circunstancias de ejecución de penas y medidas alternativas.

El Real Decreto 1849/2009 establecía que tratándose de delitos contra la seguridad vial, las penas de trabajos en beneficio de la comunidad podían desarrollarse a través de talleres de actividades en materia de seguridad vial, al hilo de lo establecido en el artículo 49 del Código Penal que atiende en dichos supuestos a una triple vinculación:

[2] FERNÁNDEZ APARICIO, J.M, en: Guía Práctica de Derecho Penitenciario, Sepín, 2017, p. 218.
[3] En igual sentido el ATS de 3 de junio de 2016. Recurso 20251/2016, ponente Sr. Conde-Pumpido Tourón; citado por FERNÁNDEZ APARICIO, J.M, en: Guía Práctica de Derecho Penitenciario, Sepín, 2017, p. 219.
[4] ISGIIPP 2/2010.

la naturaleza del delito, los efectos causados por éste y las características de la prestación que se encomienda al penado.

"TASEVAL" se configuraba como un conjunto de actividades tendentes a dotar a los infractores de tráfico de las habilidades necesarias para superar las circunstancias que les habían llevado a cometer la infracción penal, estructurándose en dos cometidos: realización de actividades formativas y actividades de utilidad pública complementarias de las anteriores, llevadas a cabo por los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas. El ámbito de aplicación fue recogido por el artículo 49 del Código Penal conforme a la LO 5/2010, al establecer la posibilidad de la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual o similares. Por su parte, el Real Decreto 840/2011 de 17 de junio, ahondó en el sentido de la línea marcada por la LO 5/2010 de 22 de junio, de reforma del Código Penal.

En la actualidad, podemos afirmar que "TASEVAL" o taller para el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en los casos de delito s relacionados con la seguridad del tráfico, va dirigido a penados cuyas jornadas impuestas sea inferior o igual a sesenta jornadas de trabajos. Podemos definirlo como un conjunto de actividades de sensibilización y reeducación en el ámbito de la seguridad vial, dirigido a los penados por delitos contra la seguridad del tráfico, cuya pena consista en trabajos en beneficio de la comunidad.

Como objetivos específicos del taller "ASEVAL", podemos reseñar los siguientes:

- Sensibilizar al penado frente al problema de los accidentes de tráfico y sobre los nuevos delitos que el Código Penal refleja.

- Concienciar a los participantes en el mismo acerca de la influencia directa de su comportamiento vial sobre la sociedad.

- Generar una predisposición al cambio de los penados a través del trabajo de los conocimientos, creencias y valores.

- Trabajar con los usuarios del taller diferentes técnicas de afrontamiento para resolver situaciones problemáticas y potenciar conductas viales seguras.

- Promover la conducta de respeto a las normas en el tráfico a través de valores sociales.

En cuanto a los contenidos del taller, son los siguientes:

- Sensibilización hacia la problemática del accidente de tráfico y sus consecuencias.
- La seguridad vial y la velocidad.
- La seguridad vial y el consumo de alcohol.
- La seguridad vial y el consumo de drogas.
- Conducción temeraria.
- Distracciones.
- Sistemas de retención.
- Valores sociales
- Técnicas de afrontamiento: asertividad, empatía, atribuciones, control del estrés.

El taller puede ser impartido por profesionales penitenciarios o externos que colaboren con la institución Penitenciaria o por ambos de manera coordinada, quienes deberán tener conocimientos específicos en la aplicación del taller y/ o conocimientos en seguridad vial así como práctica en el trabajo y dinámica de grupos.

La duración del taller será de ocho sesiones presenciales, de cuatro horas de duración cada una de ellas en las que se llevarán a cabo las actividades teórico-formativas incluías en el catálogo de "TASEVAL", siendo seleccionadas por el profesional en función de la temática de que se trate en cada caso, debiendo ser completadas por una serie de actividades prácticas que el profesional que las imparte debe seleccionar conforme al citado catálogo.

Para la impartición del taller, se organizarán grupos de hasta treinta usuarios, siendo imprescindible que posean habilidades básicas de lectura y escritura.

En cuanto al desarrollo del taller, de una parte, podemos distinguir el procedimiento de gestión administrativa que consiste en la citación y entrevista al

penado en la forma que contempla la Instrucción 9/2011 en su manual de procedimiento y el manual SISPE-A[5]

En la entrevista se valorará la pertinencia de que el penado cumpla la pena realizando las concretas actividades comprendidas en el taller "TASEVAL".

El plan de ejecución se adecuará a los establecido en la Instrucción 9/2011[6], incluyendo losa dataos de duración del programa, determinando la fecha de inicio y los días y horas estipulados.

Cuando el taller vaya a ser impartido por una entidad externa, se establecerán los mecanismos de coordinación entre dicha entidad y el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas correspondiente, conforme se regulan en la Instrucción 9/2011.

Los usuarios del taller, conforme al Real Decreto 840/2011, no serán dados de alta en la Seguridad Social.

El taller se inicia con la primera sesión en la que el profesional entra en contacto con el grupo de penados, durante la misma se persiguen, entre otros, dos objetivos fundamentales:

- Presentación del taller y normas a cumplir.

- Explicación de la metodología a seguir y las actividades a realizar en las sesiones presenciales.

Debe hacerse especial hincapié en que la asistencia y participación en el taller es obligatoria, puesto que se trata del cumplimiento de una pena, y que deberán respetarse las normas y reglas que determine el profesional encargado del mismo.

La participación de los usuarios en el taller es independiente de otras posibles acciones formativas de seguridad vial que el penado pueda o deba realizar, como el curso de sensibilización y reeducación para la recuperación de puntos del carné de conducir.

No cabe convalidación entre la realización del taller "TASEVAL" y cualquier otro curso de seguridad vial que pueda realizar el penado.

[5] ISGIIPP 4/2014.
[6] ISGIIPP 9/2011.

El profesional que imparta el taller explicará la metodología a seguir durante la realización del mismo, su duración, tipo de actividades a realizar y cualquier aspecto práctico que considere oportunos.

En todo caso, se informará al penado que cualquier incidencia durante la realización del taller será valorada por el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, pudiendo derivarse consecuencias respecto del cumplimiento de la pena, tras el pertinente traslado a la autoridad judicial competente.

Para el caso en que el taller no sea impartido por el Servicio de Gestión de Penas y Medias Alternativas, cualquier incidencia que tenga lugar durante el desarrollo de las sesiones deberá ponerse en conocimiento a aquél, por ejemplo para el caso en que el penado no asista de forma injustificada a alguna sesión, en dicho supuesto el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas citará nuevamente al penado y conocer el motivo de su ausencia, debiendo valorar en cada caso la incidencia concurrente, comunicando lo procedente al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Para el caso de que tras la valoración de la incidencia por el Servicio de Gestión de Penas y Medias Alternativas se considere oportuno elevar un nuevo plan de ejecución al Juez de Vigilancia penitenciaria, dicho plan deberá cumplirse por todas las jornadas a las que hubiese sido condenado el penado y ello es debido a que el cumplimiento del taller ha de ser integral, debiendo ser informados los penados de esta circunstancia.

En el supuesto de que una ausencia a las jornadas sea justificada, el profesional que imparta el taller podrá encargar al penado determinadas actividades que deberá realizar para compensar la jornada perdida y para el supuesto en que sean varias las ausencias justificadas, deberá comunicarse esta circunstancia al Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas quien podrá realizar un nuevo plan de ejecución para el cumplimiento íntegro de la pena.

* * * * * *

Antonio José Bueso Alberdi

Abogado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel. Socio de la FICP.

~Las medidas de seguridad~

I. REGULACIÓN, NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO.

Las medidas de seguridad fueron introducidas por el Código Penal de 1928, aprobado durante la dictadura de Primo de Rivera y, se mantuvieron en otras normas como la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, aprobada durante la Segunda República española y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, que distinguía entre medidas de seguridad predelictuales y posdelictuales.

En el Derecho Penal español actual, las medidas de seguridad, se regulan en el Título IV del Libro I del Código Penal, artículos 6 y 95 a 108, conforme a la regulación dada por la LO 15/2003 y, por la LO 5/2010, de 22 de junio, además de alguna referencia a la legislación penitenciaria (artículos 1, 8 y 11 LOGP y artículos 182 a 184 RP).

La infracción penal determina una serie de consecuencias jurídicas, que pueden ser civiles y penales, y dentro de las consecuencias jurídicas penales encontramos unas consecuencias principales, donde se encuentran las penas y las medidas de seguridad.

La pena, es la figura o institución jurídica más relevante y tradicional del Derecho penal, es el castigo que sigue, como consecuencia jurídica a la realización de un delito. Pero junto a la pena, como señalaba, también existe una segunda consecuencia jurídica, esto es, la medida de seguridad, que si bien no viene avalada históricamente, si ha adquirido una relevancia que podemos calificar de importante.

Así las cosas, la mayoría de los sistemas penales vigentes se califican como dualistas o de doble vía, para aludir a esas dos consecuencias jurídicas del delito que constituyen al mismo tiempo dos modos de solución de conflictos penales[1]. Como veremos, además de la pena como consecuencia de la infracción penal, es posible la aplicación de medidas de seguridad posdelictuales en aquellos casos en que el sujeto posee determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad

[1] ROMERO SANTOS, Medidas de Seguridad: previsión legal, fundamentos y tipología, en Ortega Burgos (Dir.), Actualidad Penal 2019, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 169.

delictiva, con probabilidad repetitiva, y, además, que requieren un tratamiento especial, derivado de sus especiales condiciones personales[2].

En nuestro sistema penal vigente, solo caben las medidas de seguridad posdelictuales. Se ha discutido, si las medidas de seguridad tiene al igual que la pena, una naturaleza puramente penal y punitiva, o si, por el contrario, su naturaleza es administrativa. Parece, que la doctrina se ha inclinado por considerara que las medidas de seguridad constituyen auténticas medidas penales, pues entrañan una respuesta legal frente a la comisión de un hecho delictivo, que imponen la privación al sentenciado bien del derecho a la libertad, bien de otro tipo de derecho, y por ello se someten a las garantías del principio de legalidad –garantías criminal (artículo 1 CP), penal (artículo 2 CP), jurisdiccional (artículo 3.1 CP) y ejecutiva (artículo 3.2 CP)-[3].

Las medidas de seguridad, en derecho penal, son aquellas sanciones complementarias o sustitutivas de las penas que el juez puede imponer con efectos preventivos a aquel sujeto que comete un injusto (hecho típico y antijurídico), pero que, de acuerdo con la teoría del delito, al ser inimputable no puede ser culpado por un defecto en su culpabilidad[4]. Las medidas de seguridad constituyen la respuesta que el ordenamiento penal otorga para quien ha cometido un delito sin entender lo que hace o sin tener voluntad de hacerlo por la anulación o merma muy considerable de sus facultades psíquicas. De este modo, la medida de seguridad aparece configurada en nuestro Código Penal, como una consecuencia jurídica de la infracción penal con relación a los delitos, por lo que partiendo de este dato, se definen las medidas de seguridad como aquellas consecuencias jurídicas penales principales previstas por la Ley frente a la comisión de un hecho delictivo en cuya virtud se priva de un determinado derecho al sujeto, no en función de su culpabilidad, sino en base a su peligrosidad criminal, apareciendo en todo caso la privación del derecho como imprescindible en orden a controlar esa peligrosidad criminal[5]. En definitiva, podemos señalar que las medidas de seguridad consisten en la privación o restricción de bienes jurídicos previamente señalados en la Ley, impuesta coactivamente en una Sentencia

[2] SÁNCHEZ MELGAR: Código Penal Comentarios y Jurisprudencia, Editorial Jurídica Sepin, SL, Madrid 2016, p. 728.
[3] FERNÁNDEZ ARÉVALO/NISTAL BURÓN, Derecho Penitenciario, Aranzadi, Marzo 2016, p. 226.
[4] FERNÁNDEZ BERMEJO, Derecho Penitenciario, CEF, 2016, p. 74.
[5] FERNÁNDEZ ARÉVALO/NISTAL BURÓN, Derecho Penitenciario, Aranzadi, Marzo 2016, p. 227.

firme al sujeto que ha delinquido previamente y que es considerado peligroso, a través de un juicio de probabilidad de que el sujeto vuelva a delinquir en el futuro[6].

II. FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.

Frente al principio de culpabilidad que inspira la imposición de las penas, el fundamento de las medidas de seguridad se asienta no en dicha culpabilidad, de la que incluso puede carecer el partícipe en la comisión del hecho delictivo, sino en la peligrosidad exteriorizada con la comisión del hecho delictivo[7].

Por peligrosidad criminal debemos entender la probabilidad o posibilidad razonable de comisión de nuevos hechos delictivos. La noción de peligrosidad consiste en un juicio de futuro sobre la probabilidad de delinquir de una persona que ha cometido un delito, de ahí que en todo caso, sean posdelictuales.

Como hemos señalado anteriormente, la medida de seguridad es la consecuencia jurídica aplicable (artículos 101 a 103 CP) a la persona autora de un delito en quien se aprecie una causa de inimputabilidad (anomalía o alteración psíquica grave, intoxicación plena o síndrome de abstinencia y alteraciones en la percepción desde la infancia) o una imputabilidad disminuida (artículo 104 CP- eximente incompleta o atenuante relativa a las causas anteriores) y siempre que se aprecie peligrosidad criminal (artículo 6.1 CP[8]). Consecuentemente, su imposición y ejecución estará sometida a un doble límite: la proporcionalidad con la finalidad de contrarrestar la peligrosidad criminal, lo que implica que no se seguirá ejecutando la medida de seguridad desde el momento en que deje de ser necesaria la prevención, y un límite máximo de proporcionalidad de la restricción de derechos de la medida con la gravedad del hecho, por lo que no se impondrán medidas desproporcionadas a la gravedad del delito[9].

---

[6] MUÑOZ COMPANY, Los Acuerdos de Pleno No Jurisdiccionales de la Sala II de lo Penal del TS, años 2000 a 2018. Tesis doctoral. Madrid 2019, p. 261.

[7] FERNÁNDEZ ARÉVALO/NISTAL BURÓN, Derecho Penitenciario, Aranzadi, Marzo 2016, p. 231.

[8] "1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. 2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor."

[9] ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, Las medidas de seguridad como instrumentos de reinserción. Artículo Monográfico, Sepin, Julio 2010.

Así las cosas las SSTS 65/2011, de 2 de febrero, y 1019/2010, de 2 de noviembre, señala: *"La mayoría de los sistemas penales vigentes se califican como dualistas o de doble vía en lo referente a las consecuencias jurídicas del delito, ya que no es la pena la consecuencia esencial de la infracción penal, sino que es posible la aplicación de medidas de seguridad posdelictuales en aquellos casos en que el sujeto posee determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad repetitiva, y además que requieren un tratamiento especial, derivado de sus especiales condiciones personales. Es por ello que si la pena ha de ser proporcionada al delito, la medida de seguridad se individualiza según la peligrosidad del sujeto; las penas se imponen a los imputables, y las medidas de seguridad a los peligrosos, cualquiera que sea su grado de inimputabilidad. El legislador penal parte de que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se imponga, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito".*

III. FINALIDAD Y PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

La doctrina sostiene que las Medidas de Seguridad cumplen una finalidad de prevención especial consistente en evitar que el autor de un hecho previsto por la Ley como delito pueda volver a delinquir. Se orientan preferentemente hacia la prevención especial, mediante la fijación de un marco de contención de riesgos de reincidencia dimanante de la peligrosidad específica del sujeto y, al igual que las penas, son instrumentos de control social que afecta a derechos individuales[10].

Podemos señalar que las medidas de seguridad tienen una triple finalidad:

- La readaptación a la vida social, especialmente las medidas de naturaleza educativa, las correctoras y las terapéuticas.
- Separación de los sometidos a ellas de la vida social, como por ejemplo las medidas de aseguramiento de delincuentes menores de edad).
- La prevención de una probable actividad delictiva futura.

En cuanto a los presupuestos de la aplicación de las medidas de seguridad, citaremos los siguientes[11]:

[10] STERN BRIONES, Las medidas de seguridad, pp. 2-12. Disponible en: www.fiscal.es Ponencias formación continuada,

[11] SÁNCHEZ MELGAR, Código Penal Comentarios y Jurisprudencia, Editorial Jurídica Sepin, SL, Madrid 2016, pp. 728-730.

1. Principio de legalidad criminal: Viene regulado en el artículo 1.2 del Código Penal, cuando señala que *"las medidas de seguridad solo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos establecidos previamente en la ley"*. Dos son los presupuestos necesarios para que pueda ser aplicada una medida de seguridad: uno de carácter objetivo, que es la existencia de la peligrosidad criminal, y otro de naturaleza subjetiva, enlazado con el hecho de que no toda persona supuestamente peligrosa, sino solo las que se encuentran en los casos previstos en los artículos 101 a 104 del Código Penal, pueden ser sometidas a medidas de seguridad.

2. Peligrosidad criminal, como ya hemos señalado, las medidas de seguridad se "*fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito*". Esto se fundamenta, a su vez, en:

a) Peligrosidad criminal: que una persona se considere potencialmente idónea para cometer acciones "antisociales" o dañosas. A dicho conocimiento se refiere el art. 95.1.2ª CP cuando dice que es preciso, para que el Juez o Tribunal aplique una medida de seguridad, "*que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos*".

b) Necesidad de la aplicación de tales medidas: el Juez o Tribunal la aplicará "*previos los informes que estime convenientes*" (artículo 95 CP) y, como se advierte en los artículos 101 a 103, "*si fuere necesario*".

3. Control jurisdiccional: El artículo 3 del Código Penal dispone que no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad, sino en virtud de sentencia firme dictada por Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las Leyes procesales.

4. Garantía de ejecución: En la ejecución de las medidas de seguridad se estará a lo prescrito por la Ley y los reglamentos que la desarrollan, en definitiva, se encomienda la ejecución al control de los Jueces y Tribunales competentes.

5. Personas que pueden ser sometidas a medidas de seguridad: Vienen recogidas en los arts. 101 a 104 del Código Penal. Los sujetos a estas medidas son los siguientes:

a) El sujeto exento de responsabilidad criminal, conforme al número 1º de artículo 20 CP, esto es, las anomalías o alteraciones psíquicas que impidan comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, a quienes se le podrá aplicar, si

fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del art. 96. A tal efecto, el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y en consecuencia, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Código Penal.

b) A los exentos de responsabilidad penal conforme al número 2º del artículo 20 CP, o sea, los que al tiempo de cometer la infracción penal se hallen en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, a quienes se les aplicará, si fuere necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabituación público, o privado debidamente acreditado u homologado, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. Igualmente, el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiere sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará ese límite máximo en la sentencia. Como se ha mencionado anteriormente, el sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 CP.

c) A los que fueren declarados exentos de responsabilidad conforme al número 3º del artículo 20 del Código Penal (el que sufra alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, y tenga gravemente alterada la conciencia de la realidad), a quienes se les podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3º del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable y, en este caso, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo. E igualmente, el sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Código, pero con la particularidad de que la propuesta a que se refiere el referido precepto, deberá hacerse al terminar cada curso o grado de enseñanza.

d) En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento solo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99 CP.

IV. CLASES DE MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Las medidas de seguridad se enumeran y clasifican en el artículo 96 del Código Penal, y pueden ser privativas y no privativas de libertad.

1. Son medidas privativas de libertad, que son las que más trascendencia tienen en el campo del derecho penitenciario:

- El internamiento en centro psiquiátrico (artículos 101 y 104 CP).

- El internamiento en centro de deshabituación (artículos 102 y 104 CP).

- El internamiento en centro educativo especial (artículos 103 y 104 CP).

2. Son medidas no privativas de libertad (artículos 105 a 108 CP):

a) De carácter corrector:

- sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario.

- sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, de educación sexual y otros similares.

b) De carácter asegurativo o de control:

- La inhabilitación profesional.

- La expulsión del territorio nacional.

- La libertad vigilada (localización, prohibiciones de comunicación o aproximación, de residencia...).

- La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

- La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

- La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en

relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado

V. CONCLUSIONES.

Tal y como señala nuestra Constitución Española en su artículo 25.2, "… las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados". Parece evidente que el constituyente lo que pretende es que el legislador oriente la política penal y penitenciaria a la reeducación y reinserción social.

Así mismo, es necesario señalar que nos encontramos ante medidas posdelictuales, por lo que se requiere para su imposición la comisión de un hecho previsto como delito que revele la peligrosidad criminal del sujeto y permitir con su imposición lo que nos señalaba el mencionado artículo 25.2 CE, es decir, su reeducación, reinserción social o reintegración a la comunidad.

Podemos concluir, que las medidas de seguridad, como alternativa al ingreso en prisión de personas con su imputabilidad afectada por una situación de drogodependencia o alteración psíquica, constituyen una consecuencia jurídica eficaz y adecuada para la consecución del fin de la prevención especial, pues con dichas medidas se puede encontrar la respuesta adecuada a los factores que inciden en el comportamiento delictivo, permitiendo una mayor flexibilidad y adaptación al pronóstico y evolución del sometido a la medida.

Señalar, que todas las medidas vienen delimitadas por el principio de proporcionalidad, especialmente la medida de seguridad de internamiento, puesto que si la pena a imponer no es privativa de libertad, en modo alguno podrá imponerse una medida de seguridad privativa de libertad como lo es el internamiento. Es importante recoger que con base en dicho principio de proporcionalidad, que la duración de la medida de seguridad no puede exceder a la duración que correspondería en abstracto a la pena impuesta por la ley penal al delito.

Por último, considero habida cuenta de la laguna legal existente, que en principio no podrían adoptarse medidas de seguridad en fase de instrucción, si bien este es un asunto discutido por la doctrina y que podría ser objeto de estudio independiente.

BIBLIOGRAFÍA

ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, Las medidas de seguridad como instrumentos de reinserción. Revista Sepin, septiembre 2010.

FERNÁNDEZ ARÉVALO/NISTAL BURÓN, Derecho Penitenciario, Aranzadi, Marzo 2016.

FERNÁNDEZ BERMEJO, Derecho Penitenciario, CEF, 2016.

MUÑOZ COMPANY, Los Acuerdos de Pleno No Jurisdiccionales de la Sala II de lo Penal del TS, años 2000 a 2018. Tesis doctoral. Madrid 2019.

ROMERO SANTOS, Medidas de Seguridad: previsión legal, fundamentos y tipología, en Ortega Burgos (Dir.), Actualidad Penal 2019, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

SÁNCHEZ MELGAR, Código Penal Comentarios y Jurisprudencia, Editorial Jurídica Sepin, Madrid 2016.

STERN BRIONES, Las medidas de seguridad.www.fiscal.es Ponencias formación continuada

VICENTE DE GREGORIO, Cuestiones básicas de derecho penitenciario y de ejecución de penas privativas de libertad, Editorial LDL, San Fernando de Henares, 2015.

* * * * * *

Prof. Bernardino Díaz Rodríguez

Abogado Fiscal sustituto de la provincia de Guadalajara. Prof. asociado de Derecho Penal de la Univ. Carlos III de Madrid. Socio de la FICP.

~El sistema de ficheros de internos de especial seguimiento (FIES): evolución legislativa, contenido y crítica~

I. REGULACIÓN LEGAL

La figura del Ministerio Fiscal se encuentra recogida en el Art. 124 de nuestra Constitución Española, donde se establece:

> "1**.** El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.
>
> **2.** El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.
>
> **3.** La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.
>
> **4.** El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial."

La previsión Constitucional se llevó a cabo mediante la Ley 50/1981, de 30 de Diciembre del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Así el Art. 1 del citado Estatuto Orgánico establece:

> **"1.** El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.
>
> **2.** El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.
>
> **3.** La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.
>
> **4.** El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial."

Por su parte los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se crean en virtud de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de Septiembre, General Penitenciaria; y por el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, el cual ha

sido objeto de sucesivas modificaciones, hasta llegar a la última llevada a cabo por el Real Decreto 190/1996, de 9 de Febrero. Siendo la entrada en vigor de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria el día 1 de Octubre de 1981

Asimismo, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, estableció donde existirían estos Juzgados y el número de los mismos, en su Art. 94:

> "1. En cada provincia, y dentro del orden jurisdiccional penal, habrá uno o varios Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley.
>
> 2. Podrán establecerse Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que extiendan su jurisdicción a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma.
>
> 3. También podrán crearse Juzgados de Vigilancia Penitenciaria cuya jurisdicción no se extienda a toda la provincia.
>
> 4. En la villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá uno o varios Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria que tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria, descritas en el apartado 1 de este artículo, la competencia para la emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley y demás funciones que señale la ley, en relación con los delitos competencia de la Audiencia Nacional. En todo caso, la competencia de estos Juzgados Centrales será preferente y excluyente cuando el penado cumpla también otras condenas que no hubiesen sido impuestas por la Audiencia Nacional.
>
> 5. El cargo de Juez de Vigilancia Penitenciaria será compatible con el desempeño de un órgano del orden jurisdiccional penal."[1]

Siendo preciso tener en cuenta, a su vez las normas siguientes:

- Ley Enjuiciamiento Criminal Arts. 526, 985, 987, 990 y concordantes, a los que remite el Art. 78 y la Disposición Transitoria 1ª de la ley General Penitenciaria.

- Código Penal arts. 36, 49, 58, 60, 78, 78 bis, 90, 91, 92, 92, 98, 105 y 106.

- Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, Ley 23/2014, de 20 de Noviembre.

[1] Conclusiones de las Jornadas de fiscales de vigilancia penitenciaria 2015.

II. DESIGNACIÓN DE LOS FISCALES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

La designación del Fiscal de Vigilancia Penitenciaria se realizará de conformidad con lo dispuesto en el Art. 22.5 de la Ley 50/1981, de 30 de Diciembre del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal:

> "Ar. 22.5**.** El Fiscal Jefe de cada órgano ejercerá la dirección de éste y actuará siempre en representación del Ministerio Fiscal bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado.
>
> Corresponde a los Fiscales Jefes de cada órgano:
>
> **a)** Organizar los servicios y la distribución del trabajo entre los Fiscales de la plantilla y la adscripción de los componentes de la Sección de Menores, oída la Junta de Fiscalía.
>
> **b)** Conceder los permisos y licencias de su competencia.
>
> **c)** Ejercer la facultad disciplinaria en los términos que establezcan el presente Estatuto y su reglamento.
>
> **d)** Hacer las propuestas de recompensas, de méritos y las menciones honoríficas que procedan.
>
> **e)** Las demás facultades que este Estatuto u otras disposiciones le confieran.
>
> Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de las facultades que atribuye al Ministro de Defensa el artículo 92 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar."

Con las matizaciones que, en concreto para los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en el ámbito pluriprovincial, establece el último inciso del Art. 21. 3 I del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

> "…También despacharán los asuntos competencia de órganos judiciales unipersonales de ámbito superior al provincial, cuando así lo disponga el Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal, y el Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma…"

Debiendo el Fiscal Jefe comunicar la identidad de las altas y ceses de las personas designadas como Fiscales Coordinadores de Vigilancia Penitencia al Excmo. Sr. Fiscal de Sala Coordinador de Vigilancia Penitencia, a los efectos oportunos.

III. FUNCIONES.

El Fiscal Delegado para Vigilancia Penitenciaria coordina la actuación de los Fiscales en el ámbito Penitenciario, y en el ejercicio de esta responsabilidad:

1º) Coordina la actuación de las secciones y Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, con el fin de articular sistema de unificación de criterio.

2º) Mantiene contacto con las autoridades administrativas penitenciarias para resolver las cuestiones generales que, relacionadas con su función, puedan ir planteándose, apoyando a comunicación directa que los Fiscales Territoriales necesiten mantener con las mismas, sin perjuicio de las relaciones que éstos establezcan con las Comunidades Autónomas, si las competencias penitenciarias están transferidas.

3º) Establece las bases de la coordinación mediante reuniones periódicas con los Fiscales especialistas y Jueces de Vigilancias Penitenciaria a través del Consejo General del Poder Judicial.

4º) Elabora Memoria Anual a través de las Memorias elevadas por los distintos Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, con el fin obtener una visión global de la actividad de la Fiscalía.

5º) Promueve la unificación de criterios a través de Jornadas cuyas conclusiones se remitirán a cada Fiscalía.

6º) Propone el Fiscal General del Estado las Circulares o Instrucciones que considere oportunas en la materia, y colabora en la resolución de las Consultas.

7º) Supervisa Recursos de Casación para unificación de doctrina en la materia.

8º) Comunica a las Fiscalías las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos Preparados por los Fiscales en la materia[2].

IV. DESARROLLO Y CONSTANCIA DE LAS VISITAS A LOS CENTROS DEPENDIENTES DE LA JURISDICCIÓN PENAL POR LOS FISCALES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA.

Los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria podrán realizar visitas individuales o conjuntas con los Jueces de Vigilancia a todos los Centros Penitenciarios, de conformidad con el Art. 526 de la LECrim, la Disposición Transitoria 1ª de la LOGP y Regla 8ª de la Consulta 2/1981.

Las visitas deberán ser mensuales, sin perjuicio de las que se puedan fijar de conformidad con las necesidades del Servicio de cada Fiscalía. Las mismas se realizarán principalmente por dos Fiscales, siendo uno de ellos necesariamente el Coordinador de Vigilancia Penitenciaría, salvo por razones excepcionales las cuales deberán recogerse en Acta documentada al efecto. Siendo preferible que las visitas a Hospitales

[2] Funciones Fiscalía General del Estado

Psiquiátricos sean realizadas por el Coordinador de Vigilancia Penitenciaria y el Coordinador de Personas con Discapacidad; en los Centros de Unidades de Madres, sean realizadas por el Coordinador de Vigilancia Penitencia y el Fiscal Coordinador de Protección de Menores; y todo ello sin perjuicio de las visitas que pueda realizar a los Centros Penitenciarios el Fiscal Coordinador Antidrogas, en el ámbito de su materia.

Dichas visitas deberán ser documentadas en unas Diligencias de Investigación Pre-procesales donde se recogerá:

1. Copia de la comunicación a la Dirección del Centro Penitenciario a visitar, donde figure la fecha y la hora de la visita, requiriendo al Centro para que ponga a disposición de los Fiscales visitantes las dependencias habilitadas para las entrevistas y de los expedientes penitenciarios de los internos que hayan solicitado audiencia. Salvo razones de urgencia o excepcionales, en cuyo caso se deberá documentar y motivar.

2. Acta del desarrollo de las audiencias, las actividades de inspección desplegadas y cuantas cuestiones se hubiesen suscitado.

3. Gestiones desarrolladas para solventar y solucionar las cuestiones planteadas.

El objeto de las visitas estará determinado:

- Por el número de internos que hayan solicitado audiencia. De las mismas se realizará una minuta donde se constatará la situación procesal del interno, fechas de cálculo de condenas, registro de la causa y autoridad de la que dependan si estuvieran presos, haciendo constar detalladamente la cuestión planteada y la información suministrada.

- Por la inspección de los distintos servicios, instalaciones, infraestructuras, y celdas de aislamiento. Debiendo comprobar expresamente las condiciones mínimas de habitabilidad de los Centros Penitenciarios, y ello en cumplimiento del Informe del Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa (CPT), de fecha 15 de diciembre de 2015, sobre "El espacio vital por preso en establecimientos penitenciarios", en el que se fijan los estándares mínimos sobre las dimensiones que debería tener una celda. En atención a los mismos, sería deseable que una celda de 8 ó 9 m2 no albergara a más de un recluso y para celdas de 12 m^2 no más de dos.

Cuando en el ejercicio de la función inspectora se detecten en los Centros Penitenciarios deficiencias que deban ser corregidas, el Fiscal de Vigilancia

Penitenciaria lo comunicará a la Dirección del Centro Penitenciario, poniendo en conocimiento la irregularidad detectada, al tiempo que se interesa su corrección, de acuerdo con las funciones que son encomendadas por los arts. 124 CE, 3.3 y 4.2 del EOMF. El cauce procedimental para tal comunicación se instrumentaría mediante un Decreto con el consiguiente oficio, dictados ambos en el seno de las Diligencias Pre-procesales incoadas con ocasión de la visita de inspección, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5º in fine del EOMF.

En el caso de que la solicitud no fuera atendida, sin perjuicio de ponerlo en conocimiento del superior jerárquico, interesará al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria competente que actúe conforme a lo previsto en los artículos 76 y 77 de la LOGP y, de acuerdo con la jurisprudencia del T.C. (por todas SSTC 2/87, de 21 de enero), para que adopte aquellas resoluciones que fueran procedentes en orden a salvaguardar los derechos de los internos, corregir los abusos o desviaciones que puedan producirse y formular a la SGIP propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia.

Existe la posibilidad de que los Fiscales Coordinadores de Vigilancia Penitenciaria puedan mantener entrevistas con reclusos que hayan solicitado audiencia por el sistema de videoconferencia.

Que ocurre con las visitas que puedan realizar los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria en aquellos casos en que existan Juzgados con ámbito competencial pluriprovincial, en estos casos los Fiscales podrán desarrollar dos modalidades de visitas:

- Como integrante de la Comisión Judicial, acompañando al Juez de Vigilancia Penitenciaria y el Letrado de la Administración de Justicia

- Visita autónoma de Fiscalía, acompañado de un Fiscal de Vigilancia, o acompañado de un Fiscal de la Fiscalía correspondiente al lugar donde se ubica el centro visitado[3].

[3] Conclusiones de las Jornadas de fiscales de vigilancia penitenciaria 2015 y 2017

V. OTRAS FUNCIONES DE LOS FISCALES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA:

1. Competencia en materia de control de terceros grados.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 251 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1767/1993, de 8 de octubre; y en el Art. 107 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/96, de 9 de Febrero, corresponde a los Fiscales Coordinadores de Vigilancia Penitenciaria el conocimiento y dictamen de control de la clasificación en tercer grado de los condenados con independencia del delito por el que hubieran sido condenados. Y todo ello sin perjuicio de la coordinación que pudiera realizar con los Fiscales Coordinadores de Extranjería, si se tratase de extranjeros a los efectos del Art. 89 del Código Penal; con los Fiscales Coordinadores Anticorrupción en caso de delitos económicos o contra el patrimonio; o con el Fiscal Coordinador de la Especialidad relativa al asunto de que se tratase.

2. Conocimiento de las denuncias por malos tratos hacia los internos.

Si durante una entrevista con los internos estos manifestasen haber recibido malos tratos deberán indicar fecha aproximada de la comisión de los hechos, horas y turnos en que se cometieron. El Fiscal Coordinador de Vigilancia Penitenciaria tendrá que comprobar con el expediente penitenciario y con lo que le ha manifestado el interno si consta alguna denuncia previa dirigida al Juzgado de Guardia o de Vigilancia Penitenciaria, En caso de no constar nada en el expediente penitenciario lo tendrá que reclamar utilizados los medios coercitivos que tiene a su alcance, así como todos los partes médicos de asistencia que existieran, y con todo ello procederá a incoar unas Diligencias de Investigación.

3. En caso de que el interno presentase anomalías o deficiencias psíquicas.

El Fiscal Coordinador de Vigilancia Penitenciaria que tenga noticias de un interno con anomalías o deficiencias psíquicas graves y duraderas que pudieran impedirles conocer el sentido de la pena, actuara de conformidad con lo fijado en los Arts. 3.1 y 5 del EOMF, para lo cual tendrá que incoar unas Diligencias Pre-procesales para comprobar si se dan los presupuestos contemplados en el Art. 60 del Código Penal, y en cuyo caso deberá instar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto. Al tiempo que deberá ponerlo en conocimiento del Fiscal Coordinador de la Personas con

Discapacidad a los efectos legales procedentes, por si procediera instar el procedimiento de incapacitación del condenado.

4. En la excarcelación de penados con enfermedades mentales.

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera del Código Penal y en el Art. 219.4 del Reglamento Penitenciario se establece "cuando el liberado definitivo sea un enfermo mental, se comunicará al Ministerio Fiscal a los efectos procedentes".

5. Se les dará cuenta por las Autoridades competentes al Ministerio Fiscal todos los acontecimientos relevantes en que se vean involucrados menores de edad.

En este caso termos que remitirnos a los apartados 1 y 2 del Art. 17 del Reglamento Penitenciario para ver la regulación relativa a las internas con hijos menores.

> "1. La Dirección del establecimiento admitirá a los hijos menores de tres años que acompañen a sus madres en el momento del ingreso. Cuando éstas soliciten mantenerlos en su compañía dentro de la prisión, deberá acreditarse debidamente la filiación y que dicha situación no entraña riesgo para los menores, poniendo en conocimiento del Ministerio Fiscal la decisión adoptada a los efectos oportunos. 2. Las internas que tuviesen en el exterior hijos menores de tres años bajo su patria potestad podrán solicitar del Consejo de Dirección autorización para que éstos permanezcan en su compañía en el interior del centro penitenciario, que se concederá siempre que se acredite debidamente la filiación y que tal situación no entraña riesgo para los menores. A tal fin, se recabará la opinión del Ministerio Fiscal, a quien se le notificará la decisión adoptada."

6. En los supuestos de Libertad Condicional.

En concreto la intervención del Fiscal se recoge en el apartado 2 del Artículo 90

> "**2.** También podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados que cumplan los siguientes requisitos:
>
> **a)** Que hayan extinguido dos terceras partes de su condena.
>
> **b)** Que durante el cumplimiento de su pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.
>
> **c)** Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado anterior, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena."

A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de las letras a) y c) del apartado anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

Supuesto más beneficiosos para el condenado, pues le permite acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional, pues se le va a reducir de tres cuartas partes a dos tercios la condena, siempre y cuando que el condenado durante el cumplimiento de la condena haya desarrollados las actividades antes mencionados, pero siendo necesario y preceptivo el correspondiente informe por parte del Ministerio Fiscal.

7. En los casos de penas de prisión permanente revisable.

Así lo recoge el Artículo 36 del Código Penal, y así en el último inciso del apartado 2 y en el apartado 3 nos encontramos que:

> "….El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior.
>
> En todo caso, el tribunal o el juez de vigilancia penitenciaria, según corresponda, podrá acordar, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios valorando, especialmente su escasa peligrosidad…."

Así comprobamos que el régimen especial se aplicará potestativamente en caso de penas superiores a cinco años. Imperativamente cuando siendo ya superiores a cinco años se refieran a unos supuestos típicos especificados.

Siendo preceptivo en los dos apartados anteriores el preceptivo informe por parte del Ministerio Fiscal.

VI. CONCLUSIONES

Las funciones que corresponden al Fiscal Coordinador de Vigilancia Penitenciaria se pueden dividir en funciones propias que fija la Fiscalía General del Estado y funciones que vienen establecidas en la legislación vigente, como son la competencia en materia de control de terceros grados, conocimiento de las denuncias por malos tratos hacia los internos, internos con anomalías o deficiencias psíquicas, excarcelación de penados con enfermedades mentales, acontecimientos relevantes donde estén involucrados menores de edad, libertad condicional y prisión permanente revisable.

BIBLIOGRAFÍA

Conclusiones sistematizadas desde el 2011 al 2018 de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria.

Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XXVII reuniones celebradas entre 1981 y 2018: texto refundido y depurado actualizado a mayo de 2018. 17 de septiembre de 2018.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. Procedimientos de juzgados de vigilancia penitenciaria y Ministerio Fiscal. León, 9 de noviembre de 2017. https://www2.abogacia.es/wp-content/uploads/2017/11/03_luis.pdf

FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. Derecho penitenciario. En contra de la cadena perpetua en España (una vez más). LA LEY Penal nº 131, marzo-abril 2018, Editorial Wolters Kluwer.

GARRIDO LORENZO, María Ángeles, Fiscal del Tribunal Supremo, La nueva regulación de la libertad condicional. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Garrido%20Lorenzo,%20M%C2%AA%20%C3%8ingeles.pdf?idFilc=091176f1-f7d2-46a3-bddc-ef9e7b4e7a7b, p.19.

SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, Circular 4/2015, Aspectos de la Ejecución Penal afectados por la reforma del Código Penal en la L.O. 1/2015 de 30 de marzo.

VICENTE DE GREGORIO, Marta. Cuestiones básicas de derecho penitenciario y ejecución de penas privativas de libertad. Líneas de Distribución Logística del Papel, S.L., Madrid 2015.

* * * * * *

M.ª Guadalupe Domínguez Dueñas

Juez sustituta adscrita el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Socia de la FICP.

~El derecho a las comunicaciones y al secreto de las mismas en el ámbito penitenciario~

I. INTRODUCCIÓN

El que una persona ingrese en un Centro Penitenciario es una decisión que no va encaminada a excluirla de la sociedad, por el contrario durante el periodo de privación de libertad debe tenerse presente el futuro regreso de dicho interno a la vida en sociedad, por lo que cobra especial importancia la integración del penado. Así, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica General Penitenciaria señala que *"...al defender en primer término la finalidad resocializadora de la pena, la ley pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continua formando parte de la misma."*.

Por su parte, el Reglamento Penitenciario también hace referencia a las relaciones de los internos con el exterior, reconociendo el derecho de los mismos, no solo en las comunicaciones, también a los permisos de salida y a la libertad condicional entre otros.

El condenado a pena de prisión disfrutará, durante el cumplimiento de la misma, 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.

Los derechos constitucionales de dicho colectivo pueden ser objeto de limitaciones, no obstante dichas restricciones tendrán que ser justificadas, necesarias y proporcionales 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.[1]

La prisión consiste en privar al individuo de libertad pero sin marginar al recluso, ya que éste sigue formando parte de la sociedad, por lo que debe respetarse su integridad física y psíquica, debe dársele un trato justo y humano y, desde luego, debe garantizársele un proceso de reinserción en la sociedad una vez cumplida la pena. De

[1] REVIRIEGO PICÓN, F. Los derechos de los reclusos. Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 3-4.

ahí la importancia de la rehabilitación y reeducación del penado, cuya finalidad es situar al delincuente en condiciones de reincorporarse a la sociedad y llevar una vida en libertad, lo que pasa por el respeto al recluso.

La persona reclusa 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.

En este caso vamos a centrarnos en las comunicaciones a que tienen derecho los reclusos, y las posibles limitaciones de las mismas, distinguiendo entre las Comunicaciones genéricas y Comunicaciones específicas con abogados y procuradores.

II. COMUNICACIONES GENÉRICAS

El artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 de 26 de septiembre regula las comunicaciones y visitas en el régimen penitenciario de los internos sin especificar su condición de presos preventivos o condenados.

Por su parte el art. 41 del Reglamento Penitenciario regula las comunicaciones de los internos, ya sean penados o preventivos, como un derecho cuyo ejercicio no depende del comportamiento del interno o del grado de clasificación del mismo, y a las que tan solo le afectaran las limitaciones que establezca la LOGP y el propio Reglamento Penitenciario.[2]

Así pues, que los internos en un centro penitenciario sean titulares del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones está fuera de toda duda, y así lo han reconocido Sentencias del Tribunal Constitucional como la 170/1996, de 29 de octubre; 128/1997, de 14 de julio; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 188/1999, de 25 de octubre; y 175/2000, de 26 de junio, entre otras; pero dicho derecho, a virtud de la relación de sujeción especial establecida para los internos, sufre mayores restricciones que las que rigen fuera del ámbito penitenciario, ya que en este caso existe una doble regulación, de forma que se entrecruza la normativa penitenciaria y la legislación procesal penal cuyos espacios propios no están perfectamente delimitados, y en ocasiones ambas normas se solapan.

[2] GARCÍA CASTAÑO/MILLARES LENZA, Las comunicaciones y visitas de los internos. En: http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=998

El artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que es objeto de desarrollo en los arts. 41 y ss. del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, contempla supuestos de intervención de las comunicaciones que no requiere la existencia de una investigación penal preexistente, sino que la restricción al secreto de las comunicaciones puede llevarse a cabo por motivos de orden del establecimiento penitenciario, seguridad y tratamiento, siendo que tales restricciones al derecho del interno debidamente adoptadas gozan de legitimidad constitucional (SSTC 175/1997, de 27 de octubre, y 200/1997, de 24 de noviembre).

Los arts. 579 a 588 septies c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal rigen plenamente cuando se trata de una intervención ordenada en un proceso penal.

Predomina jurisprudencialmente la idea de que en los supuestos en que, en el seno de una investigación criminal, se acuerde la intervención de las comunicaciones en un Centro Penitenciario deben conjugarse ambas normativas, no desplazando la regulación de la Ley procesal penal a la legislación penitenciaria.

Sin lugar a dudas debe diferenciarse entre la intervención de comunicaciones exclusivamente penitenciaria de la intervención de comunicaciones jurisdiccional acordada en una causa penal encaminada a la averiguación de un delito o las personas responsables de los mismos.

Respecto a las comunicaciones genéricas en el ámbito penitenciario, las mismas pueden ser suspendidas por el Director del Centro Penitenciario, decisión que se adoptará, como ya se indicó, por razones de seguridad, de interés del tratamiento o del orden del establecimiento, debiendo dando cuenta de la adopción de la medida a la autoridad judicial que tendrá capacidad revisora de dicha decisión.

Pese a que el Reglamento Penitenciario entiende que en el caso de los penados el competente es el Juez de Vigilancia Penitenciaria y respecto de los preventivos será el Juez que conoce de la causa penal en cuyo seno estén inmersos, los Autos del T. Supremo de 16 de noviembre y 10 de diciembre de 1999, vienen a entender que siempre será el Juez de Vigilancia el receptor de la dación de cuenta y a quien le compete dicho control.

Al interno afectado se le deberá comunicar la intervención acordada, que como se ha expuesto tendrá fines exclusivamente preventivos y no de investigación de posible

actividad delictiva, ya que para tal finalidad se requerirá una resolución judicial motivada.

La intervención acordada por el Director del Centro Penitenciario será comunicada al interno afectado, notificación que es coherente con la finalidad de ese tipo de intervenciones, pues debe tenerse en cuenta que la intervención tiene fines únicamente preventivos (debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo, entre los que se cuenta la seguridad general y el buen orden regimental, y exige una decisión motivada), no cabe acordar por el Director del Centro Penitenciario una intervención de comunicaciones para la investigación de posibles actividades delictivas, ya que para ello es necesaria una previa autorización judicial.

La medida además deberá ser individualizada y siempre tendrá un carácter de excepcionalidad, y como señalan las STC 170/1996 de 29 de octubre y la 175/1997, de 27 de octubre, deberá adoptarse como respuesta a peligros concretos que incidan negativamente en el buen orden y seguridad del establecimiento.[3]

La STC 175/97, de 27 de octubre[4] incide sobre la necesidad de la motivación de la resolución adoptada por la Dirección del Centro Penitenciario, así como de la obligatoriedad de su notificación al interno y de la comunicación al Juzgado a fin de que el Juez pueda ejercer el control sobre tal decisión administrativa. La referida Sentencia, estimando el recurso interpuesto por el interno, consideró que los acuerdos administrativos que adoptaron la decisión de intervenir las comunicaciones del interno vulneraron su derecho al secreto de las comunicaciones que consagra la Constitución en su art. 18.3 en relación con el art. 25.2 del mismo texto legal por insuficiencia de motivación, por no determinación del alcance temporal de la medida y por no haber sido comunicada inmediatamente a la autoridad judicial, tal como se expone en el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia.

Y afirma que:

> *"…De estos datos se deriva que la primera resolución de 21 de diciembre de 1993 –de la administración penitenciaria – vulneraba el derecho al secreto de las comunicaciones, pues carecía de motivación al no poder reputarse tal la escueta referencia a unos genéricos 'motivos de seguridad' que no se concretaban en relación con las circunstancias particulares del recluso y del Centro; no aportaba*

[3] DEL MORAL GARCÍA, La intervención de las comunicaciones en centros penitenciarios, Diario La Ley, 7573, 21 febrero 2011, p. 2.

[4] STC 175/97 de 27 de octubre. Recurso de amparo 2.073/1994. Ponente Ilmo. Sr. Don Fernando GARCÍA-MON/GONZÁLEZ-REGUERAL. Enlace: https://tc.vlex.es/vid/g-ma-an-76-94-pa-91-15355041

los elementos para hacer posible el juicio de proporcionalidad; no determinaba el alcance temporal de la medida; tampoco se dio cumplimiento a la exigencia de comunicación inmediata al Juzgado, puesto que no consta en éste que se hubiera recibido el Acuerdo".

III. DERECHO A LAS COMUNICACIONES CON ABOGADOS EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO. LIMITACIONES AL DERECHO.

El artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que: "*Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado para asuntos penales y con los procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados, y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo"*. Por su parte, el art. 48 del Reglamento Penitenciario desarrolla lo establecido en el precepto legal, estableciendo los requisitos para la celebración de dichas comunicaciones.

En el ámbito penitenciario el derecho a las comunicaciones no es un derecho absoluto, sino que la normativa penitenciaria, en concreto art. 51.1 y 5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el art. 41.2 y siguientes del Reglamento Penitenciario que lo desarrolla, prevé la posibilidad de limitarlo por interés del tratamiento, por seguridad, o por razones de orden del establecimiento; de esta forma las comunicaciones podrán ser intervenidas por resolución motivada del Director del Centro Penitenciario como ya se expuso. No obstante, estas razones no son aplicables a las comunicaciones que forman parte del ejercicio del derecho de defensa del interno y que reconoce el art. 24 de la Constitución Española, debiendo permanecer vigente pese a la privación de libertad; es más, debe ser cuidadosamente tutelado para que efectivamente se garantice la igualdad de posibilidades de defensa en el proceso penal tanto a aquellos que se encuentran en libertad como a los que se hallen privados de ella, así lo establece el art. 9.2 de la CE.

Por tanto no cabe la intervención administrativa de las comunicaciones prevista en el art. 51.5 de la LOGP respecto de las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con los asuntos penales y con los procuradores que los representen.

De esta forma, las comunicaciones de los internos con su abogado solamente podrán ser intervenidas o suspendidas mediante resolución emitida por la autoridad judicial en supuestos de terrorismo.

Como vemos la confidencialidad de las comunicaciones de los internos en el ejercicio de su derecho de defensa en el proceso penal es la regla general en un Estado Social y Democrático de Derecho, pero esa superior tutela de los derechos individuales que garantiza el Estado de Derecho no es incompatible con la existencia de reacciones proporcionadas dentro de éste, ante supuestos de extrema gravedad en el ámbito de la delincuencia organizada en grupos de carácter armado cuyo fin es causar el terror social y que ponen en riesgo la estabilidad de la propia sociedad democrática. Por tanto, en supuestos de terrorismo, cabe que mediante resolución judicial motivada suficientemente, de forma que en la misma se pondere la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida, obviamente respecto de cada caso en concreto, pueda acordarse la intervención de las comunicaciones.[5]

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia nº 183/1994, Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don Eugenio DÍAZ EIMIL, interpreta el contenido del art. 51.2 de la LOGP y señala que el mismo "*pone de manifiesto la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de 'orden de la autoridad judicial' y 'supuestos de terrorismo', …así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales"*.[6]

Deja sentado que las condiciones que habilitan la intervención de las comunicaciones de los internos en el Centro Penitenciario, esto es, la autorización judicial y la implicación del sujeto en actividades terroristas son condiciones *acumulativas*, entendiendo que sin la autorización judicial, la intervención de las comunicaciones supondría una vulneración del derecho de defensa, por lo que no podría surtir efecto probatorio alguno.

De esta forma el reiterado art. 51.2 de la L.O.G.P. exclusivamente autoriza a la autoridad judicial a intervenir o suspender de forma motivada y proporcionada las

[5] DEL MORAL GARCÍA, A. Diario La Ley, 7573, 2011, pp. 4-5.

[6] STC 183/1994, de 20 de junio (BOE núm. 177, de 26 de Juli de 1994). ECLI:ES:TC:1994:183. recurso de amparo núm. 587/92, Ponente Ilmo. Sr. D. Eugenio DÍAZ EIMIL. Enlace disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/2700

comunicaciones del interno con su Abogado, negando que dicho artículo autorice en modo alguno a la Administración penitenciaria para interferir en tales comunicaciones.

Ese régimen acumulativo de autorización judicial y de implicación en actividad terrorista es aplicable también a la intervención de las comunicaciones escritas tal como señaló la STC 58/1998, de 16 de marzo.[7]

Dicha Sentencia analiza la cuestión de si la garantía de no intervención de las comunicaciones entre los internos y sus Abogados, salvo la acordada por orden judicial en supuestos de terrorismo, viene referida exclusivamente a las comunicaciones orales o si por el contrario también deben incluirse en la previsión normativa (art. 51.2 L.O.G.P), las comunicaciones escritas. Así señala que:

> *"Así, puede, y constitucionalmente debe, entenderse que el sistema de garantías reforzadas para la intervención del art. 51.2 L.O.G.P. comprende las comunicaciones escritas, del tipo que* sean, *entre preso y Abogado y que la alusión de dicho apartado a la «celebración en departamentos apropiados» no supone una exclusión de las comunicaciones escritas sino una mera especificación del modo en el que deben celebrarse las orales. Abonarían esta interpretación las referencias genéricas a las comunicaciones «orales y escritas» de los apartados 1 y 5 —el primero enuncia la autorización genérica de comunicación; el segundo se refiere a las «previstas en este artículo»; la dicción del art. 98, párrafo 2.o, 4.o del Reglamento Penitenciario de 1981, que somete las «comunicaciones escritas entre los internos y su Abogado defensor» a las solas limitaciones del art. 51.2 L.O.G.P.; y el tenor del art. 46.6 del nuevo Reglamento Penitenciario (las comunicaciones escritas entre los internos y su Abogado defensor o Procurador sólo podrán ser intervenidas por orden de la autoridad judicial»)".*

IV. CONCLUSIONES

La Constitución garantiza a todos los ciudadanos el derecho al secreto de las comunicaciones en su art. 18.3 ("***3.*** *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*"), reconociendo el art. 25.2 de la C.E., tales derechos a la población reclusa, población que se sitúa ante una relación de sujeción especial, situándolos en un entramado de derechos y deberes recíprocos respecto a la Administración Penitenciaria.

[7] STC 58/1998, de 16 de marzo (BOE núm. 96. Suplemento, de 22 abril 1998. Recurso de amparo núm. 1.853/95, Ponente el Magistrado don Carles VIVER PI-SUNYER. Enlace disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1998-9467.pdf

Así el recluso es titular del derecho al secreto de las comunicaciones pero puede verse afectado dicho derecho por limitaciones tales como el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria.

El art. 51 de la L.O.G.P. reconoce el derecho de los reclusos a las comunicaciones, existiendo varias modalidades de comunicación que por su distinta naturaleza están también sometidas a regímenes legales distintos, de esta forma el art. 51.1 se refiere a las comunicaciones genéricas, y el art. 51.2 se refiere a las comunicaciones específicas del interno con su Abogado defensor y con el Procurador que le represente.

Las genéricas podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del Centro Penitenciario, debiendo comunicar al afectado la limitación de su derecho y dar cuenta de dicha decisión a la autoridad judicial competente que controlará su adecuación a la ley.

Respecto a las comunicaciones específicas entre el interno y su Abogado o Procurador no podrán ser suspendidas o intervenidas por resolución administrativa, sino que se adoptaran exclusivamente por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo, de esta forma el control de dicha medida se garantiza desde su adopción y durante el periodo de duración de la misma.

* * * * * *

Prof. Marta Escudero Muñoz

Abogada Fiscal Sta-Fiscalía de Área Alcalá de Henares. Criminóloga. Prof. asociada de Derecho Penal, Univ. de Alcalá. Socia de la FICP.

~Especialidades en la aplicación de la libertad condicional en los delitos de trata de seres humanos~

Resumen.- En el presente trabajo voy a tratar sobre la aplicación de la libertad condicional a los penados por delitos relacionados con el delito de trata de seres humanos, recientemente modificado en febrero de 2019 en relación con la explotación de órganos. 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 por estos delitos que interesen la libertad condicional después del 1 de julio de 2015 (fecha de entrada en vigor de ésta última Ley) atendiendo principalmente a la gravedad de estos delitos.

I. EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS: DEFINICIÓN Y RECIENTES MODIFICACIONES LEGISLATIVAS

El delito de trata de seres humanos, se encuentra regulado en el artículo 177 bis[1], en la nueva redacción otorgada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Se trata de un delito

[1] El texto completo del precepto establece que: «1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad .b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas .d) La extracción de sus órganos corporales. e) La celebración de matrimonios forzados. Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito;

b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad. Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

castigado con penas graves en que habrá que tener en cuenta para alcanzar la libertad condicional. También hay que añadir, que en la mayor parte de los casos que se dan en España, son delitos cometidos por ciudadanos extranjeros, o en connivencia entre éstos y españoles, por lo que se dan reglas específicas para los supuestos de expulsión de los ciudadanos extranjeros en situación irregular y con falta de arraigo.

1. El delito de trata de seres humanos: concepto

El artículo 177 bis del Código Penal, está inspirado en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional[2], pues en el artículo 2 dice: "a) Por 'trata de personas' se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. 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.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.»

[2] https://es.wikipedia.org/wiki/Protocolo_de_las_Naciones_Unidas_para_Prevenir,_Reprimir_y_Sancionar_la_Trata_de_Personas,_Especialmente_Mujeres_y_Ni%C3%B1os

medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará 'trata de personas' incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por 'niño' se entenderá toda persona menor de 18 años.

2. El delito de tráfico de órganos: nueva tipificación

Muy relacionado con el delito de trata de seres humanos, está el delito de tráfico de órganos que es uno de los fines de trata regulado en el artículo expuesto. El artículo 156 bis del CP ha sido modificado por la Ley Orgánica 1/19 de 20 de febrero que completa reformulación de las conductas típicas, en un extenso nuevo art. 156 *bis*, que incluye definiciones de lo que debe entenderse por "tráfico de órganos humanos" cuando concurra alguna de las circunstancias previstas, ahora, en el apartado 1.a) 1ª a 3ª. Además, se incorpora, como 156 1.b, la expresa tipificación de comportamientos vinculados a la "gestión" de un órgano ilícitamente extraído (preparar, preservar, almacenar, transportar, trasladar, etc, un órgano ilícitamente obtenido) y, como 1.c, las relativas al uso del mismo, cualquiera sea la finalidad que se persiga. Se mantiene inalterado y con la misma pena (aunque hora en el numeral 3 del 156 *bis*) el supuesto de receptación de un órgano ilícitamente obtenido por quien, conociendo su origen ilícito, consiente recibir su trasplante.

Además, se prevé la imposición de un tipo agravado, en concreto la pena superior en grado si en el procedimiento de ablación hubo peligro para la vida o la integridad física o psíquica de la víctima (apartado 3.a) o si esta fuera menor de edad o persona especialmente vulnerable (apartado 3.b). También se prevén penas más graves para facultativos sanitarios, funcionarios públicos y particulares que cometen estos delitos con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo y para los casos de pertenencia a organización o grupo criminal dedicado a estas actividades, de forma análoga al tratamiento de estos supuestos en el delito de trata de seres humanos. Se mantiene la activación del 31 *bis* en los mismos términos. Se tipifica expresamente, con una penalidad en uno o dos grados inferior al tipo correspondiente, los supuestos de provocación, conspiración y proposición a cometer estos delitos. Finalmente, se incluye la agravante de reincidencia internacional[3].

[3] https://glosas.cat/reforma-del-codigo-penal-ley-organica-1-2019-20-febrero-cuadro-resumen/.

3. Bien jurídico protegido y sujetos pasivos

El delito de trata de seres humanos tutela bienes jurídicos individuales, fundamentalmente, "la dignidad y la libertad" del sujeto pasivo. En realidad, el delito de trata puede concebirse como una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas en la medida en que la instrumentalización del ser humano para la consecución de determinadas finalidades mercantilistas supone involucrarle en una situación que lo anula como persona[4].

Además, a esta situación se ve sometida la víctima en contra de su voluntad, o bien sin consentimiento válido.

Según la Circular 5/2011 de la FGE, el elenco de conductas enumeradas se corresponden con cada una de las fases del proceso movilizador en que la trata consiste:

a.- La captación de la víctima que se llevará a efecto normalmente en el lugar de su residencia habitual. La captación debe quedar orientada a la sustracción de la víctima de su entorno más inmediato para ser tratada, eso es para ser desplazada o movilizada.

b.- El transporte, que se desarrollará por las zonas de tránsito; y el alojamiento que se producirá en el sitio de destino donde se pretende la explotación de la víctima. El transporte solo puede representar la acción por la que se lleva a la persona tratada de un lugar a otro cualquiera que sea el medio o vehículo utilizado, por sí o a través de tercero.

c.- El término traslado, al ser aplicado a una persona carente de capacidad de decisión por hallarse sometida a violencia, intimidación o situación abusiva, adquiere el significado de entrega, cambio, cesión o, transferencia de la víctima, del mismo modo que la recepción indica esa misma relación desde la perspectiva de quien la toma o se hace cargo de ella. En ambos casos se comprenderán todos los supuestos de ventas entre tratantes o de adquisiciones mediante precio de quien ejerza un poder de dominación sobre otra.

d.- Acoger, recibir y alojar refieren las conductas de quienes, ya sea con carácter provisional o definitivo, aposentan a las víctimas tratadas en el lugar de destino donde piensa realizarse la dominación o explotación planificada.[5]

[4] PÉREZ ALONSO, E., Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 64.

[5] Circular nº 5/2011 FGE.

Sujeto pasivo de este delito puede serlo cualquier persona, nacional o extrajera. Resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o trasnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada. Uno de los mayores aciertos de la reforma de 2010 ha consistido en incluir dentro del paraguas normativo u órbita de protección del artículo 177 bis, no solo a los extranjeros, sino también a los españoles, los extranjeros comunitarios y a los extranjeros que cuentan con una autorización para residir en España (SAP Barcelona 15 noviembre 2014).

A mayor abundamiento, hacer mención de los Acuerdos del Pleno mas relevantes sobre la materia:

El delito de trata de seres humanos reformado por la LO 1/2015 toma en consideración un sujeto pasivo plural, o bien han de ser sancionadas tantas conductas cuantas personas se vean involucradas en la trata como víctimas del *m*ismo y obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real.

El acuerdo del Pleno fue redactado a raíz de la sentencia de fecha 16 de mayo de 2016 de la que fue ponente Ilmo. Julián Sánchez Melgar, condena por tantos delitos como víctimas. En esta sentencia los condenados prometieron a las mujeres que iban a trabajar en Tenerife como peluqueras, sin embargo, una vez en España les dijeron que tenían que ejercer la prostitución para saldar la deuda de 4.000 euros que habían contraído por el viaje. Se planteó el problema de determina si había un único delito o tantos delitos como víctimas, entendiéndose esto último

También hacer mención a otros acuerdos del pleno, en relación con los delitos de prostitución y tráfico ilegal de personas que están muy relacionados:

- Pleno de 30 de mayo de 2006, sobre la relación concursal existente (de delitos o de normas) entre los arts. 188.1 y 312.2 del CP, que establece que cuando los hechos enjuiciados constituyan un delito del art. 188.1 CP y un delito del art. 312.2, segundo inciso, se producirá ordinariamente un concurso real de delitos

- Pleno de 24 de abril de 2007, que determina si la concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito del art. 188.1 y del previsto en el art. 318 bis.2 del CP debe estimarse un concurso de normas o un concurso de delitos y establece que la concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito del art. 188.1 y del previsto en el art. 318 bis.2 del CP, debe estimarse concurso de delitos.

- Pleno de 26 de febrero de 2008, en relación a los delitos de favorecimiento de la inmigración clandestina y de determinación al ejercicio de la prostitución, que establece que la relación entre los arts. 188.1 y 318 bis del CP, en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que sigue, ya en nuestro territorio, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, es la propia del concurso real de delitos. Tales conductas serán calificadas con arreglo a los arts. 188.1 y 318 bis 1°, descartando la aplicación del art. 318 bis 2°, al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo.

En todo caso, y como podemos contemplar de lo expuesto, las penas que pudieran imponerse a los penados por estos delitos son muy elevadas, por lo que hay matizaciones importantes en relación a la aplicación de la libertad condicional.

II. APLICACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL A LOS PENADOS POR DELITOS DE TRATA DE SERES HUMANOS. ESPECIALIDADES POR RAZÓN DE LA MATERIA

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, con ello se trata de paliar los efectos de la reclusión del penado con una finalidad preventiva-especial[6]. La libertad condicional se encuentra regulada en los arts. 90 a 94 CP que han sufrido una importantísima reforma tras la LO 1/2015, así como en los arts. 192 y 201 RP (Reglamento Penitenciario).

1. Modificaciones introducidas con la reforma de la LO 1/15 de 30 de marzo y regulación general.

[6] MAPELLI CAFFARENA, B., Las consecuencias jurídicas del delito, 5ª. ed., 2011, p. 190.

La obtención de la libertad condicional puede ser *ordinaria*, en los casos en que se cumplan los requisitos del artículo 90.1 del CP (tercer grado- extinguir ¾ partes de la condena-buena conducta en cuyo caso, sigue diciendo el precepto que: *para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas*. O libertad condicional *adelantada*, regulada en el apartado 90.2 del CP, cuando se cumplan los requisitos (tercer grado, extinción condena 2/3 partes, actividades laborares, culturales ocupacionales con aprovechamiento favorable)[7]. Y se introducen novedades que se recogen en el Preámbulo de la LO 1/15 los tres supuestos más novedosos que hay que destacar de esta reforma son los tres siguientes:

En primer lugar, se incluye un nuevo supuesto privilegiado de acceso a la libertad condicional que será aplicable a los penados primarios regulado en el artículo 90.3 del CP, 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. Hay que llamar la atención en que el precepto establece una exclusión: *Este régimen no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales.* Por tanto, en los delitos

[7]Además, el art. 90.2 párr. 2º: *A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de las letras a) y c) del apartado anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.*

de trata de seres humanos que tengan como fin la explotación sexual, no se les podrá aplicar esta norma.

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 en tercer lugar, se introduce la regulación del régimen de revisión de la prisión permanente revisable[8], como un supuesto de libertad condicional o de suspensión de la

[8] Se ha introducido el art. 92 CP con la siguiente redacción: *1. El tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo.

b) Que se encuentre clasificado en tercer grado.

c) Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos.

El tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.

2. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

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.

Añadir que también se regulan especialidades en relación con delitos cometidos en el seno de organizaciones terroristas y para los penados mayores de 70 años o para los que padezcan enfermedades incurables[9].

---

3. La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80 y en los artículos 83, 86, 87 y 91
.

El juez o tribunal, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas.

Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

[9]Establece el art. 92.1 CP que*: Los penados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos exigidos en el artículo anterior, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, 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 la práctica de los informes médicos que, a criterio del juez de vigilancia penitenciaria, se estimen necesarios.

Y por su parte el art. 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.

Debe hacerse mención a que por enfermedad grave e incurable se entiende a los efectos de libertad condicional, como aquélla en cuya evolución incide 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.

2. Especialidades de obtención de la libertad condicional para los supuestos de delitos cometidos por extranjeros

Se establece la posibilidad de cumplimiento de la libertad condicional en su país de origen para los extranjeros no residentes legalmente en España[10]. Además, se establece una regulación especial que nos interesa (dada la gravedad de las penas impuestas en los casos de trata de seres humanos) en el artículo 89. 2 del CP *cuando hubiera sido impuesta una pena de más de 5 años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.*

III. 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

[10] Art.197 del RP establece que *"en el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna.*

2. Con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el artículo 89 del Código Penal, con antelación suficiente, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas.

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 la trata de seres humanos 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 pero el régimen de revocación más favorable es el del antiguo art. 90.3.CP, por lo que entiendo que la legislación anterior es mas favorable.

Por último, hacer mención en este aspecto a los Criterios de Actuación de Jueces de Vigilancia Penitenciaria realizado en 2019, que en relación con la aplicación de la LO 1/2015 únicamente a hechos posteriores a 01/07/2015 con fundamento en que la nueva regulación de la libertad condicional se considera, en términos generales, más perjudicial para el penado que la prevista en la ley precedente, por lo que no existiendo disposición transitoria para la aplicación de la nueva regulación se considera, valorando el criterio establecido por la STS de fecha 12/06/2006, resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina en el ámbito penitenciario (periodo de seguridad) y el Dictamen 1/15 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, que a hechos anteriores a 01/07/15 procede aplicarles la legislación derogada. (Aprobado por mayoría)[11].

IV. CONCLUSIONES

Como hemos visto, el delito de trata de seres humanos es un delito grave que cosifica a las víctimas por lo que se hace necesario una mayor, y sobre todo eficaz, protección. Según el Plan Integral de Lucha contra la Trata de Mujeres del Ministerio de Sanidad (2015-2018) la explotación sexual es la finalidad de explotación más numerosa, dos de cada tres víctimas de trata de seres humanos son mujeres (entre un 15% y un 20% niñas) y, en el caso de la trata para la explotación sexual, el porcentaje de mujeres víctimas aumenta exponencialmente.

[11] Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XXIII reuniones celebradas entre 1981 y 2018: texto refundido y depurado actualizado a mayo de 2018, los Jueces de Vigilancia penitenciaria, p. 38 y ss.

Por ello, la legislación de nuestro país ha hecho una importante reforma **e**n este sentido modificando tanto las leyes penales como las procesales, siendo el papel de la Unión Europea muy importante para implementar mejor las leyes existentes y brindar un mejor apoyo a las víctimas.

Como hemos visto, la legislación nueva establecida con la LO 1/15, no varía 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 más estricto para la obtención del tercer grado, requisito necesario para la libertad condicional. Además, se establece un supuesto especial para los casos de extranjeros no residentes legalmente en España en el artículo 89.3 del CP, siendo significativo que no les será aplicable el adelantamiento de la libertad condicional en los delitos de trata de seres humanos que tengan como fin la explotación sexual.

Y, 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 relacionados con la trata de seres humanos, 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. Además, llama la atención que en los Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XXIII reuniones celebradas entre 1981 y 2018, expresaron su inquietud ante la ausencia de una norma transitoria y la falta de actividad por parte de los operadores jurídicos (Letrados y Ministerio Fiscal) en orden a instar el correspondiente pronunciamiento del Órgano judicial unificador de doctrina ante las resoluciones contradictorias de las Audiencias.

V. BIBLIOGRAFÍA

GARRIDO LORENZO, M.A, Nueva Regulación de la Libertad condicional, en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Garrido%20Lorenzo,%20Mª%20Ángeles.pdf?idFile=091176f1-f7d2-46a3-bddc-ef9e7b4

DELGADO, H. La persona humana desde el punto de vista psicológico, Universidad de Lima, (Lima), 2011.

MONTERO HERNÁNDEZ, T., Compendio de legislación y jurisprudencia penitenciaria, ECU, 2014.

MAPELLI CAFFARENA, B., Las consecuencias jurídicas del delito, 5.ª ed., 2011.

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.

UCELAY, P. La libertad condicional tras la Ley Orgánica 2015, 63, Madrid: 1 y ss. (Versión on line http://juristadeprisiones.com/la-libertad-condicional-tras-la-ley-organica-12015).

* * * * * *

Isabel Fanconi Villar

Fiscal sustituta, Madrid. Socia de la FICP.

~Consideraciones sobre igualdad y maternidad en prisión~

I. LA IGUALDAD EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

La criminalidad femenina es proporcionalmente más baja en cualquier sociedad y tiempo que analicemos. Es por ello que la regulación de la población reclusa rara vez contemplaba situación de las mujeres en establecimientos penitenciarios hasta prácticamente la Edad contemporánea.

En la Europa de la Edad Moderna a lo largo de los siglos XV a XVII la privación de libertad que se aplicaba como defensa de la sociedad ante los transgresores, tanto para hombres como para mujeres, apenas nos encontramos referencias específicas a población reclusa femenina[1].

Bien es cierto que la prisión tenía un sentido diferente para hombres y mujeres para las que fundamentalmente fue un lugar de adiestramiento moral.

En el siglo XIX, se crean por Reglamento las casas de corrección de mujeres del Reino de 9 de junio de 1847[2], siendo la antigua galera de Alcalá de Henares el primer Centro específico de mujeres en España.

El principio jurídico universal de igualdad de todos ante la ley, reconocido en los textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983. A la que habrá que añadir, las Conferencias Mundiales sobre las mujeres dirigidas por Naciones Unidas y celebradas en Méjico (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Pekín (1995).

[1] En España, Sor Magdalena de San Jerónimo creó en Valladolid la Casa de Probación sobre 1604, lo que originó la aparición de las galeras (1622) como prisiones de "mujeres vagantes, ladronas, alcahuetas y otros delitos", en ALMEDA, E., Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres, Balleterra, Barcelona, 2002, pp. 29-39.

[2] LLORCA ORTEGA, J., Cárceles, presidios y casas de corrección en la valencia del XIX, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 168.

Por lo que se refiere al ámbito de la Unión Europea, la igualdad es un principio fundamental desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999[3], cuyo texto la incorpora como uno de sus objetivos.

En nuestra Constitución de 1978, aparece recogida la igualdad como derecho fundamental tanto en la manifestación de trato igual como en el derecho a no ser discriminado. Esta posición no es aceptada por un sector doctrinal, aunque minoritario, entre ellos BASILE y MARTÍNEZ GARCÍA, argumentando que la igualdad no es un derecho sino "un modo objetivo de ser la ley"[4]. Otros, como GÁLVEZ, aseveran que no es uno más de entre los derechos y libertades que se proclaman, sino que es uno de los presupuestos necesarios para la efectividad de aquellos.

Por lo tanto podemos concluir que el derecho a la igualdad es un derecho fundamental, aunque no faltan quienes consideran que la igualdad es un derecho relacional, un derecho conexo, conectado con otros derechos fundamentales y, en otro sentido, se considera como un derecho autónomo, caracterizado porque no sólo prohíbe el trato desigual, sino cualquier trato que lleve consigo una desvaloración de la condición del ser humano. A pesar de que no todos defienden la idea de que se trata de un derecho fundamental, ya hemos señalado a BASILE y, en sentido similar se pronuncia LORCA NAVARRETE "no aparece, si hemos de atenernos al tenor literal de la Constitución, la significación de la igualdad como derecho fundamental"; PECES-BARBA[5], lo consideró como un derecho subjetivo del ciudadano.

En la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional encontramos, en sus comienzos, algunos pronunciamientos en los que la igualdad no es considerada un derecho fundamental, es decir, niegan tanto el derecho fundamental de la igualdad como el derecho fundamental al derecho a la igualdad. Pese a ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha evolucionado, de manera que nos encontramos con sentencias en la que se considera al derecho de la igualdad como derecho fundamental, como derecho subjetivo de los ciudadanos para evitar los privilegios y las desigualdades discriminatorias.

[3] En lo que se refiere a España, destaca la promulgación de LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

[4] Es la opinión de BASILE, Los valores superiores, los principios fundamentales, y los derechos y libertades públicas, en: PREDIERI, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, E., La Constitución española de 1978, estudio sistemático, Cívitas, Madrid, 1980, p. 277. Esta doctrina se ve apoyada por jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular por la sentencia 76/1983, de 5 de agosto

[5] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., Reflexiones sobre la Constitución española desde la filosofía del derecho, RFDUCM, 61, 1980, pp. 95 y ss.

Lo que, ante todo, se persigue, es la igualdad como no discriminación y la igualdad de oportunidades. Este es el sentido del derecho a la igualdad que será analizado en el ámbito penitenciario y dentro del centro penitenciario con ocasión de que todos los reclusos reciban un igual trato en la aplicación de la normativa penitenciaria.

Las RPE, en su tercera versión aprobada por el Consejo de Europa el 11 de Enero de 2006, destacan la importancia de respetar las necesidades físicas, profesionales, sociales y psicológicas de las mujeres que afecten a su encarcelamiento con una atención especial a las que hayan sido objeto de violencias psíquicas, mentales o sexuales.

Han sido numerosas las teorías que tratan de explicar el fenómeno de la delincuencia femenina, desde teorías con base en los acercamientos criminológicos por LOMBROSO, FERRERO, y HENTIG; desde teorías de contenido psicoanalítico, entre los que se incluyen a FREUD y a NEUMAN, caracterizadas por considerar a la mujer delincuente como un ser anormal o un ser carente de sus más elementales principios femeninos, y afectada socialmente de una patología criminal que la lleva a un comportamiento masculinizado. Llegando a teorías en las que se toma como base el carácter social de la delincuencia, como es el caso de la teoría del rol.

La inclusión de la mujer presa[6] dentro de este grupo diferenciado se debe a su exclusión social a lo largo de la historia y en la actualidad. Como señala MAPELLI, esta materia se aborda dentro de la problemática de las minorías (mujeres, menores, niños de corta edad, extranjeros y minorías étnicas o religiosas) ya que la estricta separación entre los distintos colectivos ha derivado en un tratamiento discriminatorio hacia ellos, por la escasez de recursos que provoca una inclinación hacia los Establecimientos penitenciarios de hombres, por ser el grupo más numeroso y, por consiguiente, más necesitado en términos generales[7].

[6] Sobre las mujeres presas CLEMENTE DÍAZ, M., Integración de la madre reclusa en el medio ambiente de la prisión, Estudio, 269, 1990; MIRANDA, M.J., Mujeres en prisión, Revista 8 de Marzo, 27, Instituto Andaluz de la Mujer, 1997.

[7] MAPELLI CAFFARENA, B., Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas. RECPC, 08-r1, 2006.

II. NUESTRA LEY GENERAL PENITENCIARIA

Es la Regla 34[8] de las RPE la que regula las garantías para la mujer en prisión, y siguiendo esa estela nuestro texto nacional reconoce la singular posición de la mujer en el ámbito penitenciario atendiendo a las necesidades derivadas de su natural condición.

La LOGP establece unas distinciones en atención al sexo, así el artículo 9 de la LOGP establece la separación en los Centros penitenciarios de hombres y mujeres, lo que se corrobora en el artículo 16, y el artículo 29.1 e). En cuanto al trabajo como derecho y deber del preso (lo que incluye a la mujer), la ley establece que están exentas de esta obligación "las mujeres embarazadas durante las seis semanas, anteriores a la fecha prevista para el parto, y las ocho posteriores al alumbramiento". El artículo 43.3 de la LOGP establece que "el régimen de aislamiento no se aplicará a las mujeres gestantes [...]".

El artículo 231.2 del RP establece que "el régimen disciplinario se aplicará a todos los internos [...]", por lo que en ningún precepto se hace referencia a la inaplicación absoluta de la medida de seguridad, con lo que cobra sentido la afirmación de GARCÍA VALDÉS al sostener que la no aplicación a la que se refiere el artículo 254.3, que dice: "No se aplicará esta sanción a las mujeres gestantes y a las mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo", presenta un claro carácter temporal y sólo la prescripción legal de la falta disciplinaria supondrá que la sanción no se cumpla cuando las circunstancias personales referidas desaparezcan.

BUENO ARÚS destacó en su momento, que la no referencia a la discriminación por razón de sexo, quizás por entender equivocadamente que resulta incompatible con la separación en establecimientos o dependencias diferentes de hombres y mujeres, separación que responde únicamente a criterios de organización y convivencia y que no pensaba entonces que pudiera suponer vulneración de este derecho fundamental. Lo que, posiblemente, podría plantearse como problemático es el derecho de las madres reclusas a tener consigo a sus hijos hasta la edad de escolarización, derecho que si bien no está previsto para los padres presos, seguramente por una tradición o práctica social,

[8]La Regla 34 viene a decir que las autoridades deben igualmente respetar las necesidades de las mujeres, entre otras su nivel físico, social, psicológico, en el momento de tomar decisiones que afecten a uno u otro aspecto de su detención. Las detenidas deben estar autorizadas a dar a luz fuera de la prisión, pero si un niño nace en el establecimiento las autoridades deben suministrar la asistencia y las infraestructuras necesarias".

podría ser perfectamente reivindicado. Ello obligaría a que los establecimientos de hombres contaran con los mismos servicios que los previstos, a estos efectos, en los de mujeres.

Las mujeres continúan siendo minoritarias dentro del total de la población carcelaria, aunque a partir de 1984, la cantidad de las que ingresan en el sistema penitenciario ha aumentado progresivamente. El que una mujer delinca tiene mayor repercusión social que si lo hace un hombre, a la mujer se le ha atribuido, desde antaño, una serie de roles (ama de casa, cuidadora de sus hijos, la que impulsa la educación de los niños, etc.) que como consecuencia del movimiento feminista se enarbola como reivindicación primaria generándose sobre dicha atribución el núcleo del conflicto.

Las cárceles específicas para mujeres son pocas, lo normal es reservar un módulo para ellas dentro de una cárcel para hombres, lo que significa que están en situación de desventaja por lo que surge el problema de los espacios comunes, como el polideportivo, la sala de conferencias, los comedores, etc. Esto significa también que las mujeres presas no pueden acceder a actividades de tratamiento penitenciario destinadas a hombres ya que no son las mismas; pudiendo darse el caso de que mientras que las actividades dirigidas a los hombres presos pueden estar orientadas a la reinserción puesto que se aprenden técnicas de construcción, carpintería, mecánica, automoción, etc., las actividades de las mujeres presas están destinadas, en la mayoría de los casos, a ser una buena ama de casa, pues los talleres suelen ser de cocina, de cosmética o manualidades, no están diseñados para reinsertarlas laboralmente sino a cumplir el papel de mujer y de madre. De esta manera, el artículo 9.1 de la LOGP señala que los Establecimientos de cumplimiento se organizarán separadamente para hombres y mujeres, y el artículo 6.3 del mismo texto legal dispone que, cuando no haya Establecimientos de preventivos para mujeres, ocuparán el de los hombres, departamentos absolutamente separados y con organización y régimen propios. La situación de las mujeres dentro de las prisiones es peor que la de los hombres, porque están más hacinadas, tienen menor formación cultural y más problemas por sus condiciones de marginación.

Si la arquitectura penitenciaria ha permitido que existan módulos para garantizar la separación en las prisiones de hombres y mujeres, no lo ha posibilitado en las unidades acondicionadas para mujeres, es decir, no suele haber, en la mayoría de los Centros penitenciarios, unas dependencias para mujeres con hijos distintas a la de

mujeres embarazadas. Así como las penitenciarías de mujeres no disponen de cárceles para jóvenes y cárceles para adultas, como señala la ley, separación que sí se lleva a cabo en el caso de Centros penitenciarios para hombres.

Las prisiones contemporáneas siguen proyectando sobre las mujeres presas imágenes prototípicas de feminidad, siguen adaptando patrones universales, falsamente masculinos, siguen discriminando y sancionando a las mujeres por ser mujeres.

En las prisiones femeninas existe una precaria dotación de recursos económicos, una estructura espacial inadecuada y condicionada, en muchos casos, a un centro de población reclusa masculina, unas instalaciones poco habilitadas, una oferta muy reducida de programas rehabilitadores y un personal de orden y régimen poco preparado para atender la problemática de las mujeres.

El tratamiento penitenciario, lejos de acompasar su evolución los últimos años al devenir del tratamiento del tema en el entorno europeo y occidental continúa basado en un enfoque sexista y estereotipado que refuerza el rol ancestral de las mujeres: la disciplina y el control son excesivamente severos, existe una medicación desmesurada y una falta de atención y asistencia a las mujeres con cargas familiares. Este conjunto de situaciones comporta una condena especialmente severa para las mujeres que consolida e intensifica las desigualdades de género existentes en la propia sociedad en unas Instituciones penitenciarias proteccionistas y paternalistas.

Los acontecimientos de los últimos años en los que el movimiento feminista ha generado reacciones unánimes globalizadas poniendo de manifiesto el desacuerdo de la población femenina no solo con la solución de la regulación penal a los delitos cometidos contra las mujeres[9], sino también al comportamiento social ante la vulnerable posición de las mujeres en la familia y en el ámbito laboral[10].

En este sentido podemos decir que existe una especial sensibilización al respecto hay incluso quien considera que las mujeres presas en el País Vasco son población especialmente vulnerable[11].

[9] Baste recordar las manifestaciones que se multiplicaron en los días siguientes a que se conociera la Sentencia de La Manada.

[10] El análisis del movimiento "ME TOO" aún está por hacer, y sus consecuencias apenas han comenzado a sentirse.

[11] MANZANOS BILBAO, C., Vivencias y percepciones de las mujeres presas de su discriminación en las cárceles ubicadas en el País Vasco, en ALMEDA SAMARANCH, E./ BODELÓN GONZÁLEZ, E., Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 133 y ss.;

El porqué del aumento de la mujer como reclusa se debe a la mayor emancipación y participación social de la mujer en la sociedad con la llegada de la democracia, lo que supone una incorporación a la pobreza y la criminalización de los excluidos: extranjeros, gitanos, toxicómanos, etc. En definitiva, en España las mujeres no cometen más delitos sino que se les aplica más pena de prisión y de mayor duración, como lo demuestran los datos.

Como consecuencia de esta escasez de Centros, no es posible cumplir el artículo 12 de la LOGP de evitar el desarraigo social de los penados, porque, al haber sólo escasas prisiones exclusivas de mujeres y el resto de departamentos o módulos dentro de las de hombres, no todas las mujeres presas pueden cumplir condena cerca de su lugar de residencia.

BODELÓN habla de tres modelos para estudiar la discriminación de las mujeres en el sistema penal: modelo de la discriminación o aplicación sexista del Derecho, que parte de la idea de que la igualdad requiere el igual tratamiento de los sujetos por parte del Derecho (pone como ejemplo las normas diferentes que se aplicaban en el Código penal en los años setenta a la violación masculina y femenina). El modelo de la masculinidad del Derecho, indicador de que la discriminación no se produce por la existencia de normas jurídicas diferentes para hombres y mujeres, sino por el hecho de que una misma norma se aplica a situaciones que tienen diferente significado por sus implicaciones de género (pone como ejemplo el parricidio). Y el modelo de la construcción de la desigualdad de género, que parte de la idea de que la desigualdad se produce por aplicación igual y desigual de la norma jurídica. El problema es que el Derecho Penal tiende a reproducir una estructura de género que subordina a las mujeres, promoviendo interpretaciones que consolidan el rol tradicional femenino y masculino[12]

CRUELLS, M./ IGAREDA, N., Mujeres, Integración y Prisión, Aurea, Barcelona, 2005, en la que detalla una investigación sobre las mujeres en el sistema penal y el desarrollo del encarcelamiento, el perfil tanto penal como sociológico de las mujeres presas, y medidas de reinserción.

[12] RIBAS, N./ ALMEDA, E./ BODELÓN, E., Rastreando lo invisible: Mujeres extranjeras en las cárceles, Anthropos, Barcelona, 2005, pp. 61-62, en la p. 97 señala una lista en la que establece unos motivos por los que se produce discriminación a la mujer reclusa extranjera: por el género, por las relaciones con los funcionarios, por las relaciones con el exterior (vis a vis, comunicaciones y teléfono), por desarraigo y extranjería, por el puesto laboral, relaciones con los servicios sociales y servicios médicos; BEJARANO, F., Extranjeros en prisión, Cuadernos de Derecho Penitenciario, 8, 2000, pp. 21-28; CARRIÓ, R., Particularidades de la situación carcelaria de las mujeres, en BERISTAÍN IPIÑA, A./ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., Cárcel de mujeres: ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima, Instituto Vasco de Criminología, Bilbao, 1989; CUEVAS, T., Cárcel de mujeres, Siricco, Barcelona, 1985; PARELLA RUBIO, S., Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación, Anthropos, Barcelona, 2003; RIVERA BEIRAS, I., La devaluación de los derechos fundamentales de los

III. LAS MADRES EN PRISIÓN. LAS UNIDADES DE MADRES

El Reglamento de Organización del personal, régimen y funcionamiento de las prisiones aprobado por el RD de 5 de mayo de 1913, en su artículo 222 ya establecía que los hijos de las reclusas deben estar en un departamento especial para ellos. Más adelante el Reglamento para la aplicación del Código penal en los Servicios de Prisiones aprobado por RD de 24 de diciembre de 1928 permitió que mujeres condenadas que llevaran consigo a sus hijos; el mismo régimen se encuentra en el Reglamento de los Servicios de Prisiones aprobado por Decreto el 14 de noviembre de 1930, como en los posteriores textos normativos.

La Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, sobre mujeres y niños encarcelados, supuso una clarísima llamada de atención a los Estados sobre los efectos de la cárcel en las personas, en general y, en particular, sobre los menores. La resolución "insta a los Estados miembros a que, con carácter de urgencia, investiguen y apliquen medidas de sustitución de la pena de prisión", para las madres encarceladas con hijos. Finalmente, es la Regla 36[13] de las RPE la que regula los menores de corta edad en prisión, guardando estrecha relación con el tratamiento que se les da a las madres en la cárcel.

Es el artículo 38 de la LOGP el que establece que los Centros penitenciarios deberán estar dotados de material de obstetricia necesario para el tratamiento no sólo de las mujeres que estén embarazadas sino de las que acaban de dar a luz y de las que se encuentren convalecientes, siempre que por razones de urgencia no se permita que se realicen en hospitales civiles. La atención sanitaria para ellas debe ser igual que para el resto de las mujeres.

En el apartado segundo de dicho artículo, se establece que las mujeres que ingresan en un centro o establecimiento penitenciario y tengan "en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado los tres años de edad, siempre que acrediten debidamente su filiación", debe existir "en aquellos centros donde se encuentren ingresadas internas

presos, en: VVAA, Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales, Bosch, Barcelona, 1994; ALMEDA, E., Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres, Bellaterra, Barcelona, 2002, pp. 215 y ss

[13]La Regla 36 viene a indicar que los niños de poca edad pueden estar en prisión con un pariente recluso únicamente si ello resulta de interés para el menor. Estos no deben ser considerados como detenidos. Deben tomarse medidas especiales para disponer de una guardería infantil dotada de personal cualificado donde el niño sea ubicado cuando el pariente esté realizando actividades a las cuales no tenga permitido el acceso al menor

con hijos [...] un local habilitado para guardería infantil". La Administración penitenciaria a celebrar "los convenios precisos con entidades públicas y privadas con el fin de potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad del niño dentro de la especial circunstancia determinada por el cumplimiento por la madre de la pena privativa de libertad".

La regulación del régimen de internamiento en Unidades de Madres se encomienda a los artículos 178 a 181 del RP, destacando la posibilidad, establecida en el artículo 180, de que el centro directivo autorice, "a propuesta de la Junta de Tratamiento, que las internas clasificadas en tercer grado de tratamiento con hijos menores sean destinadas a Unidades Dependientes exteriores, donde éstos podrán integrarse plenamente en el ámbito laboral y escolar".

En el Informe presentado a las Cortes Generales por el Defensor del Pueblo, éste se muestra especialmente sensible y preocupado por la situación de las mujeres con hijos en prisión, poniendo de manifiesto algunos graves problemas, detectados en las visitas a diversos Centros penitenciarios. Así, el Alto Comisionado de las Cortes Generales relata cómo "no todos los menores de tres años que conviven con sus madres en prisión son alojados en unidades de madres", de modo que "cerca de un cinco por ciento de esos menores continúan siendo alojados en departamentos de mujeres que, normalmente, no reúnen condiciones adecuadas, y en los que conviven madres penadas o preventivas con otras internas que ni están embarazadas ni tienen a sus hijos con ellas". En estos departamentos de mujeres no se suele contar, además, ni con el personal con formación especializada ni con las condiciones adecuadas para dispensar a los menores las atenciones y los cuidados que precisan ni para facilitarles el ambiente que es necesario para su correcto desarrollo. Por otro lado, el Informe señala que de la información recibida por la Administración penitenciaria "destaca el reducido porcentaje de menores de tres años que se encuentran destinados en unidades dependientes, en pisos integrados en las ciudades", a esta situación se le suma, además, el muy reducido número de Unidades dependientes existentes en el territorio nacional, pues su ubicación se reduce a cuatro ciudades.

Las Unidades de madres en España son muy recientes. Aparecen como consecuencia de un informe emitido por el Defensor del Pueblo en el que se comentó las deficiencias encontradas en prisiones en las que había niños menores compartiendo

no sólo el espacio sino también el régimen con todo tipo de reclusas, sin unas mínimas condiciones, ya fuesen de seguridad o de otra índole, necesarias para los menores.

Es, consecuencia de ello, por lo que se habilitan espacios en ciertos establecimientos independientes del resto de la población para que las presas con hijos pudieran encontrarse en un ambiente más normalizado y en condiciones más parecidas en la vida real.

Por último, hay que señalar que el derecho que se predica de las mujeres presas que tengan hijos menores de tres años para que puedan permanecer en el centro con ellas, es un derecho que no se encuentra reconocido para los padres presos. Lo cual evidencia un escollo en el tratamiento de igualdad entre paternidad y maternidad que choca especialmente con las nuevas regulaciones en torno la los derechos de la paternidad en el ámbito nacional, por ejemplo.

Por otra parte habría que plantearse el impacto que la convivencia en dichas unidades de madres causa sobre los derechos de estos "niños presos". Si son tan transcendentes los primeros años de vida en la construcción de su afectividad ¿es la prisión el mejor sitio para ellos? Una convivencia exclusivamente femenina en la que la figura no ya paterna sino masculina está totalmente ausente.

IV. CONCLUSIÓN

El mundo penitenciario ha vivido agravada la situación de desigualdad de las mujeres; resulta a todas luces evidente que la condición femenina y maternal precisa de singulares condiciones en prisión para las mujeres. Las actuales soluciones a la maternidad en prisión son insuficientes y han quedado obsoletas, a nuestro parecer en este asunto están totalmente desatendidos los derechos de los padres y de los niños.

BIBLIOGRAFÍA

ASÍS ROIG, R. de, La igualdad en el discurso de los derechos, en López García, J.A./Del Real Alcalá, A. (eds.), Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho, Madrid, 2000, pp. 149-168;

— Mujeres privadas de libertad en Centros Penitenciarios de Andalucía, Defensor del Pueblo andaluz, Tecnographic, Sevilla, 2006.

BARRERE UNZUETA, M.A., Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres, Madrid, 1997.

BELTRÁN PEREIRA, M.E., La construcción de la igualdad constitucional, en BETEGÓN CARRILLO, J./ LAPORTA SAN MIGUEL, F.J./ PRIETO SANCHÍS, L./ DE PÁRAMO ARGÜELLES, J.R. Coords., Constitución y derechos fundamentales, Madrid, 2004, pp. 569 y ss.

BEJARANO, F., Extranjeros en prisión, Cuadernos de Derecho Penitenciario, 8, 2000, pp. 21-28

CANTERA MURILLO, A. Delincuencia femenina en España, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

CARRIÓ, R., Particularidades de la situación carcelaria de las mujeres, en BERISTAÍN IPIÑA, A./ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., Cárcel de mujeres: ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima, Instituto Vasco de Criminología, Bilbao, 1989

CASTÁN TOBEÑAS, J., La condición social y jurídica de la mujer, Reus, Madrid, 1955.

CERVELLÓ DONDERIS, V., Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de géneros, Revista General de Derecho Penal, 5, 2006.

CLEMENTE DÍAZ, M., Integración de la madre reclusa en el medio ambiente de la prisión, Estudio, 269, 1990

CONTRERAS PELÁEZ, F.J., La idea de igualdad en el pensamiento político de Kant, Derechos y Libertades, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 225 y ss.

CRUELLS, M./ IGAREDA, N., Mujeres, Integración y Prisión, Aurea, Barcelona, 2005

CUENCA GÓMEZ, P., Mujer y Constitución: los derechos de la mujer antes y después de la Constitución española de 1978, Universitas, 8, 2008, pp. 73-103.

CUEVAS, T., Cárcel de mujeres, Siricco, Barcelona, 1985.

FERNÁNDEZ, E., Igualdad y Derechos Humanos, Tecnos, Madrid, 2003. p.24.

FERRAJOLI, L., Derechos y garantías. La ley del más débil, Madrid, 2004, pp. 81 y 82.

GARCÍA VALDÉS, C., Las casas de corrección de mujeres: un apunte, en El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Granada, 1999, pp. 587 y ss.

GARCÍA MORILLO, J., La cláusula general de igualdad, en Derecho constitucional, vol.1, El ordenamiento constitucional: derechos y deberes de los ciudadanos, Valencia, 2016, p. 160.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Derechos y Libertades, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 53 y ss.

IZQUIERDO BENITO, M.J., Los derechos de la mujer en la Constitución de 1978, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2, 1979, pp. 205-222

IGLESIAS, C., Presentación, en: Instituto de la Mujer, Mujer y Constitución en España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 9-12.

LÓPEZ GUERRA, L., Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978, en: Instituto de la Mujer, Mujer y Constitución en España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 19-41

LORCA NAVARRETE, J., Derechos fundamentales y jurisprudencia. Introducción al derecho, t. II, Pirámide, Madrid, 1989, p. 171.

LLORCA ORTEGA, J., Cárceles, presidios y casas de corrección en la valencia del XIX, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

MANZANOS BILBAO, C., Vivencias y percepciones de las mujeres presas de su discriminación en las cárceles ubicadas en el País Vasco, en ALMEDA SAMARANCH, E./ BODELÓN GONZÁLEZ, E., Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 133 y ss

MARTÍNEZ GALINDO, G., Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913), Madrid, 2002.

MIRANDA, M.J., Mujeres en prisión, Revista 8 de Marzo, 27, Instituto Andaluz de la Mujer, 1997.

NACIONES UNIDAS, Administración de justicia, estado de derecho y democracia, Documento de trabajo de la Sra. Florizelle O'Connor sobre la cuestión de la mujer en prisión, Informe de la Comisión de Derechos Humanos en su 56o período de sesiones.

PARELLA RUBIO, S., Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación, Anthropos, Barcelona, 2003.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., Reflexiones sobre la Constitución española desde la filosofía del derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 61, 1980, pp. 95 y ss.

PÉREZ TREMPS, P., Constitución y derechos de la mujer, Anuario de la Facultad de Derecho de la Facultad de Extremadura, 14-15, 1996-1997, pp. 247-260.

RIVERA BEIRAS, I., La devaluación de los derechos fundamentales de los presos, en: VVAA, Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales, Bosch, Barcelona, 1994.

VALCÁRCEL, A., La política de las mujeres, Madrid, 1997.

* * * * * *

M.ª Mercedes Fernández Saldaña

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Almería n.º 1789. Socia de la FICP.

~Algunos aspectos destacables de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria~

I. COMPETENCIAS DE LOS JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA. CONFLICTOS DE COMPETENCIAS.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria[1] (en adelante JVP) tiene su regulación en la Ley Orgánica General Penitenciaria LO 1/1979, de 26 de septiembre (LOGP), en la Ley Orgánica del Poder Judicial LO 6/1985 de 1 de julio (LOPJ), arts. 94 y Disposición adicional 5ª LOPJ, según nueva redacción dada por la Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio, el Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981 de 8 de mayo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 526, 985, 987 y 990 LECrim y concordantes, a los que remite el art. 78 y Disposición Transitoria 1ª de la LGP, el Código Penal, arts. 36, 49, 58, 60, 78, 78 bis, 90, 91, 92, 96, 98, 105 y 106 CP reformado por la LO 1/2015 de 30 de marzo y la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, Ley 23/2014 de 20 de noviembre.

Los JVP se distribuyen en Provinciales[2] (en cada provincia habrá uno o varios JVP), en las Comunidades Autónomas[3], en demarcaciones menores de la provincia[4] y en los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria[5].

---

[1] Órgano Judicial unipersonal especializado del orden jurisdiccional penal, con funciones de vigilancia, decisorias y consultivas. Se ocupa de la ejecución de las penas privativas de libertad, de acuerdo con el principio de legalidad. Tiene a su cargo la fiscalización de la actividad penitenciaria, garantiza los derechos de todos los reclusos, cualquiera que sea su situación, y corrige los posibles abusos y desviaciones que puedan producirse por la Administración con respecto a los mismos, en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario.

[2] Las funciones jurisdiccionales serán las establecidas en la LGP en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, la emisión de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley (arts. 64 de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea), el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, el amparo de los derechos y beneficios de los internos en los distintos establecimientos penitenciarios y las demás que señale la Ley.

[3] Los JVP pueden tener jurisdicción en dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma, si bien, la demarcación de los JVP es provincial pero, está condicionada por la distribución de los centros penitenciarios y por el número de personas que permanecen ingresadas en ellos, lo que hace que sea frecuente que estos Juzgados tengan demarcaciones que comprenden varias provincias, siempre dentro de la misma Comunidad Autónoma, conforme al art. 152 CE.

[4] Pueden crearse JVP con jurisdicción que no se extienda a toda una provincia.

[5] Habrá uno o varios Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria, con sede en Madrid, y jurisdicción en toda España, cuyas funciones jurisdiccionales son las establecidas en la LGP en relación con los delitos que sean competencia de la Audiencia Nacional, con competencia preferente y

Pueden existir conflictos de competencia objetiva y territorial en determinada materias, ya que la LOGP, la LOPJ y el Código Penal no equiparan las funciones del JVP a las que tienen los Jueces y Tribunales sentenciadores. Por tanto, surgen diversos conflictos de competencia de solución compleja, incrementados por la carencia de normas específicas en materia penitenciaria, así como por la dispersión de las mismas. Podemos destacar los siguientes:

1. Conflictos de competencia en materia de abono de prisión preventiva sufrida en otras causas:

La competencia objetiva para conocer y acordar el abono a las causas en cumplimiento, de períodos de prisión preventiva sufrida en otras causas, bien por haber recaído sentencia absolutoria, bien por exceder la prisión provisional de la duración de la condena impuesta, corresponderá al JVP de quien dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado[6].

2. Conflictos de competencias en relación con las comunicaciones orales y escritas de los presos preventivos:

La competencia para el conocimiento y resolución de las cuestiones o pretensiones que se susciten en relación con la intervención, suspensión, restricción o prohibición de las comunicaciones orales y escritas de los internos, ingresados como detenidos o presos preventivos en un determinado establecimiento penitenciario, cuando aquéllas se acuerden al amparo de lo previsto en el ART. 51 LGP (sobre comunicaciones y visitas), corresponde al JVP y no al Juez instructor o Tribunal a cuya disposición se encuentre[7].

---

excluyente cuando el penado cumpla también otras condenas que no hubiesen sido impuestas por la Audiencia Nacional (ejercen "vis atractiva" cuando el penado pueda estar cumpliendo condena por sentencias dictadas por otros Tribunales del orden penal además de la impuesta por la Audiencia Nacional), para la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley (art. 64 de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea) y demás funciones que señale la ley en relación con los delitos competencia de la Audiencia Nacional.

[6] Es una cuestión que afecta directamente a la ejecución de la pena, atribuida al JVP en virtud de la cláusula genérica del art. 76.2.a) de la LGP, y del Auto dictado por el Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1991, en resolución de una cuestión de competencia surgida sobre este particular.

[7] En base a doctrina jurisprudencial mantenida por el TS en los Autos de 16 de Noviembre y 10 de Diciembre de 1999 y 29 de marzo de 2000, así como en el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de Marzo de 1998.

3. Conflictos de competencia para resolver sobre la anulación o revocación del licenciamiento definitivo de una causa, aprobado por el Juzgado o Tribunal sentenciador.

La situación que surge es la siguiente: por un lado, los arts. 17.3 LGP y art. 242 Reglamento Penitenciario, atribuyen al Tribunal sentenciador la competencia exclusiva para aprobar la libertad definitiva de un penado. Sin embargo, por otro lado, corresponde al JVP, de acuerdo con lo ordenado en el art. 76.2.g) LGP, resolver las peticiones o quejas que les dirijan los internos en solicitud de anulación de las propuestas de licenciamiento definitivo de una causa ya licenciada, para su refundición con otra u otras causas que estén cumpliéndose. Y, además, los Juzgados o Tribunales sentenciadores tienen competencia para decidir sobre la anulación o revocación de dicho licenciamiento, con iguales fines, cuando la proponga el Centro penitenciario, aplicando los criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Supremo[8].

4. Conflictos de competencia territorial para aprobar la modificación o ampliación de la refundición de condenas inicial o de las posteriores a nuevas causas

En este caso corresponde al JVP que ejerza jurisdicción sobre el Centro penitenciario en que se encuentre el interno cuando se reciba el testimonio de la nueva o nuevas causas. Excepcionalmente, si el interno está disfrutando de libertad condicional, aunque estuviese suspendido por un nuevo ingreso en prisión como penado, corresponderá conocer al Juez que aprobó la libertad condicional. El mismo JVP conocerá de la queja del interno, cualquiera que sea el Centro Penitenciario en que se encuentre al formularla contra la propuesta de licenciamiento definitivo independiente de causas con libertad condicional revocada y/o en demanda de que se refundan con las mismas las causas que dieron lugar a la revocación o las posteriores[9].

5. Conflictos de competencia para resolver sobre la anulación o revocación del licenciamiento definitivo de una causa, ya aprobado por el Juzgado o Tribunal sentenciador.

La resolución judicial del órgano sentenciador que tiene por cumplida la pena en la correspondiente ejecutoria no puede derivar efectos penitenciarios perjudiciales para

[8] El resultado es que se origina un conflicto de competencias de muy difícil solución, salvo que se atribuya a los JVP competencias para aprobar la libertad definitiva.

[9] Acuerdo adoptado por los JVP en sus XXVII reunión mayo 2018.

el interno, sin que sea admisible su exclusión del cómputo global de todas las penas, debiéndose mantener las fechas originarias de cumplimiento.

6. Conflictos de competencia para conocer de los recursos contra los acuerdos dictados por los Centros Penitenciarios.

La competencia para conocer de los recursos contra los acuerdos dictados en un centro penitenciario corresponde at JVP que ejerce su jurisdicción sobre dicho Centro[10].

II. SISTEMA DE QUEJAS Y RECURSOS.

Por un lado, el JVP tiene competencia para resolver los Escritos de Queja planteados por los internos en relación con los acuerdos adoptados por la Administración Penitenciaria, en los siguientes asuntos:

1.- Sanciones disciplinarias (art. 76.2.e).

2.- Clasificación penitenciaria inicial, progresiones y regresiones de grado (art. 76.2.f)[11].

3.- Peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios.

En cuanto a los Recursos[12] que se pueden interponer frente a resoluciones de los JVP, serían los siguientes:

---

[10] Corresponde conocer de los recursos formulados por los internos o por el Ministerio Fiscal contra los acuerdos de clasificación al JVP que ejerce sus funciones en relación al Centro Penitenciario cuya Junta de Tratamiento elevó la correspondiente propuesta o, en su caso, tomó el acuerdo, y ello para evitar convertir al JVP en un fuero electivo, en función del lugar donde se encuentre el interno en cada momento, vulnerándose así el derecho at Juez ordinario predeterminado por la ley. Criterio avalado por auto del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2015 (Acuerdo adoptado por unanimidad en la reunión de octubre de 2007).

[11] Tras la reforma operada por la L.O. 5/2003 de 27 de Mayo, en cuanto a la clasificación del penado, se introdujo la posibilidad de recurrir directamente ante el JVP los acuerdos administrativos de clasificación inicial, así como los de progresión o regresión de grado (art 76.2.f de la Ley y 103.5 y 105.2 del Reglamento). Si la queja es desestimada, cabe Recurso de Reforma ante el mismo JVP y, en su caso, Apelación ante el último Juzgado o Tribunal sentenciador.

[12] Artículo 50 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LGP): art. 50.1 Capacidad de los internos para interponer recursos administrativos o quejas ante la propia administración y art. 50.2 sobre la posibilidad de presentar los recursos previstos en la ley ante la autoridad judicial competente. Artículo 4 j) del Reglamento Penitenciario (RP) derecho de los internos a formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias, judiciales, defensor del pueblo y Ministerio Fiscal, dirigirse a las autoridades competentes.... Artículos 53 y 54 del RP detallan estos derechos, estableciendo el procedimiento de presentación, copia sellada etc., el primero en cuanto a las peticiones y quejas ante la administración penitenciaria y en segundo en lo referente a las dirigidas al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

1.- Recurso de Reforma. Conforme a la dicción de la D.A. 5ª 1 de la LOPJ es potestativo[13]. Están legitimados para interponerlo tanto el Ministerio Fiscal como el penado. Los Autos del JVP que no admitan a trámite un recurso de Reforma (o de Apelación), sólo se pueden recurrir en Queja. Del Recurso de Reforma, conoce el JVP, al ser un recurso no devolutivo.

2.- Recurso de Apelación. La D.A. 5ª LOPJ establece la posibilidad de Recurso de Apelación contra todas las resoluciones del Juez de Vigilancia que no se hayan dictado resolviendo un previo recurso contra un acuerdo de la Administración Penitenciaria[14], con la excepción hecha de que éste se refiera a la clasificación del penado. Están legitimados para interponerlo el Ministerio Fiscal y el penado.

En el Recurso de Apelación hay que diferenciar entre las materia de ejecución de penas (en cuyo caso las resoluciones de los JVP serán recurribles en Apelación y Queja ante el Tribunal Sentenciador, según la D.A. 5ª.2 L.O.P.J.)[15] y, materia de régimen y demás no comprendidas en ejecución (en cuyo caso se recurrirá ante la Audiencia Provincial de la demarcación territorial donde se encuentre el Centro Penitenciario, según la D.A. 5ª 3 LOPJ)[16].

3.- Recurso de Queja. Sólo puede interponerse frente a las resoluciones del JVP que rechacen la admisión de un Recurso de Reforma o Apelación.

4.- Recurso de Casación por infracción de Ley[17] y para unificación de doctrina[18].

Según DEL MORAL[19] "…tratándose de un recurso contra un Auto y para unificación de doctrina", lo lógico es que solo se admitiese el recurso por infracción de ley al amparo del art. 849.10., o en todo caso, por infracción de precepto constitucional

[13] Quedan al margen de la posibilidad de recurso las resoluciones dictadas por el JVP que sean irrecurribles por aplicación de una normativa específica.

[14] REIGOSA GONZÁLEZ, Recursos contra las resoluciones del Juez de Vigilancia, Revista de Estudios Penitenciarios nº 236, 1986, p. 146.

[15] Materias referentes a ejecución de penas son la libertad condicional y las revocaciones, los beneficios penitenciarios que supongan un acortamiento de la condena, los temas relacionados con la clasificación penitenciaria, el período de seguridad, el artículo 78, el conocimiento del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del Establecimiento (art. 76.2.j) LGP.

[16] Son materias de régimen y otras materias, los permisos, las quejas y peticiones formuladas por los internos al amparo del apartado g) del art. 76.2 LGP, la aprobación de sanciones de aislamiento en celda de duración superior a 14 días (art. 76.2.d) LGP, las peticiones o quejas relativas a temas no propios de ejecución (apartado g del art. 76.2), las facultades del JVP a que se refiere el art. 77 LGP.

[17] Contra el Auto que determine el máximo de cumplimiento o deniegue su fijación (DA 5ª.6 L.O.P.J).

[18] Frente a los Autos dictados por las Audiencias Provinciales o la Audiencia Nacional resolviendo un Recurso de Apelación, cuando no quepa Casación Ordinaria (D.A. 5ª.7 LOPJ).

[19] DEL MORAL, A, Recursos frente a decisiones en materia de ejecución de penas privativas de libertad, Curso de formación en derecho penitenciario, 2003, CGPJ.

si se conviene que el art. 5.4 de la L.O.P.J. (art. 852 LECrim en la actualidad), pero se introduce un tercer tipo de casación a caballo entre la casación por infracción de ley y la casación por quebrantamiento de forma. Los motivos por quebrantamiento de forma de los arts. 850 y 851 están pensados para una Sentencia tras la celebración de un juicio oral, por lo que no son aplicables a los recursos contra Autos. Infracciones de carácter formal que hayan causado indefensión tendrán mejor cobijo en el art. 852 LECrim. Tampoco el motivo del art. 849.2 parece muy acorde con la naturaleza de estas resoluciones pues se parte de una valoración probatoria propia de un juicio oral y no en un Expediente de vigilancia. No obstante, la genérica remisión de la disposición adicional 5ª, es terreno poco apto para introducir este tipo de matizaciones y se corre el riesgo de desvirtuar el carácter de recurso extraordinario de la casación en este ámbito". Según el Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22-7-2004, se dejó prácticamente ineficaz en la práctica este recurso de Casación para unificación de doctrina, no pasando la fase de admisión ni siquiera en la Audiencia.

La legitimación para interponerlo le corresponde al Ministerio Fiscal y al letrado del penado.

5.- Recurso de Amparo Constitucional. Es procedente si se invoca lesión de alguno de los derechos fundamentales susceptibles de amparo[20]. Están legitimados para interponerlo el Ministerio Fiscal, el interno o el liberado condicional[21].

6.- Recurso por incidente de Nulidad de actuaciones (arts. 238 y ss LOPJ).

7.- Recurso Extraordinario de Revisión. Procede cuando están agotados todos los recursos y aparecen nuevas pruebas que demuestran la inocencia del penado que esté cumpliendo condena. Se interpone ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, aportando dichas nuevas pruebas.

8.- Tras la aprobación de la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, el art. 13 de la misma[22], regula la posibilidad de que dicha víctima pueda interponer

[20] Queda abierta la vía constitucional contra el Auto resolviendo el Recurso de Reforma en materia de sanciones disciplinarias dictado por el JVP y, en los demás casos, contra el Auto dictado por el órgano ad quem (Audiencia o Juzgado de lo Penal), resolviendo el previo Recurso de Apelación contra la resolución del JVP.

[21] BUENO ARÚS, Los permisos de salida y las competencias de los jueces de vigilancia, Poder Judicial 2ª época nº 2, 1986, p. 29. Se excluye de nuevo a la acusación particular y popular. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que por Auto de 3 de julio de 1.989, inadmitió a trámite el Recurso de Amparo planteado por una acusación particular contra la resolución de la Audiencia Provincial, que rechazaba su legitimación para recurrir la decisión de conceder a un penado un permiso de salida.

determinados recursos contra algunas resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

Por otro lado, además, debemos tener en cuenta una serie de supuestos para establecer qué Juzgado es el competente para el conocimiento de los recursos. Así, en caso de que la última Sentencia fuera dictada por el Tribunal Supremo en base a un Recurso de Casación, el Tribunal sentenciador (Audiencia Provincial) será quien conozca del Recurso de Apelación. Si se trata de un proceso con Jurado la competencia vendrá atribuida o al Magistrado-Presidente correspondiente, o a la Audiencia Provincial en cuyo seno se constituyó el Jurado. En cuanto a los Juzgados Centrales de Vigilancia, para el recurso de Apelación (sea la materia de régimen o de ejecución y sea cual sea el órgano sentenciador), será competente siempre la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (D.A. 5ª 5 LOPJ). Por tanto, no será competente el Juzgado Central de lo Penal (aunque la pena haya podido ser impuesta por éste). Cuando sea una Sentencia de conformidad en el ámbito del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (aunque sea el Juzgado de Instrucción el órgano sentenciador), dado que la ejecución compete al Juzgado de lo Penal conforme al art. 801.1 LECrim, será éste el competente para conocer los Recursos de Apelación contra las decisiones del Juez de Vigilancia relativas a la ejecución de la pena impuesta.

La complicación surge cuando son varias las penas que se cumplen. En estos casos, la competencia para el recurso corresponderá al Juzgado o Tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave (conforme al art. 75 CP), y, en el caso de que concurran varios Juzgados o Tribunales que hubieren impuesto pena de igual gravedad, el competente será el último que haya dictado Sentencia entre ellos (conforme al art. 76 CP y art. 988 LECrim). La L.O. 5/2003 estableció en base a la D.A. 5ª 2 LOPJ que, cuando el penado se encuentre cumpliendo varias condenas, en caso de que un mismo Juez o Tribunal haya impuesto varias penas privativas de libertad, la comparación a efectos de fijar la competencia habrá que hacerla con la pena más grave de las impuestas, y no con la suma de todas ellas. Para el caso de limitación de condenas del art. 76 CP hay que estar a las penas todavía no acumuladas. En caso de que una de

[22] El Art. 13 LEV legitima a la víctima para recurrir las resoluciones relativas al alzamiento del periodo de seguridad, las que acuerdan la aplicación del régimen general de cumplimiento y por las que se concede la libertad condicional. Se refiere exclusivamente a resoluciones dictadas por el JVP. Sin embargo, en los delitos castigados con pena de prisión permanente revisable la competencia para otorgar la suspensión de la pena corresponde al Tribunal sentenciador (Art. 92 CP). Por tanto, con respecto a esta pena, no cabe entender legitimada a la víctima para recurrir el auto otorgando el beneficio, al no haber sido dictado por el JVP.

las condenas haya sido impuesta por la Audiencia Nacional o el Juzgado Central de lo Penal, la competencia para conocer de la Apelación será siempre de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (puesto que la competencia de los Juzgados Centrales de Vigilancia es excluyente, según el art. 94.4.2° LOPJ). Por tanto, no importa que existan condenas más graves impuestas por otros órganos jurisdiccionales.

III. ABONO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. LA REFUNDICIÓN DE CONDENAS.

1. Abono de la prisión preventiva (art. 58 CP).

Consiste en la aplicación, a la condena privativa de libertad que se está cumpliendo, el tiempo que se ha permanecido detenido o preso preventivo en la misma causa por la que se esté cumpliendo condena o en otra distinta. Hay dos tipos, uno denominado propio o estricto[23] y otro, denominado impropio o amplio[24]. Corresponde al Juzgado o Tribunal al que se solicita recabar del Juzgado o Tribunal por el que se estuvo preventivo, el testimonio de cómo concluyó el procedimiento y el certificado del tiempo que permaneció como preventivo por dicha causa[25].

Debemos comentar que la doctrina del TS sobre la cuestión, consideraba con anterioridad a la reforma[26] del 2010, que el tiempo de prisión preventiva sufrido en una determinada causa debía ser abonado para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma, aunque coincida temporalmente con el cumplimiento de una pena impuesta en causa diferente. En parecidos términos se pronuncia la STS 581/2016, de 30 de junio (ROJ: STS 3254/2016-ECLI:ES:TS:2016:3254), en la que se expresa que la STC 57/2008, de 28 de abril (BOE núm. 135 Suplemento de 4 de junio), apoyó la

[23] Es el tiempo de prisión preventiva sufrido en el mismo procedimiento por el que luego se resulta condenado a una pena privativa de libertad.

[24] En caso de que, habiendo permanecido un tiempo en prisión preventiva, el procedimiento ha sido sobreseído y archivado, se ha estimado prescrito el delito, se ha dictado sentencia absolutoria o la pena impuesta es inferior al periodo pasado en prisión preventiva. En todos estos casos el tiempo de prisión preventiva, indebidamente padecido, se aplicaría a otra condena que se esté cumpliendo.

[25] Recabará del centro penitenciario certificado de si ese tiempo de prisión preventiva ha sido aplicado a alguna otra causa y, si no ha sido así, dictará auto reconociendo el abono y mandará practicarse nueva hoja de liquidación, con la inclusión en la condena impuestadel tiempo abonable.

[26] En cuanto a los períodos de preventiva previos a la reforma del 2010, en la Reunión de FVP del año 2011 se estipuló, para el caso de situaciones posteriores a la entrada en vigor de la LO 5/2010, que *"en el caso de internos en los cuales concurra la doble condición de penado y de preventivo, procederá un único abono del tiempo pasado en tal situación. Dicho periodo se imputará en su día a la causa en la cual se acordó la medida cautelar si fuere condenado y sólo, si fuere absuelto, a otra causa, para el caso de ser procedente conforme al art. 58.2 CP"*, y en plena congruencia con ello que *"sólo cabe el abono doble del periodo de coincidencia de la condición de penado/preventivo en el caso de situaciones anteriores a la entrada en vigor de la LO 15/2003. Tras la entrada en vigor de la LO 15/2003 sólo cabe un único abono"*.

doctrina del doble cómputo de los períodos de prisión pasados en la doble condición de preso preventivo y penado. La doctrina constitucional partía del artículo 58.1 del CP, en la que era su redacción anterior a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el que se disponía que "*el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa en que dicha privación haya sido acordada*". Estimaba el TC que si la previsión legal indicaba que el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en una causa, había de abonarse en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa, no existía disposición legal de soporte para que ese tiempo (o parte del mismo) pudiera excluirse por haber estado además cumpliendo la pena impuesta en otro procedimiento; máxime cuando se trata de un supuesto frecuente que no había impulsado al Legislador a regular de otro modo el abono del tiempo de duración de la medida cautelar personal.

Pero la LO 5/2010, de 22 de junio, estableció un nuevo redactado en el artículo 58.1 del CP, añadiendo un último inciso a la norma de abono antes indicada, que expresa que "*en ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa*". En la STS 950/2016, de 15 de diciembre (ROJ: STS: 5504/2016-ECLI:ES:TS:2016:5504), se declara que tales situaciones fueron reconocidas a partir de la STC 57/2008 de 28 de abril, como generadoras del derecho al doble cómputo del tiempo en el que había coincidido ambas condiciones, la de preso preventivo y la de penado, en atención al tenor literal del artículo 58 CP en su versión anterior a la LO 5/2010. A partir de ésta y de la nueva redacción con la que dotó al precepto, quedó legalmente excluida la posibilidad de que el mismo periodo de privación de libertad surtiese efecto en más de una causa.

Según el Acuerdo de FVP de 2018, el abono de la prisión preventiva en causa distinta a aquella en que se generó solo cabe respecto de causas en que la sentencia es absolutoria o condenatoria con exceso de cumplimiento. No cabe el abono de la prisión preventiva sufrida en una causa distinta a aquella en la que se generó cuando dicha prisión preventiva proceda de una pena suspendida, prescrita o sustituida[27]. El abono de la prisión preventiva en la propia causa en que se decretó tal medida cautelar constituye una regla de aplicación absoluta que opera "ope legis" de forma

[27] Es aplicable al cumplimiento de la condena que se sufre en España, el tiempo de prisión provisional que haya cumplido en un país extranjero siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el Art. 58 CP.

automática, incluso aunque en el fallo de la sentencia condenatoria no se consigne de modo expreso (STS 31/01/07, ROJ: STS 485/2007-ECLI:ES:TS:2007:485).

2. La refundición de condenas (art. 76 CP).

En la refundición de condenas, conforme al art. 76.1 y 2 CP, hay que tener en cuenta, por un lado, que más que una refundición, propiamente dicha, habría que concebirla como un procedimiento por el que, respecto de una pluralidad de condenas impuestas, se fija un límite máximo de tiempo de cumplimiento y, por otro lado, hay que considerar que la refundición no se tiene que confundir con la acumulación o enlace de condenas[28].

La Refundición de Condenas (art. 76 CP) es una limitación legal al cumplimiento de las penas impuestas, mediante el establecimiento de dos topes máximos de cumplimiento:

a.- Un límite establecido por el hecho de que el tiempo de cumplimiento no podrá exceder del resultado de multiplicar por tres la mayor de las penas en que haya incurrido el condenado (Triple de la más grave, sin exceder de 20 años).

b.- Otro límite fijando el tiempo máximo de cumplimiento en 20 años, que admite determinadas ampliaciones de 25 a 40 años[29].

c.- Tras la reforma por LO 1/2015, se añade un supuesto excepcional, para los supuestos de condenados a dos o más delitos y que, al menos, uno de ellos, lo sea a la pena de prisión permanente revisable, remitiendo a los art. 92 y 78 CP[30].

---

[28] La acumulación o enlace es la suma aritmética de todas las penas que se están cumpliendo para considerarlas como una única, a efectos de la concesión de la libertad condicional, pero sin suponer ningún recorte o limitación en su cumplimiento (art. 193.2 Reglamento Penitenciario).

[29] De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión de hasta 20años; De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a 20 años; De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la Ley con pena de prisión superior a 20 años; De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a 20 años.

[30] La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar Se introduce un art. 78 bis CP para regular los supuestos de los condenados a penas de prisión permanente revisable. Los condenados a esta pena no podrán progresar al tercer grado de tratamiento penitenciario hasta los 18 años si tiene varias penas, una de por y otras que sumadas superen los 5 años. Salvo que se tratase delitos de terrorismo o cometidos en organización criminal, en cuyo caso el plazo será de 24 años; hasta los 22 años, si tuviera varios delitos y dos o más estén castigados con penas de prisión permanente revisable. Salvo que se tratase delitos de terrorismo o cometidos en organización criminal, en cuyo caso el plazo será de 32 años. Y no podrá obtener la suspensión del resto de la condena hasta los 25 años si tiene varias penas, una de prisión permanente

El procedimiento para solicitar de la refundición de condenas está regulado en el art. 988 LECrim[31]. Los diversos Juzgados o Tribunales cotejarán si las causas pueden considerarse conexas entre sí. Si son conexas comprobarán si la suma de las condenas refundibles es superior al tope de los 20 años o al triple de la mayor de todas las penas impuestas. Si es así, procederán mediante Auto a estimar la solicitud. Este Auto es recurrible en casación por infracción de ley (art. 988 LECrim). Por tanto, es determinante comprobar si concurre o no, la conexidad[32], utilizando como criterios para apreciarla o no, el tiempo, el lugar, el bien jurídico protegido lesionado, los preceptos infringidos, el modus operandi del agente, etc. Si bien, dada la gran variedad de criterios, la STS de 31 de Mayo de 1.992 introdujo la posibilidad de realizar una interpretación extensiva y analógica del concepto de conexidad de la refundición de condenas. Posteriormente, se han ampliado los criterios de interpretación extensiva (principio de reeducación y reinserción social de la pena, principio de unidad de ejecución y unidad de cumplimiento de las condenas, principio de humanismo penal, etc. En consecuencia, para determinar la existencia, o no, de la conexidad debe atenderse solamente a si los diversos delitos han podido ser enjuiciados en un solo proceso y existirá siempre que la acumulación no se trasforme en una exclusión de la punibilidad para todo delito posterior (STS 10/11/95, ROJ: STS 5690/1995-ECLI: ES:TS:1995:5690). Si una persona supiera que no ha de cumplir las penas por los delitos posteriores a otras ya firmemente impuestas se crearía un sentimiento de impunidad contrario a la finalidad de prevención especial de la pena. De esta manera, los períodos de acumulación de penas se cortan desde el momento en que existe la condena de carácter firme (STS 29-11-95, ROJ: STS 6057/1995-ECLI:ES:TS:1995.6057). Conforme a esta doctrina se deben considerar acumulables, las penas impuestas a todos los hechos ocurridos antes de la fecha de firmeza de la primera sentencia que adquirió tal

revisable y otras que sumadas superen los 5 años. Salvo que se tratase delitos de terrorismo o cometidos en organización criminal, en cuyo caso el plazo será de 28 años; hasta los 30 años, si tuviera varios delitos y dos o más estén castigados con penas de prisión permanente revisable. Salvo que se tratase delitos de terrorismo o cometidos en organización criminal, en cuyo caso el plazo será de 32 años.

[31] Cuando la acumulación se realiza con penas provenientes de un mismo proceso y establecidas en una misma sentencia no existe problema (la sentencia establece las diferentes penas por los delitos enjuiciados e indica la aplicación de la regla del art. 76 del CP con el límite máximo de cumplimiento). Sin embargo, si la acumulación se realiza con penas provenientes de distintos procesos penales, establecidas en diferentes sentencias, si ha de tenerse en cuenta el criterio de conexidad (art. 988 LECrim).

[32] Criterios de conexidad del art. 17 de la LECrim: *"1º. Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito. 2º. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera procedido concierto para ello. 3º. Los cometidos como medio para perpetrar otros, o facilitar su ejecución. 4º. Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. 5º. Los diversos delitos que se imputen a una persona, al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados".*

condición; correlativamente, los que fueron cometidos con posterioridad a dicha fecha deben ser tratados con el mismo criterio, por sin acumulación a los anteriores (STS 21/03/1995, ROJ: STS 1675/1995-ECLI:ES:TS:1995:1675)[33].

Según la STS de 23 de abril de 2002 (ROJ: STS 2892/2002-ECLI:ES:TS:2002:2892): "…*el límite al criterio de conexidad ha quedado reducido a un criterio cronológico que actúa como presupuesto de la acumulación y que está concretado en que los hechos, cualquiera que fuese su naturaleza, hubiesen podido enjuiciarse en un único proceso, de suerte que quedarían excluidos de la acumulación aquellos hechos cometidos después de haber sido condenado el autor por otros anteriores a los que se pretende la acumulación*". Y la STS de 18 de febrero de 2008 (ROJ: STS 1920/2008-ECLI:ES:TS:2008:1920), por su parte, establece que es cierto que la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de conexidad que exigen los arts. 76.2 CP y art. 988 LECrim para la acumulación jurídica de penas, al estimar que lo relevante es la conexidad temporal, es decir, que los hechos pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión; que son acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciadas en el momento de la comisión del hecho que ha dado lugar a esta última resolución, con independencia de que tuviese analogía, pues todos ellos podrían haberse enjuiciado en un solo proceso, que en principio, únicamente deben excluirse de la acumulación los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado, es decir cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación, y los hechos posteriores a la sentencia que determinan la acumulación cuando ésta no sea la última; ello, porque ni unos ni otros podrían haber sido enjuiciados en el mismo proceso. La STS 06.10.2008 (ROJ: STS 5377/2008-ECLI:ES:TS:2008:5377), tras reiterar la relevancia de la conexión temporal, atendiendo a la fecha de comisión de los hechos, pasa a determinar las clases de conexión y distingue: Conexión procesal, que obliga a interpretar la misma conforme al art. 17.5 LECrim (fundada en la analogía o relación entre los diversos delitos que se imputen a una persona y no hubieran sido hasta entonces sentenciados), Conexión material, que responde a exclusivos criterios de acumulación de delitos, a modo de concurso real, sin fijarse en la índole de tales

[33] Si después de haber sido dictada sentencia firme, el condenado comete una nueva infracción penal, esta última condena no se puede refundir a las anteriores, por ser técnicamente imposible que se pudiera juzgar esa nueva infracción penal en un mismo juicio con las anteriores, porque ya habrían sido dictadas condenas que han ganado firmeza.

infracciones, y Conexión temporal, que consiste en la agrupación por épocas delictivas, basándose en el momento de comisión de los hechos[34].

Este criterio cronológico, es firme y rigurosamente exigido por la jurisprudencia, de modo que los hechos acaecidos con posterioridad a una sentencia condenatoria no pueden ser, en modo alguno, objeto de acumulación a los enjuiciados, por ello, para el cálculo de la procedencia o no de una acumulación entre varias condenas se tienen que tener muy en cuenta las fechas de comisión de los hechos y ponerlas en relación con las fechas de las sentencias de las distintas causas y, a partir de ahí, calcular detenidamente qué causas se pueden incluir en un grupo de condenas y cuáles no. Y ello para evitar que se materialice el riesgo de impunidad de quien vuelve a delinquir después de haber sido condenado, pero antes de que se resuelva el casi obligado recurso de casación. La importancia de dicho criterio cronológico se pone de manifiesto en el hecho de su incorporación al texto art. 76.2 del CP vigente, tras la modificación operada por la LO 7/2003, condiciona la acumulación de las diversas infracciones del penado al momento de su comisión, en clara referencia al expresado criterio. Por su parte, según el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 29 noviembre de 2005, es la fecha de la sentencia condenatoria definitiva[35] la que ha de tenerse en cuenta.

Por su parte, la STS 197/2006, de 28 de febrero (ROJ: STS 753/2006-ECLI:ES:TS:2006:753) estableció la doctrina Parot, que establece que, fijado el límite de cumplimiento conforme al art. 76 CP, éste representa el máximo de cumplimiento del penado, por lo que, tras el cumplimiento sucesivo de las penas impuestas, el penado dejaría de cumplir las penas que procedieran (es decir, las siguientes en el orden de sus respectiva gravedad) desde que las ya cumplidas cubrieran el máximo del tiempo que establece el art. 76 CP. Lo que el TEDH reprocha es que se aplique la indicada doctrina retroactivamente, es decir, a quienes fueron sentenciados y condenados antes de que entrara en vigor, por considerar que esa aplicación retroactiva vulnera los arts. 5 y 7 de

[34] La jurisprudencia mantiene que carece de todo fundamento legal, decantándose por un sentido hermenéutico de la acumulación de condenas, que responde a las reglas del concurso real. Ha interpretado la jurisprudencia con mucha amplitud y flexibilidad el mencionado criterio de conexidad, de modo que todos los delitos que sean imputados a una persona pudieran haber sido objeto de enjuiciamiento conjunto, abren la vía de la acumulación jurídica, con el efecto de la aplicación de tales limitaciones, de manera que únicamente se excluyen aquellos hechos delictivos que pretendan acumularse a otros respecto de los que ya mediara sentencia firme.

[35] Acuerdo que también refiere la imposibilidad material de la acumulación, por no poderse juzgar en un mismo proceso, de ciertos delitos como el quebrantamiento de condena, respecto a la sentencias en ejecución, o los delitos cometidos en la Institución Penitenciaria, cuyo ingreso quedó determinado por la condena previa.

la Convención Europea de Derechos Humanos.

IV. CONCLUSIONES

Dada la peculiaridad legislativa de los JVP, ciertamente existen conflictos de competencia objetiva y territorial, que han ido solucionándose a lo largo de la aplicación e interpretación de la LGP y su Reglamento, como hemos analizado anteriormente. Existen, además, una serie de recursos que amparan los derechos tanto de la persona que está sufriendo la prisión, como del Ministerio Fiscal (que defiende la legalidad), como, incluso, a raíz de la LEV del año 2015, para la propia víctima del delito.

Dentro de la ejecución de la pena privativa de libertad hay un espacio en el que comparten espacios el JVP y el órgano judicial sentenciador. En concreto, en el abono de la prisión preventiva se realiza una resta sobre la pena total impuesta en una causa. La regulación legal al respecto del art. 58 CP, fue reformada por la LO 5/10, de 22 de Junio, de reforma del CP, distinguiendo dos conceptos diferentes: la determinación de la pena a imponer y la ejecución de la pena impuesta. En este aspecto, hemos destacado que la STC 57/08, de 28 de Abril (BOE núm. 135 Suplemento, de 4 de junio de 2008), considera que en ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa[36].

Hubo muchos penados que tenían condenas muy largas y que solicitaron una ponderación del tiempo de reclusión con las restricciones derivadas del Art. 76 del CP, amparándose también en el art. 58.1 CP por haber compaginado, en un mismo espacio de tiempo o sucesivamente, la condición de preso y la de penado (basándose en la STEDH, doctrina Parot[37], en la que el recurrente solicitaba que el tiempo que hubiera regido la medida cautelar se aplicase al límite de cumplimiento que se hubiera señalado).

* * * * * *

[36] Por su parte, la reforma del CP a través de la LO 1/2015 de 30 de marzo no ha modificado al art. 58 CP.

[37] La doctrina Parot no produce una prolongación del periodo de cumplimiento de una pena privativa de libertad para los afectados por ella, sino que lo que produce es un no acortamiento de la misma en los términos previstos por los afectados porque éste, que se puede producir con la redención de penas por el trabajo, no es un derecho absoluto sino un beneficio penitenciario.

Mónica Fernández Salgado
Juez sustituta, Orense. Socia de la FICP.

~Permisos de salida de los reclusos~

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, en su Título VI (artículos 114 y 154 a 162), el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, en su Título I, Capítulo VI (artículos 47 y 48), la Instrucción I-12 de 2 de abril de 2012 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Recomendación R (87) 3 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa de 12 de febrero de 1987, regulan los permisos de salida que constituyen una excarcelación temporal de los reclusos.

En fase de ejecución de la pena conviven fines preventivo-generales y preventivo-especiales. Los fines preventivos se encaminan en el ciclo ejecutivo primordialmente hacia la prevención especial, aunque sin anular efectos preventivo-generales, como pueden ser los dirigidos a una ejecución efectiva y, con ello, se ratifica la seriedad de la conminación legal para el resto de los ciudadanos[1].

Los permisos penitenciarios constituyen una novedad del Derecho de ejecución de las penas privativas de libertad en la segunda mitad del siglo XX, son salidas de los presos al exterior, del lugar en que cumplen sus condenas, de diferente duración, bajo unos requisitos regulados en la legislación y para conseguir la reinserción del reo y la mejora en su tratamiento.

El principio de resocialización se recoge en el artículo 25.2 de la Constitución[2] que proclama como fin orientador de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad la reeducación y resocialización de los penados.

El artículo 1 de la LO 1/79 establece que las instituciones penitenciarias tienen como fin primordial la reeeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y

[1] VICENTE DE GREGORIO, M. Cuestiones Básicas de Tratamiento Penitenciario y de ejecución de penas privativas de libertad. Edit. Líneas de Distribución Logística del Papel, S.L. Madrid 2001.

[2] 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.

medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.

Los principios fundamentales de la legislación citada son, además, la consagración expresa del principio de legalidad en la fase ejecutiva y la implantación de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, la conservación del preso de todos los derechos que le corresponden como ciudadano, excepto los afectados por la sentencia, el sentido de la pena y la legislación penitenciaria, la regulación de un estatuto jurídico del interno con enumeración detallada de derechos y deberes recíprocos que corresponden a la Administración y los penados, la reducción del régimen cerrado a supuestos extraordinarios y por el tiempo necesario, carácter programado, voluntario, científico, individualizado, flexible, dinámico y multidisciplinar del tratamiento estimulándose la participación y colaboración del interno, la necesidad de intentar suplir carencias para llevar en el futuro una vida sin delitos, el derecho a ser designado por su propio nombre y llevar sus propias ropas y el derecho a trabajo priorizando el formativo y consolidando hábitos laborales sobre el productivo.

El fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr, en los mismos, el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento, en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como fines en sí mismas.

El régimen disciplinario se subordina a garantizar la seguridad y convivencia ordenada en la prisión. El preso sigue formando parte de la sociedad, no está excluido de ella, de ahí que cobre especial relevancia la necesidad de que funcione activamente una asistencia post-penitenciaria, a través de los servicios sociales externos, por ello el contacto con el exterior durante el internamiento, a través de las comunicaciones y visitas de familiares y amigos y los permisos de salida, es un factor fundamental para conseguir disminuir el rigor del internamiento prolongado y evitar los efectos de la prisión como pérdida de autoestima o anulación del sentido de responsabilidad[3].

GARRIDO GUZMÁN asegura que el coronel Manuel Montesinos en el presidio de Valencia marcó el posible inicio de la interrupción del cumplimiento de las penas de

[3] ESTRELLA RUIZ, M. El tratamiento penitenciario, permisos y derecho de información de los internos. Editorial/ Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 2, 26 de septiembre de 2017.

prisión con carácter humanitario permitiendo a los presos salir para visitar a sus familias en caso de enfermedad[4].

El Tribunal Constitucional ha precisado que la posibilidad de conceder permisos de salida penitenciarios se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social al contribuir a la «corrección y readaptación del penado» y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento que puede fortalecer los vínculos familiares, reducir las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión, que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria[5].

Los permisos cumplen un fin de benevolencia y humanitarismo para calmar la ansiedad del penado originada por graves acontecimientos familiares y un medio de prueba, para comprobar si el penado ha alcanzado el grado de resistencia que le permita vencer las tentaciones de la vida libre. Puede considerarse un derecho subjetivo por resultar esencial para que se vean respetados y ejercitados otros derechos, pero no es un derecho absoluto de concesión automática, es preciso la concurrencia de una serie de requisitos y de presupuestos que limitan su ejercicio.

Se conceden como preparación de la vida en libertad debiendo respetar la evolución del penado y su voluntad de cambio y participación en la sociedad[6].

Constituyen igualmente un refuerzo en el mejor desarrollo del tratamiento y supone mantener viva la relación con sus familias[7].

Los permisos pueden ser ordinarios, extraordinarios y de preventivos.

II. PERMISOS DE SALIDA ORDINARIOS

Previamente a la concesión del primer permiso ordinario a un interno, los servicios sociales penitenciarios informarán al Equipo de Observación Tratamiento de la situación social del interno y de su familia, del resultado de la entrevista que se lleve a cabo con su familia y en su caso con los responsables de su acogida durante el permiso.

[4] GARRIDO GUZMÁN, L. Los permisos penitenciarios. Revista de Estudios Penitenciarios, nº1. Madrid, 1989. Pág. 81.
[5] Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2000, de 5 mayo.
[6] DE JUANA-OLIVAS, A. Educación social en los Centros Penitenciarios. Ed. UNED 2014, p. 117.
[7] SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, M. I. Constitucionalidad de la Prisión Permanente Revisable y razones para su derogación. Ed Dikynson. 2016, p. 65.

Al regreso del permiso, el trabajador social entrevistara al interno e informará al Equipo de Observación y Tratamiento. Los servicios sociales penitenciarios ejercerán esa tutela a través de los radicados en el centro más próximo al domicilio del permiso[8].

El interno ha de reunir una serie de requisitos objetivos (estar clasificado en 2º o 3º grado de tratamiento, tener la cuarta parte de la condena cumplida, no observar mala conducta e informe no vinculante del Equipo Técnico) y subjetivos (que no resulte probable el quebrantamiento de condena, que no sea previsible la comisión de nuevos delitos que evite cualquier repercusión negativa en el programa individualizado de tratamiento).

Para penados clasificados en segundo grado se les pueden conceder hasta siete días, con un máximo de treinta y seis días por año, distribuidos en dos semestres naturales de cada año, concediendo en cada uno de ellos un máximo de dieciocho días. Para penados clasificados en tercer grado, hasta siete días con un máximo de cuarenta y ocho días por año, distribuidos en dos semestres naturales de cada año, concediendo en cada uno de ellos un máximo de veinticuatro días.

No serán tenidos en cuenta para este cómputo las salidas de fin de semana propias del régimen abierto, las salidas programadas del artículo 114 del Real Decreto 190/1996 y los permisos extraordinarios[9].

El cumplimiento de estos requisitos no asegura que se vaya a conceder automáticamente el permiso, porque los Tribunales pueden determinar que el preso no tiene un derecho a salir de permiso.

El Equipo Técnico redacta un informe sobre la conducta del interno que no vincula a la Junta de Tratamiento pero lo valorará junto al resto de requisitos. A continuación, si la Junta lo decide, realizará una propuesta de concesión, que habrá de ser aprobada por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (para los clasificados en tercer grado, y los clasificados en segundo si el permiso es de menos de dos días) o bien por el Juez de Vigilancia Penitenciaria (para los clasificados en segundo grado si el permiso es de más de dos días).

[8] Circular 21/95 de 2 de agosto de 119 sobre Ordenación y Funcionamiento de los Servicios Sociales Penitenciarios.

[9] Artículo 47.2 Ley Orgánica General Penitenciaria y artículo 154 Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

Después de la reforma del CP por LO 17/2015, de 30 de marzo, el artículo 36.1 del Código Penal establece que el interno que haya sido condenado a la pena de "prisión permanente revisable" para poder disfrutar de permisos de salida tendrá que haber cumplido un período mínimo de condena. Si ha sido condenado por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal (artículos 571 a 580) no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión. En el resto de los casos, no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de ocho años de prisión.

III. PERMISOS DE SALIDA EXTRAORDINARIOS

Se trata de permisos que se conceden por motivos concretos, por fallecimiento o enfermedad grave de padres, cónyuge, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas, por alumbramiento de la esposa y por importantes y comprobados motivos[10], según se valore por los órganos de concesión.

Es compatible la concesión de permisos extraordinarios con la concesión de permisos ordinarios para los internos clasificados en segundo o tercer grado. No obstante, no se concederán permisos extraordinarios cuando el supuesto de hecho o las circunstancias concurrentes permitan su tramitación como permiso ordinario [11]. El mismo interno puede disfrutar de permisos ordinarios y en el caso de supuesto legalmente contemplado puede disfrutar de permiso extraordinario. Pero en ningún caso se concederá un permiso extraordinario cuando el supuesto de hecho o las circunstancias concurrentes permitan su tramitación como permiso ordinario. Por tanto, aunque todo interno tiene derecho a un permiso extraordinario por un motivo suficiente (fallecimiento, alumbramiento...) éste no se autorizará si dicho motivo puede cumplirse mediante la tramitación de un permiso ordinario. A diferencia de los permisos ordinarios, los extraordinarios no solo los pueden disfrutar los que estén en segundo o tercer grado, sino que también se pueden conceder a los presos preventivos y a los que están en primer grado (régimen cerrado).

[10] Artículo 47.1 Ley Orgánica General Penitenciaria y artículo 155.1 Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

[11] Artículo 158 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

El procedimiento para la concesión es el mismo que para los ordinarios. Y su duración es solo por el tiempo necesario para cumplir con su finalidad[12], como máximo el límite será el fijado para los permisos ordinarios.

Cuando se trate de internos clasificados en primer grado será necesaria la autorización expresa del Juez de Vigilancia[13].

La custodia del preso durante el permiso extraordinario es más estricta que en el ordinario (por lo general tiene que ir esposado).

En supuestos de consulta ambulatoria extrapenitenciaria, hasta doce horas o ingreso en un hospital extrapenitenciario, máximo dos días de los penados clasificados en segundo o tercer grado será preciso previo informe médico[14]. Si el interno tuviera que permanecer ingresado más de dos días, para prolongar el permiso será preciso autorización del Juez de Vigilancia para los penados clasificados en segundo grado y autorización del Centro Directivo para los clasificados en tercer grado.

El órgano competente para conceder el permiso extraordinario es la Junta de Tratamiento[15] previa solicitud del interno y previo informe del Equipo Técnico.

En casos de urgencia puede ser el Director del Establecimiento quien autorice la salida, previa consulta al Centro Directivo si hubiera lugar a ello, comunicando a su vez a la Junta de Tratamiento la autorización concedida[16].

Para la concesión del permiso la Junta de Tratamiento deberá contar con la autorización de la autoridad judicial a cuya disposición esté el interno, en caso de los presos preventivos, la autorización del Juez de Vigilancia Penitenciaria si es superior a dos días, para los clasificados de segundo grado y la autorización del Centro Directivo para los demás supuestos.

IV. PERMISOS DE SALIDA DE PREVENCIÓN

Podrán ser concedidos permisos ordinarios y extraordinarios a los internos preventivos con la aprobación, en cada caso, de la autoridad judicial a cuya disposición

[12] Artículo 155.2 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.
[13] Artículo 155.3 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.
[14] Artículo 47.2 Ley Orgánica General Penitenciaria y artículo 155.4 y 5 Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.
[15] Artículos 160 y 161 Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.
[16] Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XXVII reuniones celebradas entre 1981 y 2018: Texto Refundido y depurado mayo de 2018.

se encuentre el interno. No obstante los permisos ordinarios no pueden ser disfrutados por internos preventivos, al ser preceptivo, como requisito para su disfrute, el estar clasificado en segundo o tercer grado y los internos preventivos no están clasificados.

Los permisos concedidos a los preventivos siempre tendrían un carácter extraordinario ya que el principio de especialidad predominaría en los ordinarios[17].

V. OTRAS SALIDAS AL EXTERIOR

Además de los permisos de carácter ordinario existen otras opciones de salida con el mismo objetivo de facilitar la reinserción social del interno durante el cumplimiento de su pena, como festivos y salidas de fin de semana[18] y salidas programadas[19].

La Junta de Tratamiento de manera individualizada para cada interno, atendiendo a la modalidad de vida, evolución del tratamiento y garantías de control, regula y resuelve de forma individualizada sin necesidad de ratificación de ningún otro órgano siempre que se esté clasificado en tercer grado (régimen abierto).

Generalmente la duración es desde las 16:00 del viernes hasta las 08:00 del lunes como máximo, pudiendo prolongarse si existe puente por día festivo. Además, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias puede aprobar horarios diferentes; por ejemplo, un preso en tercer grado que su horario es de fin de semana, puede solicitar que esas 48 horas de permiso sean de martes a jueves.

Las salidas programadas son salidas puntuales al exterior en las que participan uno o varios internos acompañados de personal penitenciario o de otras instituciones, para la práctica de actividades específicas de tratamiento, propias del programa de reinserción de los penados. Tienen que estar clasificados en segundo o tercer grado de tratamiento, tener la cuarta parte de la condena cumplida, no observar mala conducta e informe no vinculante del Equipo. Su duración no será superior a dos días por regla general. Son propuestas por la Junta de Tratamiento, que solicitará autorización del Centro Directivo y del Juez de Vigilancia en aquellos supuestos en que la salida, por su duración y por el grado de clasificación del interno, sea competencia de este órgano judicial.

[17] Artículo 154 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero
[18] Artículo 87 del Real Decreto 190/96, de 9 de febrero
[19] Artículo 114 Real Decreto 190/96 y punto 7 de la Instrucción 1/12 de la Subdirección de General de Gestión y Tratamiento penitenciario de 2 de abril de 2012

VI. SUSPENSIÓN Y REVOCACIÓN

Será motivo de suspensión provisional de un permiso ordinario o extraordinario, antes de iniciarse su disfrute, la producción de hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión[20]. Lo propone la Dirección del Establecimiento mediante resolución motivada, poniéndolo en conocimiento de la Autoridad administrativa o judicial competente.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria, cuando reciba la comunicación de la suspensión de un permiso previamente autorizado, recabará del centro penitenciario cuanta información sea precisa para conocer los motivos que dieron lugar a esa suspensión y, en caso de mantener dicha suspensión, expresamente, acordará que la misma durará el tiempo necesario para conocer la resolución del expediente disciplinario o el procedimiento penal incoado o hasta que desaparezca la situación de riesgo detectada. Si el motivo que dio lugar a la suspensión se refiere a la existencia de una nueva condena, cuando hayan variado sustancialmente las circunstancias que dieron lugar a su concesión, cuando el interno haya quebrantado un permiso anterior o haya incumplido alguna de las condiciones básicas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria valorará dejar sin efecto el permiso y revocar el auto autorizándolo. La existencia de responsabilidades penales pendientes de sustanciar como motivo de suspensión y/o revocación exige de una modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de proponer/conceder el permiso[21].

La autoridad administrativa o judicial competente resolverá sobre la suspensión provisional o en su caso revocación del permiso.

Será causa de revocación del permiso ordinario o extraordinario concedido el intento de fuga del interno durante el disfrute de cualquier clase de permiso y la comisión de un nuevo delito durante el disfrute del permiso.

Estas circunstancias darán lugar a las consecuencias penales y penitenciarias que correspondan que serán valoradas negativamente por el Equipo Técnico para la concesión de futuros permisos ordinarios, quedarán sin efecto los días de permiso que le quedaban los pierde, el director tiene la facultad de regresar al preso provisionalmente a

[20] Artículo 157 Real Decreto 190/96

[21] Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XXVII reuniones celebradas entre 1981 y 2018: Texto Refundido y depurado mayo de 2018.

segundo grado (régimen ordinario), en caso de que estuviera en tercero (régimen abierto), hasta que se haga una nueva clasificación definitiva e incluso se pueden derivar nuevas responsabilidades penales y penitenciarias que procedan (por ejemplo, por el intento de fuga, un nuevo delito y además una falta muy grave con sanción de aislamiento en celda).

Cuando la Junta de Tratamiento, previo el preceptivo informe del Equipo Técnico, acuerde denegar el permiso solicitado por el interno, se notificará a éste la decisión motivada con indicación expresa de su derecho a acudir interponiendo un recurso de queja al Juez de Vigilancia Penitenciaria/Central de Vigilancia Penitenciaria.

Contra la resolución que adopte el Juez de Vigilancia Penitenciaria se podrá interponer, bien por el interno o por el Ministerio Fiscal, recurso de reforma, recurso de apelación o recurso de queja (contra las resoluciones en que se deniegue la admisión del recurso de apelación). Contra los autos de la Audiencia Provincial y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo el recurso de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado recurso de casación para la unificación de doctrina[22].

Cuando la Junta de Tratamiento, previo el preceptivo informe del Equipo Técnico, concede el permiso, se somete a la autorización administrativa o judicial correspondiente, con remisión del informe del Equipo Técnico[23] . Si se deniega por el Juez de Vigilancia dicha denegación podrá ser objeto de recurso de reforma, apelación o queja. Si el permiso no es autorizado por el Centro Directivo el interno podrá interponer recuro contencioso-administrativo, dado que se trata de un ámbito discrecional.

Cuando por circunstancias justificadas, un interno de permiso se presente en un centro distinto al suyo, deberá admitírsele, una vez acreditada su identidad, poniéndolo inmediatamente en conocimiento, vía fax, de su centro de destino y de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión. Cuando un interno no se reincorpore al Centro Penitenciario, tras un permiso de salida ordinario o extraordinario, el Director cursará las pertinentes comunicaciones al juzgado de guardia de la localidad, en cuyo partido judicial se encuentre el establecimiento, a la comandancia de la Guardia Civil y Comisaría Provincial de Policía de la localidad y del lugar que se hubiere fijado para el disfrute del permiso, en caso de no ser el mismo, a las autoridades judiciales de las que

[22] DA 5ª LOPJ
[23] Artículo 161.1 Real Decreto 190/96, de 9 de febrero

dependiera el interno, al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria. Los no reingresos de permiso se comunicarán a la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria Servicio de Tratamiento, dentro del plazo de 24 horas siguientes al momento en el que se produzca la incidencia.

Siempre que se conceda o autorice un permiso, tanto ordinario como extraordinario o una salida programada a un interno condenado por delito de violencia de género, se comunicará dicho extremo, con indicación de fechas y lugar de disfrute, a la correspondiente Unidad de Violencia contra la Mujer, adscrita a la Delegación o Subdelegación de Gobierno y a las Fuerzas de Seguridad del Estado, de conformidad con lo recogido en el "Protocolo de actuación para todas las salidas y modificaciones de situación penitenciaria, de personas encausadas o condenadas por delitos de violencia de género", aprobado con fecha 16 de abril de 2009.

VII. CONCLUSIONES

Las estadísticas son absolutamente favorables para la concesión de permisos, el sistema no está cuestionado y constituye uno de nuestros mayores valores como instrumento de rehabilitación.

Sí es cierto que se dan supuestos de no regreso y de fuga de algún preso, incluso con implicación de los fugados en graves delitos, así, por ser reciente, resulta llamativo el suceso ocurrido en Ourense, en agosto de 2018. El preso, Fernando Iglesias Espiño, recluso de la cárcel de Pereiro, se consideró fugado al no regresar de su permiso. En su expediente consta que fue condenado por matar a su familia y que quebrantó el permiso cuando le restaban por cumplir tres de los 25 años de condena, figuraba que tenía problemas con el alcohol desde los seis años. Aun así pasó todos los controles para obtener un permiso y lo que le impidió realmente regresar a prisión fue su asesinato. Había disfrutado de más de 80 permisos en su vida penitenciaria. El 13 de agosto no volvió. La Guardia Civil investiga si el crimen está relacionado con el cobro de una herencia por parte de la víctima de unos 40.000 euros, información que había compartido con dos compañeros presos que también estaban de permiso y que ya fueron detenidos como presuntos autores, tras el hallazgo del cadáver de Fernando.

Todos los permisos conllevan, en mayor o menor medida, un cierto riesgo de que no llegue a alcanzarse la finalidad resocializadora pretendida, por lo que se pueden

establecer, por parte de la Junta de Tratamiento, condiciones, controles, y medidas de apoyo, para su cumplimiento, medidas que pueden ser especialmente relevantes durante los primeros permisos como la presentación en comisaría, el acompañamiento por un familiar, los contactos telefónicos, la prohibición de visitar determinados lugares, o la realización de analíticas sobre consumo de drogas o alcohol.

Los permisos se asocian a una reducción de la reincidencia, a la existencia de mejor convivencia y orden dentro de la prisión y son un primer paso para iniciar el eslabón que se dirige hacia el establecimiento de un régimen abierto y posterior libertad condicional. Por otra parte atenúan los efectos de una estancia en prisión prolongada y también sirven como indicio de responsabilidad del condenado en cuanto al cumplimiento de su condena.

* * * * * *

Ana Isabel Flores García

Juez sustituta, Parla. Socia de la FICP.

~Valoración de la primariedad delictiva tras la reforma de la suspensión de la pena~

I. INTRODUCCIÓN. APROXIMACIÓN A LA PENA.

La pena se considera como una consecuencia perjudicial para el delincuente, pues en un primer orden supone la privación de parte de sus derechos y libertades[1]. Ello con independencia de que, finalmente, pueda servir para su resocialización o readaptación a las normas de la sociedad. Lo que supone la necesidad de que las penas estén determinadas en las leyes e impuestas por Jueces y Tribunales[2]; sujetas, por tanto, al principio de legalidad e irretroactividad[3]. A ello debemos unir: el principio de proporcionalidad al grado de culpabilidad, el principio de responsabilidad subjetiva (no hay pena sin dolo o imprudencia[4]), el principio de culpabilidad (no hay pena sin culpabilidad) y el principio de responsabilidad personal (de forma que sólo se responde penalmente de los hechos propios[5]. La consecuencia principal de estas características es la distinción de la pena respecto de otras sanciones (detención, prisión preventiva, medidas disciplinarias, sanciones administrativas, sanciones civiles…).

Las penas privativas de libertad se describen en el art. 35 CP (reformado por LO 1/2015), y son: la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Caracterizándose en general como la reclusión de un condenado en un establecimiento penitenciario, con privación en todo o en parte de su libertad y sometido a un concreto régimen de vida. Se pretende apartar al penado de la sociedad para evitar que cometa más delitos, y a la vez aplicar al penado el tratamiento necesario para hacer posible su recuperación para la sociedad. Olvidando así regímenes anteriores a la Edad Media, en los que eran

[1] El art. 32 del CP determina que *"Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal, bien como accesoria son privativas de libertad, privativas de derechos y multa".*

[2] Art. 3.1 CP *"No podrán ejecutarse pena ni medid de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales".*

[3] Tras la reforma de la LO 1/2015 del CP el art.2.1 CP establece *"No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por la ley anterior a su perpetración. Carecerán igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad".*

[4] LUZÓN PEÑA, D.M. Lecciones, 2.ª ed., 2012, matiza que e todo caso la comisión imprudente debe conllevar una menor pena que la dolosa, y que se ha de valorar la posibilidad de no penar determinados grados mínimos de imprudencia.

[5] Sólo cabe responder de hechos ajenos cuando existe una responsabilidad por deber de control y cuidado. Cfr. LUZÓN PEÑA, D.M., Lecciones, 2.ª 2012.

habituales castigos excesivamente crueles. A partir de entonces se inició la construcción de establecimientos penitenciarios, que han ido evolucionando y especializándose hasta la actualidad. En el ámbito penológico quizás una de las mayores novedades de la reforma de este artículo 35 CP está en la novedosa inclusión de la prisión permanente revisable. Otra de las novedades de esta reforma es la flexibilización en la aplicación de las penas privativas de libertad, de forma, que los criterios para acordar una posible suspensión de la pena dejan la rigidez anterior para dar un mayor margen de valoración por parte del Juez o Tribunal. Este es, nuestro objeto de estudio y reflexión; si bien, con carácter previo hemos de introducir un breve resumen de cuáles son las penas privativas de libertad, objeto de posible suspensión.

II. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Como ya hemos adelantado, son la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

1. La prisión[6]. Regulada en el art. 36 CP con un mínimo de tres meses y un máximo de 20 años. Con la posibilidad de ampliar a 30 años en la determinación de la pena superior en grado (art 70.2.3 CP), en los delitos contra la Constitución y rebelión (art 473.1.2) y en los delitos contra la Corona (art 485 CP); y ampliar a 25 años en los delitos de terrorismo (art 573 bis.1. 2º).

Por su parte el art 38 CP estable el cómputo de la duración de la pena de prisión: *"1. Cuando el reo estuviere preso, la duración de las penas empezara a computarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme. 2. Cuando el reo no estuviere preso, la duración de las penas empezara a contarse desde que ingrese en el establecimiento adecuado para su cumplimiento".*

2. La prisión permanente revisable. Supone una agravación de la pena de prisión sólo en el caso de la comisión de determinados delitos[7], con el fin de ajustar la pena a la gravedad de la conducta, como expone el legislador en la exposición de motivos de la LO 1/2015. La nueva valoración necesaria de los Tribunales una vez que se cumple una parte de la pena, garantiza la finalidad de rehabilitación y reinserción del penado. Dicha revisión será periódica, como describe la Exposición de Motivos de la LO 1/2015Se regula en el art 36.1 CP, concretando que *"La pena de prisión permanente será*

[6] LANDROVE DÍAZ, G., Las consecuencias jurídicas del delito, 2005.
[7] V. Arts. 140, 485.1, 572.2, 605.1, 607 y 607 bis CP.

revisada de conformidad con lo dispuesto en el art 92. La clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y no podrá efectuarse: a) Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Titulo XXII del Libro II de este Código. b) Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos. En estos supuestos, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión, en el caso previsto en la letra a), y ocho años de prisión, en el previsto en la letra b)". Algunos autores[8] han visto en la inclusión de esta pena agravada de prisión, la valoración creciente del miedo de la sociedad ante determinados delitos y la posible necesidad de endurecer las penas.

3. Localización permanente. Esta figura también ha sido modificada por la LO 15/2003 y LO 5/2010, sustituyendo el arresto de fin de semana. Estableciéndose una duración máxima de seis meses, y la condición de permanecer en su domicilio o lugar fijado por el Juez o Tribunal. Incluso se podría concretar en fines de semana y festivos en el centro penitenciario más próximo[9].

4. Responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa. Se trata de una pena de carácter menos grave o leve (art 33 CP), que se impondrá cuando el condenado no satisfaga voluntariamente o por vía de apremio la multa impuesta. Siendo su máximo de un año de duración en los supuestos de días-multa y multa proporcional (art. 53 CP)[10].

[8] Cussac describe el clima del miedo como un "incremento de la severidad de la reacción punitiva. Ésta se manifiesta en varias dimensiones. La más clara es la relativa al pre- dominio de la pena de prisión, junto a la pertinaz escasez de penas alternativas a la misma. Así, la sanción que no consiste en un largo tiempo en presidio se considera como insuficiente, como una burla a las victimas y como un peligro para la sociedad. Por tanto, existe una creciente demanda de penas de prisión de media, larga o incluso indeterminada duración. Lo que se complementa con otros mecanismos de severidad: establecimiento de "periodos de seguridad", ideología del "cumplimiento integro" de las penas; inexistencia de procedimientos de revisión de las condenas; endurecimiento del régimen del concurso de infracciones; rigidez y automatismo en el proceso de aplicación de la penalidad; limitaciones en suspensión y sustitución; restricciones en libertad condicional y beneficios penitenciarios; introducción de medidas de ejecución postpenitenciaria; etc. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Dir., Comentarios a la Reforma Penal de 2010, 2010, p. 41.

[9] También se ha incluido por la reforma LO 1/2015 la posibilidad de garantizar el cumplimiento de la localización permanente con medios mecánicos o electrónicos de localización.

[10] Art. 53.4 CP *"El cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria extingue la obligación dl pago de la multa, aunque mejore la situación económica del penado".*

III. LA SUSPENSIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

El instituto de la suspensión de la pena privativa de libertad[11] es un privilegio que concede el legislador para supuestos claros en los que la resocialización como finalidad de la pena prima sobre la finalidad de prevención general y especial. Nos encontramos, en muchos casos, ante los llamados delincuentes primarios, aquellos que carecen de antecedentes penales y han cometido delitos de los que podemos considerar menos graves, sin que penda en la ejecución la satisfacción de responsabilidad civil. En estos supuestos, el legislador ha entendido que en aras a una correcta reinserción y resocialización del penado se prescinda del cumplimiento efectivo de la pena, la cual queda en suspenso durante el periodo de tiempo que indique el tribunal sentenciador quedando ulteriormente extinguida la pena mediante el auto de remisión definitiva de la condena.

La suspensión es discrecional para el juez, y, por lo tanto, no será una concesión automática, sino que se ponderarán y valorarán las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Ello se habrá de motivar en la resolución judicial argumentando que es por procedente su concesión o no en aras a una mejor resocialización del penado. Algunas dudas se plantean en supuestos, por ejemplo, en los que se ha sustituido una pena de multa por prisión, toda vez que la escasa duración de la pena de privación de libertad sugiere plantearse como automática la concesión de la suspensión, sin embargo, no es esta la intención del legislador[12].

Con la nueva regulación, el juez o tribunal sentenciador deberá valorar 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

[11] La suspensión de las penas privativas de libertad viene regulada en la Sección 1ª "De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad"del Capítulo III "De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional", del Titulo II "De las penas"del Libro I del Código Penal "Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal", arts. 80 a 87. Todos ellos modificados por la LO 1/2015 de 30 de marzo.

[12] ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Dir., Comentarios a la Reforma Penal de 2010, 2010, p. 127. "Por ello la sustitución nace como complemento de la más enraizada institución de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, sometida ésta a un régimen más estricto en cuanto a sus requisitos legales, dada la exigencia de primariedad delictiva. Y esta voluntad de favorecer, no sólo permitir, la sustitución, parte de la constatación de los efectos desocializadores de las penas de prisión de corta duración, derivados esencialmente de la ruptura de vínculos sociales y familiares y de la vida laboral del sujeto".

impuestas. El número de condicionantes es ahora muy superior a las lacónicas peligrosidad criminal del sujeto y la existencia de otros procedimientos penales contra éste, que se tenían en cuenta en la regulación anterior.

La reforma del Código Penal ha supuesto una integral modificación del anterior régimen de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, englobando todo en un único régimen de suspensión con diversas alternativas. Con la finalidad de evitar el cumplimiento de penas privativas de corta duración[13] e incrementar las posibilidades de reinserción del condenado. Se estima que el ingreso en prisión respecto de delincuentes primarios (personas que hasta entonces no hubieran sido condenadas o que aun siéndolo, no hayan ingresado en prisión, no han tenido contacto con el mundo carcelario) puede provocar un estigma en la persona y un efecto indeseable de aprendizaje delictivo. Además, se pone de manifiesto que penas breves hacen que el posible tratamiento en el Centro Penitenciario no pueda cumplir sus fines en un periodo tan pequeño de tiempo.

El art. 80.1 CP dispone que *"Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a los 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*". Destacamos el mantenimiento de la discrecionalidad de los jueces y tribunales[14], pues se continúa indicando que "podrán", lo que evita el automatismo. Esto se ha reafirmado con la flexibilización[15] de los requisitos legales necesarios para que se pueda entrar a valorar esa suspensión, determinados en el segundo párrafo del artículo referenciado, y

[13] El Tribunal Supremo en STS 1005/2001, de 31 de mayo, y 177271999 de 16 de diciembre, manifiesta que *"penas excesivamente largas son u obstáculo para la posible reeducación y reinserción socia del condenado e incluso pueden considerarse inhumanas y contrarias a la dignidad de la persona, sin que haya razón alguna para que pudiera justificar un trato desigual por el hecho de que pudiera existir o no la mencionada conexión procesal entre los diversos hechos por los que se condenó".*

[14] Como señala la STC 8/01 de 15 de enero: "Ahora bien, el art. 80 CP 1995, que requiere que la decisión de suspensión de la pena atienda a la peligrosidad criminal del condenado –lo que resulta acorde con la finalidad de la institución, la cual tiene como objetivo que la ejecución de las penas privativas de libertad se orienten en lo posible hacia la reeducación y reinserción social–, no exige que sólo se tenga en cuenta la peligrosidad criminal de aquél, en el sentido de que su escasa o nula peligrosidad criminal conlleve siempre la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena; como tampoco el art. 25.2 CE impone que únicamente se consideren las necesidades de resocialización del condenado. Tanto la doctrina constitucional sobre el art. 25.2 CE, como las interpretaciones doctrinales sobre el art. 80.1 CP, se expresan en el sentido de que se trata de ponderar los otros fines de la pena, las necesidades de prevención general y seguridad colectiva".

[15] Justificada en la transposición de la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo de 24 de julio de 2008, relativa a la equivalencia de las condenas de los Tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea. Accesible en la página web: http:/www.boe.es/doue/2008/220/L00032-00034.pdf.

que son: 1) que el condenado haya delinquido por primera vez[16]. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que han sido cancelados, o que debiera serlo. 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. 2) Que la pena o la suma de las penas impuestas no sea superior a dos años, sin incluir y tal computo la derivada del impago de la multa[17]. 3) que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho el decomiso acordado en sentencia conforme al art 127 CP.

IV. EL REQUISITO DE LA PRIMARIEDAD DELICTIVA. EVOLUCIÓN Y CONCRECIÓN.

Es el primer requisito, la primariedad delictiva, el que ha modificado la LO 1/2015, pues aun cuando lo mantiene, en realidad lo deja sin efecto al incluir por primera vez en el Código que no se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a los delitos que por su naturaleza o circunstancias carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de futuros delitos. Lo que en la práctica supone, que ya no es necesario que el delincuente sea "primario", siempre que se aprecie falta de peligrosidad criminal en relación con la naturaleza y circunstancias del delito que supuso el antecedente penal.

Como describe GOYENA: *"De este modo, se invierte el criterio tradicional, pues, hasta la reforma del Código Penal de 2015, era el pasado delictivo del reo lo que, en mayor medida, condicionaba la posibilidad de suspenderle la ejecución de la pena, en tanto que, a partir de ahora, va a ser la previsión de su comportamiento futuro el que le abra las puertas a la suspensión. Así lo indica la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 cuando afirma que «la experiencia venía poniendo de manifiesto que la existencia de antecedentes penales no justificaba en todos los casos la denegación de la suspensión, y que era por ello preferible la introducción de un régimen que permitiera a los jueces y tribunales valorar si los antecedentes penales del condenado tienen, por su naturaleza y circunstancias, relevancia para valorar su posible peligrosidad y, en*

[16] Cuando al tiempo de cometer el delito, no hubiera sido ya condenado ejecutoriamente por otro delito.

[17] Requisito que será siempre cumplido en la pena de localización permanente (al ser inferior a 6 meses) y en la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago (al ser inferior a un año).

consecuencia, si puede concedérsele o no el beneficio de la suspensión"[18]. Esta nueva regulación supone la búsqueda por el legislador de la humanización de la suspensión de las penas, pues concede a Jueces y Tribunales la posibilidad de valorar si los antecedentes penales de una persona justifican o no la suspensión de una pena. Ya no es una desestimación automática, como hasta ahora, sino que busca una mejor valoración de los hechos cometidos en el pasado por los penados.

Con este novedoso criterio valorativo de la primariedad delictiva el legislador considera que la condena previa por determinados delitos dolosos no entraña, en todo caso, una mayor peligrosidad, de manera que ello no debe constituir un obstáculo insalvable para suspender la ejecución de la pena privativa de libertad. Se persigue que determinados delitos dolosos (por ejemplo, ciertos delitos contra la seguridad vial o ciertas modalidades de delitos contra el honor) que no son siempre reveladores de una tendencia a seguir delinquiendo en el futuro, no sean un condicionante para la suspensión de la pena. De hecho, este mismo principio ya venía aplicándose en la regulación histórica de la suspensión de la ejecución de las penas, al excluirse la valoración de los antecedentes penales derivados de los delitos imprudentes.

Sin embargo, como ya han empezado a indicar muchos autores, el problema radica en que, en lugar de establecer un catálogo de delitos dolosos no valorables a efectos de reincidencia, el legislador ha optado por incluir una cláusula excesivamente abierta que genera una situación de inseguridad. No se concretan en dicho precepto cuáles son los parámetros o criterios de los que el juez o tribunal debe deducir que un concreto antecedente penal es irrelevante para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. Todo ello se complica con la expresión en plural "*antecedentes penales"*, pues esa irrelevancia de las condenas anteriores puede darse incluso en aquellos casos en que existe más de un antecedente penal previo.

GOYENA HUERTA considera que *"los antecedentes penales precedentes son prueba de la probabilidad de cometer un delito futuro, y, en consecuencia, impedirían suspender la ejecución de la pena privativa de libertad, cuando se refieren a un delito de análoga naturaleza a aquél cuya pena se pretende suspender*".

La aplicación efectiva de este requisito parece hacer imprescindible que el examen del antecedente previo no se haga, como hasta ahora, con el automatismo del análisis de

[18] GOYENA HUERTA, J., La suspensión de las penas privativas de libertad, Revista Aranzadi, 38, 2015.

la Hoja Histórico Penal del individuo, sino que será necesario examinar el relato de Hechos Probados de la sentencia o sentencias condenatorias anteriores[19].

Aun cuando el precepto no utiliza el término *"peligrosidad"* del reo que aparecía en la redacción anterior, parece claro que incluir la expresión "valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros" tiene un significado análogo, en la medida en que ambos conceptos suponen un pronóstico de comportamiento futuro de tendencia criminal. De hecho, la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 afirma que *"era por ello preferible la introducción de un régimen que permitiera a los jueces y tribunales valorar si los antecedentes penales del condenado tienen, por su naturaleza y circunstancias, relevancia para valorar su posible peligrosidad y, en consecuencia, si puede concedérsele o no el beneficio de la suspensión".*

V. LA JURISPRUDENCIA EN LA VALORACIÓN DEL ANTECEDENTE PENAL COMO CRITERIO DE SUSPENSIÓN DE LA PENA.

La jurisprudencia anterior a la reforma de este criterio de suspensión ya venía estableciendo criterios a aplicar para considerar que hay delitos de la misma naturaleza (para valorar la reincidencia del art 22.8 CP. Criterios, que sientan la base a los que están aplicando los jueces y tribunales para concluir si un antecedente penal es o no valorable para acordar la suspensión de la pena. Así, la Jurisprudencia estima que se da la igualdad de naturalezas cuando concurre una doble identidad: de bien jurídico protegido y del modo de ataque concreto que ha sufrido aquél (cfr. STS 30 de septiembre de 2003 [RJ 2003, 7212]). La STS 5 de octubre de 2006 (RJ 2006, 7615) da un paso más e interpreta que la identidad del modo de ataque existe cuando, *"morfológicamente, la forma de ataque al bien jurídico sea o provenga desde y a través de una misma manera".*

La Jurisprudencia ha considerado de la misma naturaleza: robo con violencia y robo con fuerza; subtipos agravados respecto del tipo ordinario; robo con fuerza o hurto, respecto de robo y hurto de uso, respectivamente[20]. Y de distinta naturaleza: robo y

[19] A ello debemos unir Aun cuando no se diga expresamente, es obvio que la previa sentencia condenatoria impeditiva de la suspensión debe ser firme, y, además, ésta debe ser anterior a la fecha en que se comete el delito cuya suspensión se está sopesando. Así lo afirma el Tribunal Supremo en la STS de 7 de diciembre de 1994.

[20] Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2000, STS de 16 de diciembre de 2002, STS de 5 de febrero de 1999.

estafa; alzamiento de bienes y apropiación indebida; hurto y estafa; robo con violencia o intimidación, y robo de uso[21].

La A.P. de Badajoz (sección 1ª) en Sentencia 98/2018 de 14 de diciembre tras valorar la novedosa inclusión de este criterio valorativo en el art 80 del CP, concluye que *"será preciso para resolver, el estudio prioritario de los antecedentes del penado para calibrar si aquellos, por su naturaleza y circunstancias, tienen relevancia para valorar una posible peligrosidad y, en consecuencia acceder o no al beneficio de la suspensión; deslindando este concepto este Tribunal ha venido precedentemente manteniendo que con un carácter más o menos general -sin perjuicio del estudio singularizado de cada caso-, no se computarán los delitos imprudentes (ex artículo 80.2. Condición primera); aquellos otros cancelados o susceptibles de cancelación (80.2 en relación con el artículo 136) así como los, ahora, denominados delitos leves que anteriormente se integraban en el Libro Tercero del Código Penal y conceptuados como faltas. Por el contrario, la comisión de delitos dolosos [máxime si se apreciara reiteración delictiva] presuponen, de inicio, un pronóstico desfavorable y por ende la aplicación del precepto mencionado".*

En el reciente Auto de la Sección 27 de la A.P. de Madrid (nº 196/2019, de 11 de febrero) se analiza el recurso núm. 76/2019 presentado por la defensa del condenado, al que se le deniega la suspensión de la pena impuesta en delito de quebrantamiento de condena por la existencia de un antecedente penal previo de violencia de género. Considerando el Tribunal, que en aplicación del nuevo párrafo del art 80 CP, valora la posibilidad de suspender la pena aun existiendo condena anterior. Concretando que *"Al respecto, no puede obviarse el consentimiento de la víctima al acercamiento que se refleja en la sentencia objeto de ejecución, que, si bien no excluye la tipicidad de los hechos, si ha de tenerse en cuenta a la hora de valorar la supuesta peligrosidad del penado. Tampoco el que el quebrantamiento se perpetro sin acto alguno de violencia añadido. Ni finalmente el tiempo trascurrido desde los hechos (más de 2 desde el primer ilícito y casi dos desde segundo) sin que conste desde entonces haya vuelto el penado a delinquir, ni atentar contra bienes jurídicos de la víctima. Todo lo que se entiende más proporcional acordar la suspensión de la pena por término de 2 años condicionada al cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad por término de*

[21] STS de 17 de octubre de 1998, STS de 5 de octubre de 206, STS de 8 de junio de 2004, STS de 15 de septiembre de 2001.

2 meses siempre y cuando el penado preste previamente el preceptivo consentimiento a los mismos, conforme al artículo 49 del Código Penal y al resto de las condiciones que se recogerán en la parte dispositiva de la presente resolución".

En sentido contrario, la misma Sección de la A.P. de Madrid en auto 203/2019 de 11 de febrero, sí valora los antecedentes penales como limitación a la hora de acordar la suspensión de la pena, denegándola por ellos[22] (también en Auto núm. 25 de 17 de enero de 2019, de la A.P. de Jaén, sección 3ª). E incluso en el Auto 1894/2018 de 20 de diciembre de dicha sección se deniega el beneficio de la suspensión valorando, no sólo los antecedentes penales previos, sino los hechos posteriores a la sentencia que se trata de suspender. La A.P. de Guadalajara (sección 1ª) en Auto 347/2018 de 17 de diciembre, igualmente desestima el recurso presentado[23] contra la denegación de la suspensión de la pena de delito de robo con fuerza por existir una condena anterior por el mismo tipo delictivo, considerando el Tribunal que *"su trayectoria anterior y posterior a los hechos demuestra que estamos ante circunstancias de las que se infiere la probabilidad de comisión de nuevos delitos, que hace inviable la concesión del beneficio de la suspensión de la condena con carácter excepcional, por lo que el motivo debe ser desestimado".*

La Audiencia Provincial de León (en Auto 311/2018 de 7 de marzo) se muestra favorable a la aplicación de este nuevo criterio de valoración de los antecedentes penales en la suspensión de la pena[24], pero también indica que: *"cuando la hoja*

[22] Se describe en dicho Auto que *"su hoja histórico penal ilustra la alta probabilidad de cometer delitos relacionados con el que da lugar a la presente ejecutoria. Así, ha sido condenado por quebrantamiento de condena en las Sentencias firmes de fecha 20 de marzo de 2014, 22 de abril de 2016, 20 de diciembre de 2017 y 12 de marzo de 2018. Además de la que da lugar a las presentes actuaciones de fecha 31 de enero de 2018".*

[23] Se alegaba por la defensa que: "si bien es cierto que tenía antecedentes penales, tiene un pronóstico de futuro favorable debiendo aplicarse la suspensión excepcional de la pena del art. 80.3 pues los hechos por los que fue condenado ocurrieron hace 4 años, al igual que los que se refieren los antecedentes, no teniendo ninguna condena posterior, por lo que se encuentra insertado en la sociedad, siendo la pena impuesta menos grave".

[24] *"De ahí que hayamos venido valorando favorablemente en relación con el otorgamiento de la suspensión ex art. 80 del CP, la buena disposición del penado a cumplir la totalidad de las responsabilidades civiles fijadas a su cargo, siempre que se reflejen objetivamente en unos pagos continuados, o la circunstancia de no haber incurrido el reo en ilícito penal alguno durante un tiempo significativo, desde la última condena asentada en la hoja histórico-penal circunstancia que vendría a desvanecer la potencial peligrosidad del sujeto, exhibida con ocasión de los hechos incriminados. (Auto de la Audiencia Provincial de León, Sección 3ª, de 26 de marzo de 2010 (JUR 2010, 205459), dictado en el Recurso de Apelación núm. 573/2009, en el que se valoró en términos decisivos el transcurso de cuatro años desde la condena impuesta, sin asentarse en los antecedentes penales del recurrente una nueva condena por delito y Auto de esta misma Audiencia de 5 de diciembre de 2016, dictado en el Recurso de Apelación nº 254/2016, en el que se valoró a los mismos efectos una distancia de tres años desde la última condena hasta el momento en que debía resolverse sobre la suspensión condicional)".*

histórico-penal del penado nos coloca ante una importante reiteración delictiva, o lo justifica la propia gravedad de los hechos declarados probados y sancionados en la Sentencia, entonces la pena de privación de libertad debe ser cumplida en sus propios términos (Autos de esta Audiencia Provincial, Sección 3ª, de 1 de marzo de 2012 (JUR 2012, 134814), dictado en el Recurso de Apelación núm. 181/2011 de 25 de octubre de 2011, dictado en el Recurso de Apelación núm. 741/2010 de 21 de octubre de 2011, dictado en el Recurso de Apelación núm. 737/2010 de 29 de noviembre de 2016 (JUR 2017, 57380), dictada en el Recurso de Apelación nº 569/2016). Esa reiteración delictiva debe ser valorada no sólo en razón de los hechos delictivos cometidos y sancionados en Sentencia firme antes de la comisión de los propios hechos objeto de la causa, sino que es posible considerar, además, las condenas formes por delitos idénticos u homogéneos, siempre que permitan sostener la peligrosidad del sujeto y su desprecio por el mismo bien jurídico por cuya lesión fue sancionado el recurrente en la ejecutoria. Autos de esta Audiencia Provincial, Sección 3ª, de 15 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 50786), dictado en el Recurso de Apelación núm. 191/2010 y de 4 de octubre de 2010, dictado en el Recurso de Apelación núm. 196/2010)".

La A.P. de Navarra (sección 2ª), auto 157/2016 de 20 de mayo, también pondera el requisito de la primariedad delictiva en la suspensión de la pena, y desestima el recurso entendiendo que las condenas anteriores sí han de tenerse en cuenta en este caso, para denegar el beneficio de suspensión de la pena.

Estos criterios jurisprudenciales se irán matizando con la casuística diaria, dando respuesta a las peticiones que la doctrina y la práctica forense venía solicitando para valorar que la existencia de antecedentes penales no justificaba en todos los casos que se vedara el acceso al beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena. Dando lugar a ingresos en prisión que desde una perspectiva de oportunidad y de política criminal no eran desde luego necesarios. Es por ello por lo que se venía indicando doctrinalmente la necesidad de un régimen no tan encorsetado y que permitiera a fiscales, jueces y tribunales valorar si las circunstancias que pudieran concurrir en el penado, y en concreto, los antecedentes penales que le pudieran constar al mismo revelaban la existencia o no de peligrosidad, y con ello, si podía o no podía concederse el citado beneficio de la suspensión.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Dir., Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CID MOLINÉ, J., La elección de castigo: suspensión de la pena o "probation" versus prisión, Barcelona, 2009.

DEL MORAL GARCÍA, A. (Dir.), Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia, Ed. Comares, 2008.

GARCÍA ALBERO, R./TAMARIT SUMALLA, J. M., La reforma de la ejecución penal, Valencia, 2004.

GARCÍA ARÁN, M., La suspensión de la ejecución de la pena en: Cuadernos de Derecho Judicial, especial sobre La ejecución de la sentencia penal, Consejo General del Poder Judicial, 1994.

GARCÍA VALDÉS, C., Comentarios a la legislación penal, T. VI, Vol. I, Madrid, Edesa, 1986.

— Teoría de la Pena, Madrid, Tecnos, 1986.

GOYENA HUERTA, J., La suspensión de las penas privativas de libertad, Revista Aranzadi, 38, Cizur Menor, 2015.

LANDROVE DÍAZ, G., Las consecuencias jurídicas del delito, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2005.

LLORCA ORTEGA, JOSE.- Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, en "Estudios sobre el Código Penal de 1995", Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, 1.996.

LUZÓN PEÑA, D.M., Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2012.

MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E. Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión, Ed. La Ley, 2008.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., Suspensión, sustitución y ejecución de las penas, Granada, 2008.

— La suspensión de la ejecución de las penas privativa de libertad en "Estudios sobre el Código Pena de 1995", Consejo General del Poder Judicial. Escuela judicial, 1996.

MAPELLI CAFFARENA, B., Las consecuencias jurídicas del delito, Ed. Aranzadi, 2011.

NAVARRO VILLANUEVA, C., Suspensión y modificación de la condena penal, Barcelona, 2002.

POZA CISNEROS, M. Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal, en "Problemas específicos de la aplicación del Código Penal", Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

QUINTERO OLIVARES, G., Parte General del Derecho Penal, Aranzadi, 2010.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 07-11, 2005.

TAMARIT SUMALLA, J. M./ GARCÍA ALBERO. R./ SAPENA GRAU, F./ RODRÍGUEZ PUERTA, Mª. J., Curso de Derecho Penitenciario, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

VIDAL CASTAÑÓN, A., Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. Análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor, Barcelona, 2006.

* * * * * *

María del Carmen Florez Miranda

Juez sustituta de la Agrupación de Partidos Judiciales de la Provincia de Barcelona.
Socia de la FICP.

~La responsabilidad personal subsidiara en el caso de multas previstas en el artículo 50.2 del CP. Formas de cumplimiento y efectos del incumplimiento~

I. INTRODUCCIÓN

Con arreglo al Código Penal entre las penas que pueden imponerse están las de multa[1]. Penas que consisten en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria y que, salvo que la Ley disponga otra cosa, se impondrán por el sistema de días-multa[2]. La ley también prevé el sistema de multa proporcional para determinados delitos[3]; sin embargo, en este trabajo no nos ocuparemos de estas últimas. Nuestro ordenamiento jurídico en previsión del incumplimiento por parte del penado de las penas de multa ha creado la figura de la responsabilidad personal subsidiaria, recogida en el artículo 53. 1 de CP[4].

Según la doctrina, la responsabilidad subsidiaria por impago de multa tiene por finalidad evitar que se frustre el cumplimiento de la pena a causa de la insolvencia del penado. Insolvencia que no puede ser declarara por el impago voluntario del reo, sino cuando resulte fallido el correspondiente procedimiento de apremio o ejecución forzosa. Esta figura jurídica se fundamenta en el principio de inderogabilidad de las penas; y, tiene como finalidad evitar la impunidad del delincuente insolvente, quien sabría de antemano que por el hecho de serlo no va a cumplir pena alguna por los hechos que llevan aparejados una multa[5].

---

[1] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP). Artículo 32. "*Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa.*"

[2] Artículo 50. 1 y 2 CP.

[3] Artículo 51 CP.

[4] Artículo 53. 1 CP. *"Si el condenado no satisficiere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el apartado 1 del artículo 37.*

También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo."

[5] UCELA, Paloma. La responsabilidad subsidiaria por impago de multa, Law&Trends, 03/03/2017.

Se ha objetado de manera reiterara esta sanción penal, alegando la vulneración del principio constitucional de igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE[6], al entender que podría suponer que las personas sin recursos cumplirían una pena de naturaleza más gravosa y, por tanto, desproporcionada. No obstante, está polémica ha sido zanjada hace más de veinticinco años por el Tribunal Constitucional que mantiene que la solución legal de convertir en pena de prisión la multa total o parcialmente impagada es perfectamente ajustada a derecho. Mantiene, así, que en caso alguno supone la reinstaura la llamada prisión por deudas, de la que únicamente cabe hablar cuando deriva de un incumplimiento contractual[7]. Y, considera que constituye una auténtica pena por la comisión de un ilícito penal, lo que aleja claramente a la responsabilidad personal subsidiaria del incumplimiento de una obligación contractual.[8]

Así, de conformidad con el artículo 53.1 del CP, en caso de impago de la multa impuesta como pena por la comisión de un delito, previa declaración de insolvencia, debe el Juez o Tribunal encargado de la ejecución de la pena exigir el cumplimiento de la pena impuesta por la vía de la responsabilidad personal subsidiaria que tiene dos modalidades de cumplimiento, cual son: la prisión, para delitos o la pena de Localización permanente, delitos leves; y, los Trabajos en Beneficio de la Comunidad (TBC).

[6] Constitución Española de 1978. Artículo 14, *"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."*

[7] Tribunal Constitucional, Sentencia del Pleno núm. 19/1988 16 de febrero: *"La privación subsidiaria de libertad contemplada en el art. 91 CP no está llamada a recaer sobre una persona al margen y con independencia de toda estimación sobre su culpabilidad, sino, según antes advertimos, en tanto que medida sustitutoria de una pena -inejecutable- asignada, al término del debido proceso judicial, a quien ha sido precisamente considerado culpable por la realización de la acción típica y antijurídica sancionada por la Ley penal. La insolvencia determinante de la inejecutabilidad de la pena patrimonial no es el fundamento de la posible aplicación de la medida subsidiaria que se considera. La finalidad de la sustitución es la de procurar que no quede sin sanción, en esta hipótesis, una determinada transgresión del ordenamiento penal."*

[8] *Op. Cit.: "La sola previsión en la ley penal de una responsabilidad personal como subsidiaria de la pena de multa inejecutable no entraña, en suma, conculcación del derecho fundamental de libertad personal, ni, en contra de lo que en la cuestión se viene a dar a entender, menosprecio de tal derecho, al hacerle objeto de la sanción que no pudo alcanzar al patrimonio del condenado. Como en los supuestos en los que la misma ley penal establece alternativamente, para un mismo ilícito, penas patrimoniales o de privación de libertad (arts. 279 bis, 320, 333 bis o 349 bis b, entre otros), la norma no pretende establecer equivalencias abstractas entre los bienes objeto de la condena, sino atender a exigencias de política criminal, inobjetables en sí mismas, consistentes ya en la más correcta individualización judicial de la pena, ya, como en el presente caso, en la predisposición de una sanción sustitutiva de la que, impuesta con carácter principal, resultó de ejecución imposible."*

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA.

La responsabilidad personal subsidiaria en nuestro Código Penal está considerada como una pena privativa de libertad[9]. Es de obligatoria aplicación, con independencia de que lo pidan o no las acusaciones[10]. Se trata de una pena que no tiene carácter principal, nace a la vida jurídica cuando se produce el impago de la multa y su imposición es un mandato legal, se impone *ope legis*[11].

Si bien con carácter general la responsabilidad personal subsidiaria viene fijada en sentencia, dado que exige el impago de la multa para su cumplimiento, está quedará determinada y limitada en ejecución de sentencia, una vez se haya dictado el auto que fija la responsabilidad personal subsidiaria que corresponde al impago de la multa, según la cláusula de conversión por aplicación de las normas del artículo 53. 1 del Código Penal,[12] operación automática que no necesita de motivación alguna. Una vez efectuada la expresada operación, a fin de determinar los días exactos de responsabilidad personal subsidiaria que el penado debe cumplir, teniendo en cuenta que trata de una pena privativa de libertad, se ha de abonar el tiempo de privación de libertar sufrido previamente, conforme el artículo 58 del CP[13].

Conviene indicar que no existe el derecho del penado a elegir entre pagar la multa o hacer efectiva la responsabilidad personal subsidiaria. Lo que se desprende del tenor literal del artículo 53 del CP, al exigir que se proceda, previamente a declararla por la vía de apremia. Así, la figura jurídica estudiada no opera ante el impago voluntario, la

[9] Artículo 35 CP: *"Son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. (…)."*

[10] SÁNCHEZ ALBORNOZ BERNABÉ, Carmen. Conclusiones del Seminario La Ejecución Penal: Disfunciones y Criterios en el Plano Sustantivo y Procesal, Cuadernos Digitales de Formación, 3, 2013. CGPJ, p. 30.

[11] Tribunal Supremo, Sentencia nº 564/2010 de 4 de junio, dice: "*Cierto es que el Fiscal no formuló ninguna conclusión alternativa respecto de la pena, pero la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 Código Penal es una consecuencia unida automáticamente a la pena de multa en los supuestos determinados en esa disposición, razón por la cual si el Tribunal impone una pena de duración menor a los cinco años de prisión, debe aplicarla directamente por imperio de la ley.*"

[12] Un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

[13] Código Penal. Artículo 53 CP: *"1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa. (…)."*

llamada insolvencia dolosa, sino ante la insolvencia real del reo, que quedará determinada una vez quede agotada la vía de apremio[14].

Finalmente, conviene indicar que la responsabilidad personal subsidiaria extingue la obligación del pago de multa, aun cuando el penado devenga a mejor fortuna[15]. Además, resulta incompatible con penas privativas de libertad superiores a cinco años[16]; siendo que en el caso que la pena privativa de libertad no alcance los cinco años, si existe responsabilidad personal subsidiaria por impago de una pena de multa, la suma de ambas penas, no podrán sumar más de cinco años[17].

III. MODALIDES DE CUMPLIMIENTO

Como se ha indicado en el apartado correspondiente a la introducción, la responsabilidad personal subsidiaria puede ser cumplida, mediante dos modalidades: prisión, para delitos o pena de Localización permanente, delitos leves; y, trabajos en beneficio de la comunidad. Indicar, que en el presente trabajo únicamente se analizará la modalidad de prisión y de trabajos en beneficio de la comunidad, que son las modalidades aplicables a los delitos.

La decisión respecto a la modalidad de cumplimiento por la que se optará, no es un derecho del penado, sino una facultad discrecional que el ordenamiento jurídico reconoce al Juez o Tribunal competente para la ejecución de la pena. Para determinar la modalidad de cumplimiento, el Juez o Tribunal debe determinar, en primer lugar, si cuentan con la aceptación del penado para realizar trabajos en beneficio de la comunidad[18], de no contar con dicho requisito, no quedará otra opción que la prisión. Contando con el consentimiento del penado para realizar trabajos en beneficio de la comunidad, el Juez o Tribunal deberá hacer el mencionado análisis discrecional, a tal efecto, partirá de la premisa constitucional de que la ejecución de las penas debe estar

[14] NAVAS HIDALGO, Ignacio. Encuentro de Magistrados del Orden Penal. Cuadernos Digitales de Formación, 21, 2018, CGPJ, p. 19: "El procedimiento de ejecución de la multa no tiene, a diferencia de otros países u otras penas, una regulación específica. De este modo, será de aplicación lo dispuesto en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal para las fianzas y los embargos (arts. 589 y ss.) y, en virtud de su art. 614, en todo lo que no esté previsto en esta ley serán de aplicación las disposiciones de la ejecución forzosa de las responsabilidades civiles previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 517 y ss. LEC)."

[15] Artículo 53.4 CP.

[16] Artículo 53.3 CP.

[17] Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2005.

[18] Artículo 49 CP: *"Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, (...)"*.

encaminada a la reinserción social[19] y al principio general de evitar el cumplimiento de penas cortas de prisión.

1. Pena de Prisión. Opciones de Cumplimiento.

El hecho de haberse acordado que el penado debe cumplir con la responsabilidad personal subsidiaria en la modalidad de prisión, no supone que este deba entrar en prisión necesariamente, siendo posible acordar la suspensión de la ejecución si cumple con los requisitos previstos en el artículo 80.1, 2, 4 y 5 del CP[20].

[19] Artículo 25.2 CE.

[20] Artículo 80 CP: *"1. Los jueces o 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.*

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. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1.ª 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 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.

2.ª 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.

3.ª Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso 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 decomiso 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.

3. Excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1.ª y 2.ª 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 1.ª del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2.ª o 3.ª 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.

4. Los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

5. Aun cuando no concurran las condiciones 1.ª y 2.ª 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 2.º 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.

Aun cuando la facultad de suspensión no está expresamente prevista por la ley, la doctrina y la jurisprudencia es unánime al considerar que resulta de aplicación la normativa relativa a la suspensión de penas prisión originales, a la pena de prisión impuesto por efecto de la responsabilidad personal subsidiaria. Se considera que entender que lo contrario supondría privilegiar en el cumplimiento de la pena a aquel que se le impone directamente una pena de prisión, sobre aquel al que se le impone la pena de multa y no la paga. Tendría que ir a prisión a quien se le impuso la pena menor, sin derecho que se le suspenda la pena de prisión en que se convirtió la multa[21].

Debe tenerse en cuenta que para conceder la suspensión de la ejecución de la pena, se deberá hacer un análisis idéntico al que de efectúa cuando la pena de prisión fue impuesta directamente. Es decir, por un lado, si se cumplen los requisitos de los apartados 2, 4 o 5 del artículo 80 del CP; y, de cumplirlos, el Juez o Tribunal deberá efectuar el correspondiente análisis discrecional de peligrosidad e inserción social.

Atendiendo a las particularidades de la responsabilidad personal subsidiaria, no se considera que pueda suspenderse la pena de prisión, sin ésta debiera ser por razones excepcionales (apartado 3, artículo 80), clase de suspensión está siempre condicionada necesariamente al pago de multa o a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. Así, resultaría, por razones obvias, absurdo imponer al penado la condición de pagar una multa; y, en cuanto a los trabajos en beneficio de la comunidad se refiere, de haberse entendido que se debían se impuestos, se debería haber acorado como una modalidad de cumplimiento (optado por ellos, en lugar de optar por la prisión).

En todo caso, de acordarse la suspensión de la prisión, éste debe necesariamente estar condicionado a que en el plazo de suspensión, que será de entre 2 y 5 años[22], el penado no delinca, siendo que, en caso contrario, podría acordarse la revocación de la suspensión y su entrada en prisión[23]

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.

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."

[21] SÁNCHEZ ALBORNOZ BERNABE, Carmen. Cuadernos Digitales de Formación, 3, 2013 p. 34.

[22] Artículo 82 CP.

[23] Artículo 86 CP.

Tal y como se ha indicado en el apartado anterior, la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque mejore la situación económica del penado. Sin embargo, en el caso de acordarse, finalmente, el cumplimiento de la pena de prisión, podrá advertirse al penado, al requerirlo de ingreso voluntario, que puede eludir la prisión, pagando de inmediato y de una sola vez, la multa. Inclusive en la práctica se admite que eluda la prisión si paga la multa cuando es hallado en virtud de requisitoria para entrada en prisión[24]

Finalmente, indicar que una vez determinada que definitivamente el penado entrará en prisión para cumplir la responsabilidad penal subsidiaria, está pena sería susceptible acumulación[25]. Siendo, además, que cabrá acordar la libertad condicional, decisión de la que será competente el Juez de Vigilancia Penitenciaria[26].

2. Trabajos en beneficio de la comunidad. Consecuencias del incumplimiento.

La modalidad de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria mediante trabajos en beneficio de la comunidad debe prevalecer, siempre que exista, evidentemente, consentimiento expreso del penado y el juicio de discrecionalidad, atendiendo a las circunstancias concurrentes (juicio de peligrosidad) lo aconsejen. Y, ello porque se trata de una pena menos gravosa y más acorde con el criterio de que no se cumplan en prisión penas de corta duración.

Durante los últimos años ha surgido, en el ámbito de las diferentes Audiencias Provinciales, en torno a si la modalidad de cumplimiento a través de trabajos en beneficio de la comunidad era una pena subsidiaria a la pena privativa de libertad o sustitutoria de la misma, es decir, una alternativa más al cumplimiento de la responsabilidad persona subsidiaria, discusión que, como se analizará a continuación, tiene efectos diferentes en caso de que el penado incumpla con los Trabajos en Beneficio de la Comunidad[27]. Sin embargo, esta polémica parece definitivamente zanjada tras la reciente Sentencia del Tribunal Supremo que tras indicar que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa es por imperativo legal una pena privativa de libertad, concluye que cuando el Juez o Tribunal opta por la pena de

[24] NAVAS HIDALGO, Cuadernos Digitales de Formación, 21, 2018, p. 19.
[25] Artículo 76 CP.
[26] Artículo 90 CP.
[27] Auto de la AP de Lleida de a 30 de mayo de 2017 y Auto de la AP de San Sebastián, de 21 de febrero de 2018.

Trabajos en Beneficio de la Comunidad, lo que hace es suspender la pena privativa de libertad sometida a esa condición aceptada por el penado[28].

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad es una pena privativa de derechos que fue introducida en nuestro ordenamiento penal por la LO 15/03 de 25 de noviembre de modificación del Código Penal. Dicha pena que no puede imponerse sin el consentimiento del penado, le obliga a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. Y, ante la falta de colaboración y voluntad efectiva del penado para llevar a cabo la pena impuesta, no cabrá la ejecución forzosa de la misma. Al no ser posible el cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad por la vía de apremio, cabe preguntarse qué hacer cuando se ha agotado toda posibilidad voluntaria de cumplimiento por parte del penado.

Cuando la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es la pena originalmente impuesta, el código penal prevé la declaración de incumplimiento por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria[29] y, en su caso, la deducción de testimonio por un presunto delito quebrantamiento de condena[30]. Sin embargo, cuando nos encontramos frente al incumplimiento de los trabajos impuestos como modalidad de la responsabilidad personal subsidiaria, según la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo lo que cabe es la aplicación del artículo 86 del CP, donde se ha de determinar si nos encontramos frente a un incumplimiento grave, que determinaría la suspensión de la ejecución y la entrada del reo en prisión (apartado 1.b) o frente a un incumplimiento menos grave, lo determinará la imposición de nuevas condiciones o alargar el plazo de suspensión (apartado 2)[31].

---

[28] Tribunal Supremo, Sentencia del Pleno núm. 603/2018, de 28 de noviembre, dice: *"Pese a la equivocidad de los términos de tal resolución y del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 53 del Código Penal, que aquella transcribe, debemos considerar que nos encontramos ante la imposición de una pena privativa de libertad, ya que así califica el artículo 35 del Código Penal a la denominada responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Y cuando se habla de que esa pena se pueda "cumplir" mediante los trabajos en beneficio de la comunidad, lo hace como acuerdo del juez o tribunal "previa conformidad del penado". Es decir, se trata de un supuesto de suspensión de la pena privativa sometida a esa condición aceptada por el penado."*

[29] Artículo 49.6º CP.

[30] Artículo 468 CP.

[31] TS, Sentencia de 28 de noviembre de 2018 *"Pues bien, cuando de incumplimiento de condiciones de suspensión de la pena se trata, el ordenamiento jurídico establece la consecuencia que corresponde imponer. Así el artículo 84 del Código Penal prevé la posibilidad de tal suspensión de la ejecución de la pena a, entre otras, la condición de realizar trabajos en beneficio de la comunidad. Y, a su vez, el artículo 86 prevé las posibles consecuencias anudadas por el legislador a las diversas hipótesis descritas en sus apartados 1 y 2.*

Precisamente en el apartado 1. c) del citado artículo 86 del Código Penal se refiere al supuesto en que se ha incumplido por el penado alguna de las condiciones del artículo 84 del mismo cuerpo legal.

La anterior decisión del Tribunal Supremo, está en relación con la conclusión alcanzada en dicha sentencia, a la que se ha hecho referencia al inicio de este apartado, según la cual la modalidad de trabajos en beneficio de la comunidad, presuponen una suspensión a la ejecución de la pena privativa de libertad y, por ello, una condición de la suspensión como las previstas en el artículo 84 del Código Penal. Considera, así, el Tribunal Supremo que excluida por la reforma del Código Penal de 2015 la duplicidad de sustitución de pena y suspensión condicionada de pena, el régimen de falta de realización de las condiciones de la suspensión no acarrea otras consecuencias que las previstas en el artículo 86 del Código Penal. Mantiene, así, que no cabe hablar de tipicidad, ni como quebrantamiento de condena ni como desobediencia desde la imputación de tales incumplimientos.

IV. CONCLUSIONES

Todo lo anterior nos lleva a concluir que la activación de la responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago de multas, debe ser el último recurso, una vez agotadas la vía de apremio y determinada la insolvencia del penado. Siendo que una vez determinada que se ha imponer el cumplimiento de la pena por la vía de la responsabilidad personal subsidiaria, se ha de determinar, la modalidad de cumplimiento, trabajos en beneficio de la comunidad o prisión. Decisión que incumbe al Juez o Tribunal competente para la ejecución.

Asimismo, se ha de tener en cuenta que la antes dicha decisión es una facultad discrecional del Juez o Tribunal, no es un derecho del penado, siendo que para adoptar una u otra modalidad se ha de hacer un juicio de valor, atendiendo a las circunstancias concretas del penado, teniendo en cuenta que el fin de las penas es la reinserción social y primando, dentro de lo posible, los trabajos en beneficio de la comunidad, sobre la pena de prisión, al efecto de dar cumplimiento a la doctrina extendida que determina que las penas de prisión de corta duración no deben ser cumplidas en un centro penitenciario.

Añadir que el cumplimiento en la modalidad de prisión, no implica, necesariamente, la entrada en prisión del penado, siendo susceptible de ser suspendida

Entre ellas por tanto la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. Tal como se encabeza ese apartado 1 del artículo 86 citado la consecuencia será la revocación de la suspensión y la ejecución de la pena suspendida. Eso sí, se cuida de exigir el legislador para tan drástica respuesta, siempre que el incumplimiento sea grave y reiterado. Porque, si no alcanza tal intensidad el incumplimiento, la consecuencia se mitiga en el apartado 2 del mismo artículo 86. Modificar las condiciones o prolongar la duración del plazo de suspensión."

la ejecución de la pena privativa de libertad si concurren los requisitos previstos en el artículo 80 del CP. Se considera que es posible conceder la suspensión de la pena únicamente si concurren los requisitos del apartado 2, 4 y 5 del artículo 80 y, no si nos encontramos frente a la suspensión excepcional del apartado 3. Tal clase de suspensión está condicionada necesariamente al pago de multa o a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. Resultaría absurdo imponer al penado la condición de pagar una multa, si es insolente; y, al haberse optado por el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en la modalidad de prisión y no en la modalidad de trabajos en beneficio de la comunidad, resultaría una contradicción inasumible imponerles los trabajos como condición.

De conformidad con la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, constituyendo el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en la modalidad de trabajos en beneficio de la comunidad, una suerte de suspensión de la pena privativa de libertad, en caso de incumplimiento, deberá aplicarse lo previsto en el artículo 86 del CP para el incumplimiento de las condiciones de la suspensión prevista en el artículo 80 del CP.

Finalmente, indicar que el criterio impuesto por el Tribunal Supremo en su reciente jurisprudencia, choca frontalmente con el giro que la jurisprudencia menor estaba dando, fundamentalmente, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, que entendía que al no prever el artículo 53 del Código Penal la consecuencia del incumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria, cuando se ha decidido que ésta se cumpla mediante la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, se deberá estar a las disposiciones que, con carácter general, regulan el incumplimiento por parte del penado de los trabajos en beneficio de la comunidad, es decir, el artículo 49.6ª CP.

En mi opinión el Tribunal Supremo tiene razón cuando indica que la responsabilidad personal subsidiaria, por imperativo legal, tiene la condición de pena privativa de libertad. Sin embargo, el encaje que ha dado al incumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en la modalidad de trabajos en beneficio de la comunidad, asimilándolo al incumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 84 del CP acarrea varias dificultades. Sobre todo, cuando se trata de un incumplimiento que puede ser calificado de menos grave, conforme el artículo 86. 2 del CP, donde las opciones serían: 1) imponer al penado nuevas condiciones y 2) prorrogar el plazo de

suspensión. En el primer caso, no se entiende muy bien que otras condiciones se pueden imponer a una persona que no ha cumplido con los trabajos en beneficio de la comunidad y que es insolvente. Y, en cuanto a la segundo, no puede prorrogarse el plazo de suspensión de la pena, dado que cuando se opta por el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en la modalidad de trabajos en beneficio de la comunidad, la pena de prisión que según el Tribunal Supremo queda suspendida, no está sujeta a plazo alguno.

* * * * * *

María Teresa Franco Serrano

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.
Socia de la FICP.

~Breves aspectos sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable~

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica (LO) 1/2015 introduce la prisión permanente revisable (en adelante, PPR). Ya desde la elaboración del primer proyecto que la incluía, hubo una oposición política y jurídica en contra. Muchos autores han intentado mostrar la sinrazón de una modalidad que es calificada como de perpetua, sin embargo, es posible su aplicación con el sistema penitenciario actual, aunque bien es cierto que su regulación sería susceptible de ser mejorada para evitar problemas en su aplicación.

En el preámbulo de la Ley se justifica su aplicación en aras a la necesidad de dar una respuesta extraordinaria antes supuestos de excepcional gravedad. No se renuncia a la reinserción del penado pues una vez cumplida una parte mínima de la condena un Tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal.

De ahí que la PPR pueda ser definida por dos notas fundamentales, de un lado por no esar sujeta a un límite temporal preestablecido y de otra por ser susceptible de revisión

Se alzan voces en contra de su regulación que entienden que la tasa de criminalidad no justifica su regulación, entre otros AYALA GARCÍA[1] Sin embargo considero que dicho criterio no es el relevante para estimar oportuna o no su regulación, sino que habrá de estar a la gravedad de los delitos para los que está prevista su aplicación lo que justificaría a mi entender su regulación, pues el Estado debe responder con su poder punitivo frente a los ataques más graves al ordenamiento constitucional y entre los cuales sin duda se encuentran los previstos en el art. 36.2 del Código Penal (CP) es el atentado a la vida (homicidio, asesinato, contra la libertad e indemnidad sexual…)

[1] AYALA GARCÍA J.M. Publicación: Encuentro entre magistrados de secciones penales de las Audiencias Provinciales con jueces y magistrados del orden penal (2016) Colección: Cuadernos Digitales de Formación, 12, 2016.

A la espera del pronunciamiento del Tribunal Constitucional (TC) en relación a su posible inconstitucionalidad, por constituir una pena inhumana y degradante prohibida en el art. 15 de la Constitución española (CE) o por vulnerar los principios de reinserción y reeducación social, su aplicación hasta dicho pronunciamiento tendría cabida en el propia interpretación que realiza el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH), que en distintas resoluciones ha basado la adecuación de la pena al art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), siempre que se produzca la revisión de la pena, de forma que sea posible la suspensión en caso de que haya alteraciones positivas en el comportamiento del reo, que se hayan producido progresos en la rehabilitación, de manera que el carácter permanente de la prisión no se justifique por motivos exclusivamente penológicos caso HUTCHINSON vs. UNITED KINGDOM, de 3 de febrero de 2015.

II. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

Sobre la violación del art.3 del CEDH, el TECH señala que este artículo consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Prohibiendo en términos absolutos la tortura y las penas y tratos inhumanos o degradantes, cualesquiera que sean las circunstancias o las actuaciones de la víctima. El Tribunal siempre ha señalado que, para hablar de penas y tratos inhumanos o degradantes, el sufrimiento y la humillación infligidas deben ir más allá de las que conlleva inevitablemente una forma dada de trato o de pena legítimas. Las medidas privativas de libertad se acompañan ordinariamente de igual sufrimiento y humillación.

Dicho artículo no prohíbe en sí el pronunciamiento de una pena de cadena perpetua. Para determinar si en un caso dado una pena de cadena perpetua no puede reducirse, el Tribunal mira si el detenido tiene oportunidad de ser puesto en libertad. El análisis de la jurisprudencia del Tribunal sobre este punto revela que allí donde el derecho nacional ofrece la posibilidad de revisar la pena de cadena perpetua con el fin de conmutarla, de suspenderla o de ponerle fin, o de poner al preso en libertad condicional, se cumple con el art.3. En determinados casos, el Tribunal ha estimado que, si es posible examinar la detención con el fin de considerar la libertad condicional una vez cumplido el período de seguridad de la pena, no se puede decir que los detenidos condenados a cadena perpetua hayan sido privados de toda esperanza de

excarcelación. Aunque el CEDH no confiere de manera general un derecho a ser liberado bajo condición ni el de reexaminar la pena por las autoridades internas, judiciales o administrativas, en vista de una rebaja o de una interrupción definitiva, resulta claramente de la jurisprudencia pertinente que la existencia de un dispositivo que permita considerar la cuestión de la libertad condicional es un factor a tener en cuenta para apreciar la compatibilidad de una pena de cadena perpetua con el art.3.

El art.3 del citado Convenio en el que podríamos encuadrar la PPR, expresamente prohíbe la tortura y el trato inhumano o degradante. El TEDH, a través de su Jurisprudencia, interpreta el artículo en el sentido de que no pueda existir una condena perpetua como tal, sino que la misma pueda ser revisada y en todo caso, reducida. Esta variación deberá obedecer a los cambios y progreso que el propio condenado manifieste a lo largo del cumplimiento de la condena impuesta.

Este margen de apreciación de la mejora en la rehabilitación del condenado es puramente discrecional de cada Estado miembro, dejando un gran margen de interpretación por parte del TEDH sin entrar a enumerar cuales son los requisitos mínimos que deben establecerse para entrar a valorar la situación de condena permanente en la que se encuentra el condenado.

Las distintas sentencias dictadas por el TEDH en este ámbito (TEKÍN vs. TURQUÍA N.º 40192/10; HUTCHINSSON vs. REINO UNIDO N.º 57592/008; entre otras) establecen que para que una condena a cadena perpetua no sea contraria al CEDH, debe contener alguna revisión en los primeros 25 años de condena y a partir de la cual, se realicen controles periódicos para comprobar si hay o no cambios en la evolución de la reinserción del penado con la expectativa real de ver reducida la condena.

Cuando la legislación interna de un país expresamente no recoja la posibilidad de revisión de la condena entonces podemos entender vulnerado el art.3 del CEDH. Y esta posibilidad de revisión de la condena la debe poder conocer el condenado antes de dictarse la sentencia, ya que se le debería reconocer el derecho de información respecto de cuando se establecería por Ley la primera revisión, cuando podría solicitar las posteriores y sucesivas revisiones, y los requisitos que debería reunir para optar a solicitar una nueva revisión, así como las circunstancias que debería reunir para poder optar a la reducción de la condena.

En nuestro ordenamiento, la PPR aparece regulada por remisión del art. 36 del CP en el art. 92 del mismo cuerpo legal, donde se enumeran cuáles son los requisitos generales que debe reunir el condenado a prisión permanente para que se acceda a su revisión:

> *"1. Que el penado haya cumplido 25 años de condena.*
>
> *2. Que el penado se encuentra clasificado en tercer grado.*
>
> *3. La valoración del Tribunal de las circunstancias personales y familiares, la gravedad del hecho cometido, si son varios delitos o concurrieran los delitos del del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del CP, los posibles antecedentes y la conducta demostrada durante el cumplimiento respecto de la existencia de un pronóstico favorable a la reinserción del penado.*
>
> *4. La solicitud se ventilará a través de la celebración de vista con preceptiva intervención del abogado defensor y el Ministerio Fiscal. Nada contiene la norma respecto para el caso de que en el procedimiento hubiese habido acusación particular y el derecho de ésta a ser parte también en la vista de revisión de condena.*
>
> *5. El plazo de duración de la suspensión de la pena y los mecanismos para controlar por parte del Tribunal cada dos años, que el penado sigue cumpliendo con los requisitos y circunstancias que le otorgaron la suspensión de la condena."*

Parece que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la PPR española en los términos en los que viene regulada en nuestro CP, tiene un encaje plausible con la Jurisprudencia y normativa europea de Derechos Humanos ya que expresamente recoge y determina los requisitos establecidos por el Legislador para acordar la suspensión de la PPR, en sintonía con la interpretación que ha venido haciendo el TEDH respecto del art.3 del CEDH para los casos de condenas permanentes en los países de la UE.

Para la adaptación de la PPR al Convenio de Roma, el TEDH ha tomado en consideración sentencias que admiten su compatibilidad con el art.3 del CEDH, en relación al art.5 CEDH y concretamente las referidas a la violación de la finalidad de reinserción social de la cadena perpetua en función de los criterios de revisión y de los medios materiales para que aquella sea eficaz, el TEDH ha enjuiciado la prisión perpetua respecto de condenas impuestas en el Reino Unido tanto desde la perspectiva de la regularidad de la privación de libertad (art. 5.1 del CEDH) como desde el punto de vista de la interposición de un recurso ante el Tribunal para que enjuicie la regularidad de su privación de libertad (art. 5.4 CEDH).[2] Pero a partir de 2006, ha examinado la

[2]STEDH STAFFORD vs. REINO UNIDO de 16 de enero de 2004; WYNNE vs. REINO UNIDO (Nº. 2).

prisión perpetua impuesta en Francia, Chipre o Bulgaria desde el punto de vista de si se debe o no imponer, valorándola entonces desde otros ángulos, en especial si tal pena es inhumana o degradante (art.3 CEDH), si vulnera el principio de legalidad (art. 7.1 CEDH) o si atenta contra el principio de igualdad.[3]

Existe un debate abierto sobre este tema y sobre todo en el referido a la indeterminación de la pena. Analizaremos el contenido de algunas resoluciones referidas al art. 3 del CEDH.

Por otro lado, haré mención a las sentencias del TEDH que expresan la vulneración de la cadena perpetua del art. 5 del CEDH y que tienen como base las grandes dificultades que pueden derivarse de la casi imposibilidad de revisión de la pena (permisos, suspensión de la ejecución, y, por tanto, de la arbitrariedad en los procedimientos de revisión). De manera que ambos artículos entran en relación directa, toda vez que si bien el art. 3 trata de analizar la posible vulneración de la pena impuesta por ser contrario a la prohibición de una pena inhumana o degradante, el art. 5 establece los criterios para que la revisión de la pena de cadena perpetua pueda llevarse a efecto en relación con las posibilidades de reinserción social.

El TEDH sostiene que: *"Una pena perpetua irreductible, que priva al interesado de toda esperanza de ser puesto en libertad, podría vulnerar el artículo 3 de la Convención".*

Para que la pena de PPR no sea irreductible tiene que ofrecer posibilidades de suspensión, reducción o conmutación. Por ello, para que dicha pena encaje con el art.3 de la Convención, tiene que ser *"revisable".* Recordemos que el art. 3 de la CEDH establece: *"Prohibición de la tortura. Nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes".*

El TEDH apunta en la dirección de que la pena de PPR, para que sea válida, debe ofrecer la posibilidad al condenado de recuperar la libertad y reinsertarse en la sociedad.

Además, establece que *"la cadena perpetua contra un delincuente adulto no está prohibida por el art. 3 ni ninguna otra disposición de la Convención y no vulnera éste".*

Esto es así, porque lo que prohíbe este artículo es la prohibición de penas o tratamientos inhumanos o degradantes, pero si la pena permanente es revisable, no

[3]SSTEDH de 11 de abril de 2006. LEER vs. FRANCIA y de 12 de febrero de 2008, KAFKARIS vs. CRIPRE

supone una vulneración de ello, ya que el reo contará con los beneficios penitenciarios. En el caso de nuestro CP, a partir de 25 años de cumplimiento efectivo de la pena.

El TEDH se centra en la posibilidad de reinserción del penado y, en caso de que no se reinserte, admite que pueda tener prisión de por vida, debido al derecho del Estado a la seguridad o a la defensa social, pero es imprescindible que se dispongan o faciliten los medios necesarios para que el penado pueda conseguir su rehabilitación (como cursos, talleres formativos, etc.), por lo que es necesario que se aplique el tratamiento penitenciario correspondiente al recluso, en caso contrario, si no se ofrece esta posibilidad de reinserción, se estaría vulnerando la CEDH.[4]

En el año 2014 el alto tribunal dejo clara su posición y se pronunció por unanimidad a favor, respecto de la duración de las penas y sobre si esta duración se oponía a los diferentes arts. del CEDH.

Así, a través de la STEDH de 13 de noviembre de 2014,[5] se establecía que la cadena perpetua, a la que fue condenado un ciudadano francés y revisable a los 26 años, era, y es, totalmente compatible con el CEDH y no supone una violación del art. 6 de dicho convenio, en relación con el derecho a la celebración de un juicio justo, ni supone una violación del art.3, en relación con la prohibición de tratos humanos o degradantes, por contar con un mecanismo de revisión eficaz. En palabras del alto tribunal, el derecho francés, *"facilita la revisión de las sentencias de cadena perpetua… por lo que la pena impuesta era reducible"*.

No obstante, y a pesar de los fallos del TEDH en dichas sentencias,[6] la postura del Tribunal es de aceptación de la PPR y de penas análogas, en referencia a la duración de las mismas, siempre que los delitos y las correspondientes penas estén claramente definidas por la ley, de manera que el recluso pueda saber, en el momento de la sentencia, que acciones u omisiones acarrean responsabilidad penal y que pena se deriva

[4] MIR PUIG, C. Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad, 3ª edición, Atelier, Barcelona, 2015.

[5] TEDH. (Gran Sala) CASO BODEIN vs. FRANCIA. Sentencia de 13/11/2014. El **TEDH** ha ratificado la pena de cadena perpetua impuesta por Francia al asesino Pierre Bodein, conocido como **'Pierrot, el loco'.**

"El derecho francés ofrece una posibilidad de reexaminar la cadena perpetua, que ya es suficiente de por sí", precisan los jueces de Estrasburgo. Pierre Bodein, de 66 años, fue el primero en ser condenado a esta pena, en 2007, por **haber cometido tres asesinatos, entre ellos, el de un niño de 10 años,** en 2004.

'Pierrot, el loco' consideraba sin embargo que su condena violaba la CEDH, que prohíbe los *"tratos inhumanos o degradantes"*. En 2013, efectivamente, el Tribunal había fallado a favor de varios casos de condenados británicos, alegando que estaban siendo sometidos a un *"trato degradante"*.

[6] TEDH. Caso KAFKARIS vs. CHIPRE. Sentencia de 12 de febrero de 2008; caso MEIXNER vs. ALEMANIA. Sentencia de 3 de noviembre de 2009; caso BODEIN vs. FRANCIA, sentencia de 13 de noviembre de 2014; caso HUTCHINSON VS. REINO UNIDO. Sentencia 3 de febrero de 2015.

de dicha responsabilidad.

Del mismo modo y como se evidencia de las sentencias del alto tribunal, con especial referencia a la STEDH de 13 de noviembre de 2014, caso BODEIN vs. FRANCIA y a la STEDH de 12 de febrero de 2008[7], caso KAFKARIS vs. CHIPRE, cabe, existiendo un mecanismo legal adecuado para la revisión de la pena de prisión perpetua, la misma no entra en colisión con los principios que rigen el CEDH.

En base a lo anterior, se evidencia que el TEDH ratifica con su posicionamiento una teoría retribucionista del Derecho Penal y esto implica que el alto tribunal, al igual que la sociedad en general, no renuncia a que una de las finalidades de la pena de prisión es la expiación del mal causado o retribución, que además se traduce como ayuda a la prevención y a la protección de la sociedad, mediante la rehabilitación del delincuente. Esta idea será fundamental a la hora de explicar los argumentos que tanto el legislador como un sector de la doctrina defiende a favor de la PPR.

La posibilidad legal de liberación debe estar disponible, por tanto, de forma relativamente universal para todos los que deban cumplir la pena perpetua, sean cuales fueren los hechos por los que fueron condenados, al igual que deben poderse conocer, desde el principio, los requisitos o presupuestos sobre cuya base se va a contrastar la evolución del interno de cara a que la revisión sea positiva o negativa. Si el horizonte legal es inexistente, difuso o indeterminado no cabe una planificación adecuada del itinerario rehabilitador para que el recluso pueda trabajar para alcanzar dicho objetivo. Faltaría el incentivo mínimo que permitiría al interno actuar como un ser humano que precisa, como base existencial indispensable, de una esperanza razonable y efectiva como punto de partida -y llegada- para organizar una estancia en prisión que le posibilite volver a la sociedad como un sujeto responsable y respetuoso de la ley penal. El derecho a la esperanza de una liberación, en síntesis, debe recogerse en el ordenamiento legal de tal manera que despeje toda indeterminación sobre su existencia desde el primer momento en que el condenado lo es a pena perpetua. Así concebida la falta de reducibilidad *de iure* podría desencadenarse una condena del TEDH desde el momento de la imposición de la pena y sin tener que esperar a que ésta se llevara

[7] La Sentencia plantea que, si la legislación nacional del Estado que haya impuesto la cadena perpetua prevé la posibilidad de llegar a revisar, en algún momento, la reclusión de por vida para lograr su conmutación, terminación o la libertad condicional del recluso, con eso bastará para satisfacer el art. 3 del CEDH y que por tanto la cadena perpetua no sea considerada un trato inhumano o degradante.

ejecutando un largo número de años[8] .

III. BREVE HISTORIA DE LA CADENA PERPETUA EN ESPAÑA, VISIÓN JURÍDICA ACTUAL.

Hoy en día la prisión se ha convertido en la pena estrella de los códigos penales, pero no siempre fue así. En el derecho romano más primitivo, la prisión tenía una función principalmente preventiva: trataba de asegurar al acusado hasta el día del juicio. Entonces la pena, en el sentido más propio de la palabra, se administraba normalmente a través de trabajos, golpes y maltratos diversos, siendo la muerte un castigo para nada extraño. La figura hoy desaparecida del verdugo tenía entonces mucho sentido.

La pena de prisión en su sentido moderno arranca, según la perspectiva clásica sobre el asunto, con la desaparición del Antiguo Régimen, en la modernidad y de la mano del naciente liberalismo y humanismo. De este modo, la prisión se convertía en un símbolo de su tiempo. Una pena igualitaria, que afectaba del mismo modo a ricos y a pobres.

Recientemente, el derecho penal español ha introducido en su arsenal punitivo la modalidad más extrema de privación de libertad: la cadena perpetua en su forma *"para muchos eufemística"* de pena de prisión permanente revisable.

Así, fue en el primer Código Penal español, el código de 1822 que la Constitución de Cádiz ordenaba realizar, donde ya se recogía una modalidad de cadena perpetua conocida como *"trabajos perpetuos"* definida, junto con la pena capital, como una pena corporal (art.28). La naturaleza extremadamente dura de esta pena quedaba expresada sin tapujos en el art.47:

> *"Los reos condenados a trabajos perpetuos serán conducidos al establecimiento más inmediato de esta clase, y en él estarán siempre y absolutamente separados de cualesquiera otros. Constantemente llevarán una cadena que no les impida trabajar, bien unidos de dos en dos, bien arrastrando cada uno la suya. Los trabajos en que se ocupen estos delincuentes serán los más duros y penosos; y nadie podrá dispensárselos sino en el caso de enfermedad, ni se les permitirá más descanso que el preciso".*

Un régimen que solo hacía la excepción para ancianos y mujeres (art.66):

[8] JON MIRENA LANDA GOROSTIZA. Análisis comparado de sistemas penitenciarios europeos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Colección: Cuadernos Digitales de Formación, 2, 2016.

> *"El mayor de setenta años será destinado a reclusión por el resto de su vida si la pena de su delito fuere de trabajos perpetuos o deportación, o por el tiempo respectivo si fuere de presidio u obras públicas. El que en estas o en trabajos perpetuos cumpla la edad de setenta años, pasará a acabar sus días o el resto de su condena en una casa de reclusión, ocupándose en lo que permitan sus fuerzas".*

> *"Las mujeres no podrán ser condenadas a trabajos perpetuos, obras públicas ni presidio. Si cometieren delito a que esté impuesta la pena de trabajos perpetuos, serán deportadas, y si incurrieren en la de obras públicas o presidio, sufrirán el tiempo respectivo en una casa de reclusión".* (art.67)

Y cuya *"revisión"* solo se podía dar:

> *"Por medio del arrepentimiento y de la enmienda el condenado a trabajos perpetuos, podrá, después de estar en ellos diez años, pasar a la deportación…"* (art.144)

En el Código Penal de 1848 (y bajo la Constitución de 1845) se ampliaron las formas de *"castigo perpetuo"* incluyendo la reclusión perpetua, el extrañamiento perpetuo, las inhabilitaciones perpetuas… (art.24). Según ese nuevo código la cadena perpetua debía cumplirse en *"África, Canarias o Ultramar"* (art.94) con la obligación de *"trabajar en beneficio del Estado"* en labores *"duras y penosas",* y siempre encadenado (art.96). En los arts. 98 y 99 se mantenía el régimen atenuado para mayores de 60 años y mujeres.

Con el Código Penal de 1870 (y bajo la Constitución de 1869) se esbozó por primera vez un sistema de suspensión de la ejecución de la pena a la manera actual en la que, pasado un tiempo y si todo iba bien, uno podía ser liberado. Así el art.29 decía:

> *"Los condenados a las penas de cadena, reclusión y relegación perpetuas y a la de extrañamiento perpetuo serán indultados a los treinta años de cumplimiento de la condena, a no ser que por su conducta o por otras circunstancias graves, no fuesen dignos del indulto, a juicio del Gobierno".*

No obstante, y como vemos, el sistema de revisión no era de tipo judicial, y quedaba al capricho del ejecutivo.

El Código Penal de 1928 supuso un importante punto de inflexión ya que, si bien conservó la pena de muerte (art.116), eliminó la cadena perpetua limitando el tiempo máximo en prisión a 30 años (art.108). Esta tendencia se profundizó con el Código Penal republicano de 1932 del que desapareció definitivamente tanto la pena capital como la cadena perpetua, quedando en 30 años la pena más dura posible. Sin embargo,

este cambio no duró mucho ya que con el franquismo y el Código Penal de 1944 se reintrodujo la pena de muerte como pena más severa posible.

Y así, tras la promulgación de la actual CE, dos Códigos Penales y multitud de reformas llegamos al 31 de marzo de 2015 en que, con mucha polémica, se publica en el Boletín Oficial del Estado (BOE) la LO 1/2015 que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, por la que se introduce la pena de PPR en nuestro sistema punitivo. En la Exposición de Motivos de la misma se describe la PPR como:

> *"[U]na nueva pena de prisión permanente revisable, que podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad […] en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos. […]*
>
> *En la prisión permanente revisable, cumplida esa primera parte mínima de la pena, si el tribunal considera que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad, se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión de su situación; y si, por el contrario, el tribunal valora que cumple los requisitos necesarios para quedar en libertad, se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control orientadas tanto a garantizar la seguridad de la sociedad, como a asistir al penado en esta fase final de su reinserción social.*
>
> *La pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de pena definitiva, en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión."*

La PPR es una pena considerada grave (art.33.2 CP) y privativa de libertad (art.35 CP).Se prevé para los delitos de asesinato agravado (art.140 CP), muerte causada por atentando terrorista (art.573 bis CP), muerte, agresión sexual o lesión grave causada en delitos de genocidio y crímenes de guerra (art.607.1 y 607.1bis CP), muerte del Rey o del heredero (art.485 CP), y muerte del jefe de un Estado extranjero o de una persona internacionalmente protegida (art.605.1 CP).

El TC ha considerado que las penas de larga duración y potencialmente perpetuas no son, en sí mismas, inconstitucionales siempre que exista la posibilidad de liberación y si la ejecución de la pena no conlleva sufrimientos especialmente intensos.

En la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 91/2000, de 30 de marzo se analizaba la constitucionalidad de una extradición por parte de España de un criminal hacia Italia donde cabía la posibilidad de que el reo fuese condenado con la máxima pena.[9] El TC ha dejado claro en este caso "que la duración de una pena" no es el factor clave para determinar su constitucionalidad, sino que es la forma para que se cumpla ese período de reclusión, lo que determina si la misma es gravosa más allá de lo aceptable.

En la STC 148/2004, de 13 de septiembre, muy similar a la anterior, el TC debía analizar la constitucionalidad de la extradición de un ciudadano albanés a su país, donde se enfrentaba además de a una cadena potencialmente perpetua, a la pena de muerte.[10]Así esta última sentencia enriquece la doctrina anterior, estableciendo que las penas potencialmente perpetuas son aceptables siempre y cuando no sean necesariamente perpetuas.

IV. LEY ORGÁNICA DE VIGILANCIA PENINTENCIARIA Y SU COMPATIBILIDAD CON LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE. EL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS.

La dignidad, exige que el Estado organice la ejecución de las penas sobre la creencia antropológica de que todo penado puede cambiar, por lo que ha de existir, no como una hipótesis, sino como una oportunidad factible, la posibilidad de reinserción. De ahí que la prisión permanente para garantizar esa dignidad no puede impedir la verdadera reducibilidad.

Los beneficios penitenciarios, cuya regulación legal se encuentra en los arts. 202 a 206 del Reglamento Penitenciario, constituyen las medidas que permiten la reducción de la condena impuesta en sentencia firme o del tiempo efectivo de internamiento.

La finalidad de los beneficios penitenciarios se encuentra en los principios constitucionales de reeducación y de reinserción social, es decir, *responder a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores* positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad[11].

[9]Jurisprudencia Tribunal Constitucional. Sentencia 91/2000, de 30 de marzo (BOE núm. 107, de 04 de mayo de 2000) ECLI:ES:TC:2000:91.

[10]Jurisprudencia Tribunal Constitucional. Sentencia 148/2004, de 13 de septiembre (BOE núm. 248, de 14 de octubre de 2004). ECLI:ES:TC: 2004:148.

[11] GREGORIO DE VICENTE, M. Cuestiones Básicas de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas Privativas de Libertad. Líneas de Distribución Logística del Papel, S.L. Madrid 2015.

Y si bien es verdad que la PPR alarga y recrudece tanto los periodos para alcanzar esos beneficios como los requisitos para su obtención, no es menos cierto que su regulación se encontraba ya prevista en similares términos en la LO 7/2003 para las penas privativas de libertad de larga duración.

El tiempo mínimo para alcanzar el tercer grado es de 15 años (art. 36.1 CP), ampliándose dichos periodos a 18/20 y 22 años respectivamente, tanto para los casos de terrorismo como en supuestos de concurso general (art.78 bis 1 a), b) y c)) y más aun cuando se trate de concurso de terrorismo y organizaciones criminales llegando a 24 o 32 años respectivamente.

También se contiene una norma sobre los permisos de salida, que no podrán comenzar a concederse hasta los ocho años -supuesto básico- y doce años -delitos de terrorismo-.

Los periodos mínimos de cumplimiento para la obtención de la suspensión de la ejecución del resto de la pena, son los siguientes: 25 años para los supuestos comunes ex art- 92.1 a) y en caso de concurso se amplían los plazos llegando hasta los treinta y cinco años o más en caso de terrorismo y organizaciones criminales.

Para alcanzar dichos beneficios es necesario que además de haber cumplido los requisitos de tiempo exista un pronóstico favorable de reinserción social, lo que a mi entender es el punto de inflexión entre el fin de prevención general y especial que la PPR debe cumplir.

Este pronóstico favorable toma en consideración: la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la suspensión y de las medidas que fueren impuestas, así como previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine.

La decisión sobre la suspensión ha de hacerse en un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido de su abogado.

En este punto es donde a mi entender el legislador debió ser más escrupuloso, pues nada dice de la intervención de la Víctima, lo cual entiendo fundamental. Y ello

porque la evolución en su tratamiento e intervención a lo largo del proceso e incluso en la fase de ejecución de las penas ha sido ampliamente desarrollada en nuestro ordenamiento jurídico, incluso de forma más amplia y generosa que la previsión normativa internacional, y sin embargo ante supuestos tan graves como los que regula la PPR no se aprecia una efectiva concordancia.

En el caso de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, además debe mostrarse abandono los fines y medios de la actividad, colaboración activa con las autoridades para impedir otros delitos o atenuar los cometidos, o para identificación de responsables, para obtener pruebas o para impedir la actuación o desarrollo de organizaciones, lo que podrá obtenerse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades y abandono de la violencia, y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como informes técnicos de auténtica desvinculación. Requisitos estos que entiendo son congruentes con la gravedad del hecho delictivo, aunque ciertamente criticable por paradójica que se olvide de nuevo a la víctima, cuando se le informe de que carece de legitimación activa para impugnar la concesión de la libertad condicional del condenado a prisión permanente revisable por la comisión del citado ilícito, toda vez que quien otorga la misma no es el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria sino el tribunal sentenciador, de acuerdo con lo establecido en el art. 92 CP, en un procedimiento en el que no podrá ser oída.

V. CONCLUSIÓN

Uno de los problemas que plantea el estudio de la PPR es la esperanza de libertad real para el condenado**,** sin embargo, en su estudio no podemos olvidarnos ni del papel que el Estado ha de jugar para preservar el orden constitucional, ni el de la víctima de los delitos que la pena ampara.

Tengo la plena convicción, que la pena y el castigo ha de ser interpuesto al culpable de tan viles crímenes y con toda la contundencia que la ley permita, y que el papel de las propias víctimas como antes he comentado ha de ser determinante, pues nadie les preguntó si querían estar o no en este debate, y por contra estarán condenadas de por vida a un tipo de condena que difícilmente la CE y el TEDH tendrán la posibilidad de solventar.

En este sentido, la pena como tal, no es sino el castigo y la expiación social por la infracción cometida, y en este sentido, el Estado tiene el deber constitucional de contribuir y exigirse a sí mismo la reinserción social del condenado, y mientras que permanezca privado de libertad, en la obligación de propiciar en él un cambio de vida y de actitud. Pero esto no parece tan fácil, sobre todo cuando además del horizonte temporal de libertad para el condenado, también se está valorando el efecto del sufrimiento que estas penas de larga duración suponen en él mismo, y sin embargo no se está analizando con la misma ética, la reparación del sufrimiento y el dolor que supone en las propias víctimas, que además de privarles de por vida de la presencia de la víctima en sí, deben enfrentarse al dolor y sufrimiento por el que hayan podido pasar antes y durante su muerte.

De ahí que apelo a través de esta comunicación a que el sistema penitenciario permita de forma real y efectiva a través del tratamiento penitenciario y de los beneficios previstos a tal efecto, el logro de una efectiva reinserción y humanización de una pena por sí misma no inconstitucional.

La reforma real y efectiva debería estar enfocada en buscar el equilibrio entre el trinomio del delito, la justa retribución por el daño causado y el derecho y protección física y moral de las víctimas, impidiendo además que delincuentes tan peligrosos, si no han demostrado capacidad de reinserción puedan volver a la sociedad, poniendo en peligro la seguridad del resto de ciudadanos, cuando en la actualidad se actúa en cierto modo de forma un tanto demagógica por gran parte de profesionales que pretenden buscar el mejor experimento social hacia la reinserción prioritaria del condenado, cuando se ha detectado durante décadas un alto grado de reincidencia delictiva en cientos de reclusos condenados por motivos sexuales o de pertenencia a organizaciones criminales, quienes tras sus periodos de reclusión vuelven a cometer las mismas conductas delictivas una vez en libertad, lo que demuestra que en determinados casos la ansiada reinserción sobre la que pivotan los textos legales no es sencilla de alcanzar.

Desde mi punto de vista, querer obviar el correcto balance y equilibrio de este trinomio o pretender no actuar sobre alguna de las partes, sólo traerá más sufrimiento e injusticia, en primer término sobre las propias víctimas, que de una forma clara y evidente no han pedido estar en el debate que ocupa en estos momentos a tantos Estados, y también sobre las propios condenados “presentes y futuros”, que en la mayor parte de las ocasiones también son víctimas sociales del propio sistema, cuando de

forma retroactiva investigamos el entorno social, educacional y familiar en el que han estado envueltos. Y ya que actuar en este entorno social, a priori podría suponer una utopía, la prioridad de las instituciones debería estar centrada primero en el respeto hacia las víctimas y ciudadanos como víctimas potenciales, protegiendo su integridad física y moral, pues también este es un derecho contemplado por la CE y una vez solucionado, buscar el mejor equilibrio entre el castigo y su duración.

* * * * * *

Amalia Fustero Bernad

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Socia de la FICP.

~La revocación de la pena privativa de libertad: perspectiva jurisprudencial~

I. EL FIN DE LA PENA.

Siempre ha sido una cuestión muy debatida por la doctrina las teorías de la pena, siendo su importancia fundamental en el ámbito del Derecho, pues según la aplicación de una u otra teoría se estructurará la teoría general del delito.

Como punto de partida se debe determinar cuál es el fin último de la pena, cuestión también debatida en la actualidad por la doctrina, solo que recientemente su discusión se ha centrado en el sentido y límite de la pena estatal, en este extremo, la doctrina mayoritaria expresa que la pena se relaciona con el poder y control del Estado soberano.[1]

Existen distintos fines de la pena, dependiendo el objetivo a alcanzar por el Estado en el sujeto infractor, así pueden diferenciarse los fines de: prevención general, prevención especial (teorías relativas o preventivas) y la retribución (tesis retribucionista o absoluta).

Concretado, el fin de la pena quedaría por establecer su función: la de orientar la previsión legal, imposición judicial y ejecución de la misma, dando sentido y coherencia al sistema punitivo, no solo a las penas en sentido estricto sino también a las medidas de seguridad.[2]

La pena debe tener distintos objetivos, según lo que se quiera conseguir, debe tener como objetivo sancionar la conducta ilícita realizada por el sujeto, a la vez que se repara el daño ocasionado a la víctima.

Pero la pena no solo debe configurarse para el infractor como una condena, sino que como dice el Art. 25.2 CE, la misma ha de estar orientada hacia la reeducación y reinserción social. Pero el TS en su jurisprudencia también ha añadido que con la pena también se consigue la prevención especial y la general, general, dirigido a toda la

[1] SILVA SÁNCHEZ J.M., Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, Editorial: B de F 1992, p. 180.

[2] RUBIO LARA, A. La dogmática en la teoría de la pena. Revista Aranzadi. 3/2017.

sociedad para prevenir los delitos, por sus consecuencias y particular o especial, a fin de castigar y tratar de reinsertar a quien delinque.

II. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD: SU SUSPENSIÓN.

El actual Código Penal está caracterizado por la existencia de un solo tipo de suspensión de pena privativa de libertad, frente a los tres tipos de recogía el antiguo Código Penal del 95. Este hecho ha permitido que el sistema de ejecución de penas sea mucho más flexible y rápido, pues la suspensión tiene como objetivo evitar el cumplimiento de las penas privativas de libertad inferiores a dos años, favoreciendo de ese modo la reinserción del condenado.

Como expresa MIR PUIG[3], Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona con la aplicación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (las penas de prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa) se intenta reducir al mínimo número de casos la aplicación de la condena más restrictiva de derechos de nuestro país.

Entre las numerosas novedades de la reforma del Código Penal aprobada por LO 1/2015, de 30 de marzo, destaca la reforma en cuanto al régimen de suspensión de penas privativas de libertad, recogido en el artículo 89.

A través de la reforma realizada dos años atrás se observa un claro consenso doctrinal en cuanto a que el ordenamiento debe ofrecer otra alternativa al cumplimiento de una pena privativa de libertad, ya que la imposición de penas como el ingreso en prisión supone una medida muchas veces desproporcionada, pudiendo generar en el condenado un doble efecto: el aprendizaje en el delito y el estigma social que produciría su cumplimiento.[4]

Y es a partir de esta conciencia doctrinal donde surge que la ejecución de la sentencia como última parte del proceso debe aplicarse según los principios de individualización de la pena, utilidad o fin social de la misma, según la política criminal impérate en la actualidad que vivimos.

Y esa individualización de la pena se realiza teniendo el condenado una posición activa en la ejecución de su condena, tendente a la exteriorización de su negativa de

[3] MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, PG, 9ª ed., 2011, p. 689.
[4] PUENTE SEGURA, L. Suspensión y sustitución de las penas, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI, 2011, p. 18.

cumplir una pena coercitiva de libertad a cambio de realizar determinadas conductas como: asumir su responsabilidad en la comisión del delito o la de realizar determinadas acciones conducentes a reparar el daño causado a la víctima o a la sociedad en general.

El sistema de suspensión de la pena observa el propósito del legislador de dar mayor flexibilidad a la figura, de un modo concreto se observa el artículo 85 CP, que permite, de modo general, que «Durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el Juez o Tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado», lo que nos recuerda el régimen penal de menores.

Algo interesante en el régimen de suspensión de condena es el artículo 80 del Código Penal el cual establece: "Los jueces o 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. 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."

Lo que se pretende con el sistema de la suspensión de la pena a partir de la reforma del Código Penal de 2015 es que el juzgador haga un estudio más pormenorizado de la situación del ejecutado, no dirigidos solo a la peligrosidad del sujeto, sino valorándose aspectos como la reincidencia, el perdón al ofendido o la reparación del daño ocasionado.

El pronunciamiento judicial con respecto a la suspensión deberá hacerse por Sentencia y debidamente motivado tanto si se concede la suspensión como si la misma es rechazada.

Pero vamos a detenernos a continuación en la suspensión, analicemos cuando se considera ordinaria y cuando extraordinaria, los requisitos que caracterizan a cada una y los motivos conducentes a la revocación de la suspensión y su afectación en la responsabilidad civil derivada del delito.

1. Suspensión ordinaria. Requisitos

Recogida en el Artículo 80.2 del CP, tres son los requisitos que el condenado debe cumplir para que se le suspenda la pena privativa de libertad:

a) Que se trate de la primera vez que el condenado delinque, no teniéndose en cuenta los antecedentes penales cancelados o pendientes de cancelación con arreglo al artículo 136 del Código Penal, ni aquellos antecedentes penales que no tengan relevancia para el juzgador de cara a valorar la reincidencia en la comisión de delitos futuros.

Es de destacar la discrecionalidad del propio juez o tribunal en la concesión o no de la suspensión, basándose en el estudio de los antecedentes penales y la probabilidad de que los mismos afecten o no a una futura reincidencia del condenado. Discrecionalidad judicial ampliada con respecto a la suspensión, pues recordemos que con el Código Penal anterior de existir antecedentes penales, sin importar la naturaleza de los mismos, se denegaba de plano la suspensión de la condena.

b) Que la pena o penas impuestas sea menor a dos años, no incluyendo en la suma de los dos años la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de la multa.

El límite máximo de los dos años se refiere fundamentalmente a la pena de prisión, pues en lo que respecta a la pena de localización permanente, nunca sobrepasará de los seis meses, y en cuanto a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, nunca podrá superar el año de extensión (a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, articulo 53 CP)

c) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y efectuado el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Es importante apreciar que el requisito de la satisfacción de las responsabilidades civiles y el decomiso se cumple cuando el penado adquiere el compromiso de hacer frente a la responsabilidad civil conforme a su capacidad económica y facilita bienes para su decomiso.

El Juez o Tribunal, como en el apartado anterior, con amplia flexibilidad, podrá solicitar al ejecutado lo que considere oportuno con respecto a la responsabilidad civil y

el decomiso atendiendo al impacto que el delito cometido tuvo en la sociedad y en pro de asegurar su cumplimiento efectivo[5].

En el nuevo Código Penal, el pago de las responsabilidades civiles sigue siendo uno de los requisitos imprescindibles para que tenga lugar la suspensión de la ejecución, pero ahora se incluye un requisito más: *se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127*[6]

Es importante esta frase incluida en el nuevo articulado, pues la ocultación de bienes o no dar a los jueces o tribunales información acerca del decomiso, puede revocar la suspensión que fue acordada.

Es de destacar también como se premia y valora la actitud del penado en cuanto a su deseo de abonar el pago de la responsabilidad civil, y como los jueces y tribunales deben valorar ese compromiso al pago de cara a decretar la suspensión de la condena privativa de libertad.

El pago de la citada responsabilidad puede realizarse por cualquier sujeto distinto a la persona que cometió el delito, pues el objetivo del legislador es resarcir al perjudicado, independientemente de quién es el que salda la deuda que tiene el condenado.

Pero surge el problema de que ocurre cuando la responsabilidad civil no es saldada inmediatamente, bien porque la cantidad a abonar es muy alta o porque la capacidad económica del condenado es muy limitada. En esta situación vuelve a observarse la amplia flexibilidad de de jueces y tribunales a la hora de decidir sobre la suspensión, pudiendo optar por denegarla de plano en tanto en cuanto no se abone la cantidad, o bien conceder la suspensión y revocarla en el momento en el que no se cumpla el plan de pagos por el condenado.

[5] AP Huelva (Sección1ª), sentencia núm. 191/2016 de 23 junio.

[6] Articulo 127 Código Penal: "1. Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. 2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar. 3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición."

2. Suspensión extraordinaria.

La suspensión de la ejecución de la pena se considera extraordinaria, cuando, no reuniéndose los requisitos de la suspensión ordinaria, la misma se lleva a efecto. Como su propio nombre indica, son circunstancias extraordinarias las que rodean ejecutado, las conducentes a la suspensión de la condena. Los tipos son los siguientes:

a) Suspensión excepcional[7]:

Recogido en el artículo 80.3 CP, aunque no concurran los condicionados primero y segundo de la suspensión ordinaria, y no se trate de reos habituales, podrá suspenderse la pena de prisión 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.

b) Suspensión extraordinaria por enfermedad muy grave con padecimientos incurables[8]:

Siempre que la enfermedad esté debidamente acreditada, por el penado no se requiere el cumplimiento de ninguna de las condiciones del 80.2 CP para obtener la suspensión de la pena.

c) Suspensión extraordinaria por drogodependencia[9]:

No cumpliéndose las condiciones primera y segunda del 80.2 CP, y la suma de las penas no es superior a cinco años, puede acordarse la suspensión siempre que los penados hayan cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos. La suspensión de tres a cinco años se condiciona a que el condenado se someta a un tratamiento de deshabituación, su abandono no supone la revocación automática de la suspensión, salvo que el abandono se califique como definitivo.

Tras el plazo suspendido el penado debe acreditar su deshabituación, de lo contrario se cumplirá la pena impuesta en un primer momento por el hecho delictivo cometido, también puede acordar la ampliación del tratamiento por un plazo no superior a dos años.

[7] AP León (Sección3ª), auto núm. 28/2017 de 11 enero.
[8] AP Granada (Sección2ª), auto núm. 131/2017 de 20 febrero.
[9] AP Jaén (Sección3ª), auto núm. 632/2016 de 14 diciembre.

d) La sustitución de la pena como modo de suspensión[10], el artículo 84 CP establece la suspensión de la ejecución de la pena por el cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

- Cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación
- El pago de una multa, determinada por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso. La antigua conversión de dos cuotas de pena multa por cada día de privación de libertad deja de aplicarse, siendo nuevamente la flexibilidad del juzgador el que determine su extensión, que no podrá ser en ningún caso, superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.
- La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. Su duración, como viene a ser costumbre la determina el juez o tribunal *en* atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

3. La suspensión por sentencia.

Por motivos de economía procesal la reforma penal 1/2015 introdujo en el artículo 82.1 CP, que el juez o tribunal, siempre que sea posible resolverá sobre la suspensión de la pena en sentencia, no dejándolo reservado a la firmeza de la misma para llevarse a cabo. De no ser resolverse por Sentencia el legislador regula una audiencia previa de las partes para que aleguen lo que a su derecho convenga de forma previa a la resolución del juzgador acerca de la ejecución.

El trámite de audiencia de las partes se realiza porque el legislador considera que es necesario oír a las víctimas del procedimiento antes de decretar o no la suspensión al penado.

En el artículo 80.6 CP se regulan aquellos supuestos en los que los delitos son solo perseguibles únicamente previa denuncia de la víctima, pensando el articulado en todas aquellas víctimas que no se personan en los procedimientos como es el caso de las

[10] AP Madrid (Sección23ª), sentencia núm. 43/2017 de 31 enero.

agresiones, acosos o abusos sexuales. Por tanto, en la audiencia previa que determine la concesión o no de la suspensión, la victima será oida.

4. La revocación de la suspensión[11].

El artículo 86 CP establece los motivos por los que el juez o tribunal puede revocar la suspensión de la pena cuando el penado:

- Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.
- Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83 CP
- Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84 CP.
- Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado ó no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello.

Analizado el incumplimiento del penado, y tras la audiencia de todas las partes, incluido el Ministerio Público, y habiéndose oídos todos acerca de la revocación de la suspensión, el juez o tribunal resolverá de forma flexible y valorando las circunstancias concretas del caso decidirá: bien imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas, prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado, bien revocar la suspensión y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.

III. CONCLUSIÓN.

En lo que a suspensión de las penas privativas de libertad se refiere hemos observado en la presente exposición la importancia que ha tenido la última reforma llevada a cabo en 2015 del vigente Código Penal español.

[11] AP Cádiz (Sección8ª), auto núm. 406/2016 de 4 octubre.

Se aprecia la gran flexibilidad que se otorga a jueces y tribunales a la hora de la suspensión en la aplicación de la pena privativa de libertad adaptándola a la situación personal del penado, de su condición social, personal y económica, porque al fin y al cabo la intención de nuestro ordenamiento jurídico es la reeducación, reinserción y restitución de los daños por parte del condenado y no la aplicación de una condena represiva y ejemplarizante con finalidad exclusivamente punitiva.

Se observa un gran avance en lo que respecta a la suspensión de la pena, ahora debemos de esperar un tiempo para percibir si la modificación legislativa realizada en el Código Penal trae modificaciones conductuales en toda esa parte de la sociedad delictiva a la que se le ha aplicado la suspensión de la pena.

* * * * * *

Victoria Gallego Martínez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia de la FICP.

~Incidencia de la enfermedad mental y prisión provisional~

Resumen.- Si bien en nuestro Derecho se reconoce y regulan como centros especializados, los establecimientos y unidades psiquiátricas penitenciarias aplicables a enfermos mentales respecto de los que ha recaído resolución judicial firme, en este trabajo se tratará de analizar las diversas situaciones a las que se enfrentan los sujetos activos de un delito que padecen enfermedades mentales y, en particular, a la vista de la doctrina constitucional, la posibilidad de acordar como medida cautelar su internamiento en aquéllos establecimientos.

Palabras clave.- Establecimiento Psiquiátrico penitenciario.- Enfermedad mental.- medida de seguridad.- Medida cautelar.-

I. INTRODUCCIÓN

Por regla general a la hora de hablar de centros penitenciario no se tiene en consideración que la gran incidencia que plantean los problemas de salud mental en la población penitenciaria, pues es un hecho constatable el elevado número de internos, ya sea preventivos o condenados, que padecen alguna enfermedad mental. Ello supone un grave problema pues se trata de enfermos mentales que, tienen trastornos graves del comportamiento, de los impulsos, desorganización de los pensamientos y conducta lo que obliga a que desde las diferentes instituciones, especialmente desde la Administración Penitenciaria se adopten las necesarias medidas para atender y garantizar su adecuada atención sanitaria amén de las precisas para el cumplimiento de las penas por parte de aquéllos y en particular a la hora de desarrollar una labor terapéutica y reinsertadora en esta población.

Y es que no puede olvidarse que, conforme a la legislación, las prisiones vienen conceptuadas como lugares de rehabilitación para favorecer la reinserción del interno a la sociedad, una vez cumplida su pena.

No obstante en centros penitenciarios tienen cabida no solo los presos condenados sino, también los preventivos. Ello plantea una importante problemática respecto de aquéllos que presentan enfermedades mentales pues, no debe olvidarse, los centros penitenciarios psiquiátricos se configuran como establecimientos asistenciales y de cumplimiento. En este artículo se tratará de, tras un breve repaso a las situaciones en las que la enfermedad mental incide en el proceso penal, en analizar la problemática que plantea el ingreso en tales centros de los presos preventivos a la vista, especialmente de las últimas resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

II. SITUACIONES RELEVANTES DE ENFERMEDAD MENTAL EN EL PROCESO PENAL

En el proceso penal la enfermedad mental recibe diverso tratamiento en función del momento procesal en el que aparece. Así en primer lugar debe distinguirse los supuestos en los que el sujeto con padecimiento mental comete un hecho delictivo, de aquéllos otros en los que la enfermedad aparece con posterioridad. Y, dentro de esta última categoría, los casos en los que aquélla enfermedad se evidencia tras la comisión de los hechos delictivos, una vez iniciado el proceso penal y con anterioridad a su finalización por sentencia, de aquéllos otros en los que surge tras la finalización del proceso penal, una vez dictada sentencia condenatoria y hallándose, en consecuencia, cumpliendo la condena impuesta.

1. Padecimiento de enfermedad mental en el momento de la comisión delictiva.

Acreditada la anomalía o alteración psíquica en el sujeto en el momento de la comisión del ilícito penal seguirá el procedimiento penal su curso hasta el dictado de sentencia y en el caso de que como consecuencia de aquélla se le declare inimputable al considerar que aquélla afecta a su capacidad de comprender los mandatos normativos y/o de actuar conforme a dicha comprensión, apreciándose una eximente completa o incompleta o una atenuante analógica, tal circunstancia conllevaría una absolución o una rebaja en la pena a imponer, además de la posibilidad de aplicar una medida de seguridad privativa de libertad o no.

En estos supuestos, el principal problema que se plantea, una vez iniciado el procedimiento penal, es la posibilidad de adoptar medidas cautelares de índole personal, privativas de libertad, en centro especializado. A ello nos referiremos más adelante.

2. Padecimiento de enfermedad mental tras la comisión del hecho delictivo y con anterioridad al dictado de la sentencia penal.

Este supuesto aparece contemplado expresamente en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el artículo 383 LECrim[1]de aplicación al sumario así como a los demás procedimientos.

[1] Artículo 383 Ley de Enjuiciamiento Criminal.- Si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código Penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia. Si hubiese algún otro procesado por razón del mismo delito que no se encontrare en el caso del anterior, continuará la causa solamente en cuanto al mismo.

La consecuencia de esta situación no es otra que el archivo del procedimiento reabriéndose una vez aquél recobre la salud, a excepción de los casos de prescripción del delito. El archivo deviene precisamente de su consideración como sujetos carentes de la capacidad procesal mínima y por ello, sin la aptitud necesaria para participar de modo consciente en el juicio, comprender la acusación que se formule contra ellos y ejercer su derecho de defensa y autodefensa y, por tanto no pueden ser sometidos a un juicio penal, bien para la imposición de una pena o de una medida de seguridad. En estos casos, por tanto, no será posible la imposición de medida de seguridad, pues la misma solo cabe, a través de sentencia previa, tras el correspondiente juicio contradictorio conforme resulta de los artículos 95 y 101 Código Penal en relación al art. 3.1 Constitución española.

En cualquier caso, debe recordarse que la capacidad procesal a la que se ha hecho referencia, no puede equipararse a la incapacidad declarada judicialmente pues la misma, no supone, siempre y en todo caso, que la persona afectada carezca necesariamente de capacidad procesal para intervenir de modo consciente y eficaz en el proceso penal.

La doctrina jurisprudencial al respecto, aparece integrada por las STS de 2 de abril de 1993, 669/2006, de 14 de junio y, STS 1033/2010, de 24 de noviembre, y considera incompatible la celebración de juicio oral, aunque sea con la finalidad de imponer una medida de seguridad por causa de inimputabilidad, con la incapacidad del sujeto pasivo del proceso cuando dicho estado mental no le permita comparecer y actuar en el proceso con las mínimas garantías, como interpretación más respetuosa y garantista con los derechos fundamentales. En dichas resoluciones afirma que lo contrario vulneraría, por una parte, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE, se integra por el derecho de acceso a los tribunales y el derecho de promover e intervenir en un proceso en condiciones de igualdad y sin indefensión y, por otra, resultaría vulnerado asimismo, el derecho fundamental al proceso justo o debido con todas las garantías (art. 24.2 CE) que exige el derecho a conocer la acusación y poder defenderse de ella, tanto mediante la defensa técnica -que exige la posibilidad de comunicación eficaz con el letrado-, como mediante la autodefensa. Solución que es acorde con los citados derechos previstos en textos internacionales[2].

[2] Así, el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos sobre derecho

3. Surgimiento de la enfermedad mental tras la sentencia penal firme.

Se contempla asimismo tal situación, en el art. 60 CP[3]. Constatado el trastorno mental en el momento de la ejecución de la pena impuesta y, siendo grave, en el sentido de impedirle conocer el sentido de la pena se suspenderá la ejecución de la pena, sea o no privativa de libertad, garantizándose en todo caso, que recibe la asistencia médica precisa y pudiendo imponerse en tal supuesto, medidas de seguridad, privativas de libertad o no. Como señala GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA[4] pese a referirse el precepto a trastorno mental, debe aplicarse analógicamente a los supuestos de discapacidad intelectual; el padecimiento puede ser anterior y no constatado hasta ese momento, tal y como resulta del empleo del término "apreciada" y, en todo caso al requerirse que impida "conocer el sentido de la pena", se está exigiendo que le impida conocer el por qué y para qué se cumple.

Para constatar dicha situación, será preciso informe del médico forense que la constate, diferenciándose el caso de que la pena impuesta sea privativa de libertad, en cuyo caso la imposición de medida de seguridad privativa de libertad es potestativa, de penas de distinta naturaleza, supuesto en el que impondrá las medidas de seguridad que

---

a un juicio justos, así como la regulación de la Unión Europea sobre derechos y garantías básicas del sujeto pasivo en la justicia penal en lo que a derechos de investigados o procesados con trastorno mental se refiere, cristalizada en l Directiva 2016/343/UE, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y del derecho a estar presente en el juicio, cuya finalidad consiste en reforzar en el proceso penal el derecho a un juicio justo, estableciendo unas normas mínimas comunes relativas a determinados aspectos de la presunción de inocencia y al derecho a estar presente en el juicio (Considerando 9), estableciendo en su artículo u el derecho a estar presente en el juicio, para lo cual el Considerando 42 dispone que: "Los Estados miembros deben garantizar que, en aplicación de la presente Directiva, en especial con respecto al derecho a estar presente en el juicio y el derecho a un nuevo juicio, se toman en consideración las necesidades específicas de las personas vulnerables. Con arreglo a la Recomendación, de 27 de noviembre de 2013, de la Comisión, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales, debe entenderse como acusados o sospechosos vulnerables, todos los acusados o sospechosos que no puedan comprender o participar eficazmente en un proceso penal debido a su edad, su condición mental o física, o a cualquier discapacidad que puedan tener".

[3] Artículo 60 Código Penal.- 1.- Cuando después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertas que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código, que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias. El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta. 2. - Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia, si la pena no hubiere prescrito sin perjuicio de que el Juez o tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

[4] GÓMEZ- ESCOLAR MAZUELA, Pablo. Enfermedad mental y prisión. A propósito de la STC 84/2018, de 17 de julio. La Ley 11117, 2018, p. 7

estime necesarias, que en todo caso, y por aplicación del artículo 96.3 CP, no podrán ser privativas de libertad.

Conforme resulta de la Consulta 2/04 de la FGE[5], en todo caso, la medida de seguridad de internamiento habrá de imponerse sobre la base de un juicio pronóstico de peligrosidad y, si restablecida la sanidad procediera la continuación del cumplimiento de la pena, será necesario descontar el periodo pendiente de cumplimiento el tiempo en que el reo hubiera estado privado de libertad en cumplimiento de la medida de seguridad sustitutiva de la pena suspendida.

III. CUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Ya hemos visto que al sujeto declarado exento de responsabilidad criminal se le puede aplicar una medida de seguridad privativa de libertad así como también a aquéllos penados a los que le sobreviene la enfermedad mental en el momento del cumplimiento de la pena privativa de libertad. Y tales medidas se contemplan en el artículo 96 del Código Penal conforme al cual pueden consistir en el internamiento en centro psiquiátrico, en centro de deshabituación o en centro educativo especial. Por lo que se refiere al internamiento en centro psiquiátrico, el artículo 101 CP especifica que deberá tratarse de un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica sin mayor especificación. A la vista de dicha regulación, aquéllos establecimientos pueden ser públicos o privados acreditados u homologados. La elección de uno u otro, debe venir determinada por la mayor o menor peligrosidad del sujeto a tratar y por la extensión de la medida. No obstante dicha previsión legal, lo cierto es que no existen recursos privados alternativos a los centros penitenciarios, llevándose a cabo dicho dichas medidas en los Establecimientos o unidades psiquiátricas.

En el ámbito penitenciario el internamiento por razón psiquiátrico encuentra su regulación en el art. 184 b) y c) del Reglamento Penitenciario[6], dentro del Capítulo VII

[5] Circular 2/04, de 22 de diciembre de 2004, de la Fiscalía General del Estado, sobre aplicación de la reforma del código penal operada por ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, pp. 61-64.

[6] Conforme al art. 184 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, "El ingreso en estos Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias, se llevará a cabo en los siguientes casos; b) personas a las que por aplicación de las circunstancias eximentes establecidas en el Código Penal les haya sido aplicada una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario. c) Penados, a los que por enfermedad mental sobrevenida, se les haya impuesto una medida de seguridad por el Tribunal sentenciador en aplicación de lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deba ser cumplida en Establecimiento o Unidad psiquiátrica penitenciaria.

del título VII, "formas especiales de ejecución" y en ellos se trata de combinar el cumplimiento de la rehabilitación y asistencia junto con la retención y custodia de los ingresados debiendo garantizárseles que reciben un tratamiento de igual calidad al que recibirían en un recurso asistencial privado. Dicho reglamento regula algunos aspectos de las actividades de régimen y tratamiento en dichos establecimientos y unidades. Así, como rasgos regimentales característicos a cumplir por los internos prevé que en el momento del ingreso será atendido por facultativo, se le efectuará una valoración y se dispondrá el destino y tratamiento más adecuado, hasta que sea reconocido por el psiquiatra. El equipo que le atienda informará al Juzgado de vigilancia penitenciaria con la propuesta sobre diagnóstico y evolución, juicio de pronóstico, necesidad del mantenimiento, cese o sustitución del internamiento, separación, traslado a otro establecimiento, el programa de rehabilitación, aplicación de medidas especiales de ayuda o tratamiento (art. 186 RP); atendiendo a la peculiaridad del internamiento, se fija un plazo de revisión por el equipo multidisciplinar, que deberá informar sobre el estado y evolución cada seis meses al Ministerio Fiscal (art. 187 RP); se establece la obligación de la separación en distintos departamentos en atención a las necesidades asistenciales de cada paciente, la necesidad de limitar las restricciones de libertad personal del paciente a las necesarias en función del estado de salud o éxito del tratamiento, la excepcionalidad de los medios coercitivos y la inaplicación de las disposiciones de régimen disciplinario (art. 188 RP); establecimiento de programas individuales de rehabilitación (art. 189RP) conforme a los cuales se fijarán las comunicaciones con el exterior (art. 190 RP).

No obstante, y pese a la previsión legal, la realidad muestra que en el territorio gestionado por la Administración Central en España[7], existen únicamente dos hospitales psiquiátricos penitenciarios, situados en Sevilla y Alicante, y un único módulo de mujeres, sin que se hayan puesto en funcionamiento las unidades psiquiátricas penitenciarias, lo que resulta totalmente insuficiente para la población afecta y necesitada de este tipo de recursos.

IV. ENFERMOS MENTALES Y PRISIÓN PROVISIONAL

Situación distinta a la anteriormente contemplada, es la planteada en relación a los presos preventivos que padecen enfermedades mentales. En tales casos se plantea la

[7] Extremadura, Canarias, Andalucía, Ceuta y Melilla y, Cataluña, tienen las competencias transferidas en esta materia.

cuestión de si ante la existencia de enfermedad mental en el momento de la comisión del delito, siendo este grave, afectando a las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto y no existiendo duda de una futura eximente completa, cabe la adopción como medida cautelar, por tanto en fase de instrucción, de la prisión provisional a cumplir en centro hospitalario adecuado. Y es que en estos supuestos, es práctica forense el ingreso en prisión preventiva concretamente, en hospitales o unidades psiquiátricas penitenciarias con fundamento en el art. 381 LECrim o en el art. 184 b) del Reglamento Penitenciario.

En la actual situación legislativa no resulta posible aquélla solución. El precepto mencionado del Reglamento penitenciario, está previsto, exclusivamente para penados a quienes se ha aplicado una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario, en ningún caso para preventivos.

Por su parte, el art. 381 LECrim prevé, que advertido en el procesado indicios de enajenación mental, se le someterá de forma inmediata a la observación de los médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad. Y, el TC[8] lo ha interpretado en el sentido de que en tales supuestos, cabría el internamiento exclusivamente para una primera valoración de la capacidad psíquica del procesado. Concretamente, la STC de 2 de noviembre de 2004[9], analizando los supuestos de ingreso en hospital psiquiátrico penitenciario del art. 184 del Reglamento Penitenciario, concluye que al no tratarse de medida de seguridad ni de ingreso para peritaje, no estaba justificada la entrada y permanencia en dicho centro y declaraba, que en cualquier caso, la medida no era necesaria ni la más adecuada para garantizar que fuera a recibir un tratamiento médico idóneo y una atención personal y social convenientes para hacer frente a su enfermedad y para evitar que en el futuro se lesionara o lesionara a terceros. Llega a afirmar, que la atribución de la condición de preso, siquiera acompañada del adjetivo "provisional", a quien se sabe desde un principio exento de responsabilidad penal por ausencia de imputabilidad, constituye un contrasentido, toda vez que supone la imposición con carácter provisional

[8] STC 217/2015, de 22 de octubre; señala al respecto que, "el sometimiento a observación es un acto de investigación sumarial, no confundible con una medida cautelar de prisión o internamiento, ni con un tratamiento médico obligatorio.

[9] Dicha sentencia analizaba recurso de amparo formulado por persona diagnosticada de esquizofrenia paranoide anterior a la resolución que acuerda su ingreso en prisión y sometida a tratamiento psiquiátrico en establecimiento privado respecto del que ante su posible participación en delito de asesinato en grado de tentativa y lesiones se acuerda su ingreso en calidad de preso en hospital psiquiátrico de naturaleza privada, donde debería recibir el tratamiento médico que fuera necesario.

de una medida (la de prisión) cuya posibilidad de imposición con carácter definitivo está a priori, descartada.

La interpretación constitucional y la ausencia de medida cautelar semejante lleva a concluir con DEL MORAL GARCÍA[10], que las lamentables carencias de la legislación vigente hacen que la única medida cautelar posible, en estos supuestos, sea la prisión preventiva. No obstante, el propio TC[11] propone como alternativa, la posibilidad en estos supuestos, de acudir al internamiento cautelar no voluntario regulado en el art. 763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicha solución sin embargo, no resulta factible en los supuestos de alta peligrosidad del sujeto por cuanto se lleva a cabo en centros ajenos al control penitenciario y/o policial y, su duración y finalización dependen única y exclusivamente del alta facultativa y, en todo caso, se trata de una medida que debe adoptar y controlar el juez civil.

Ante el vacío normativo existente, se hace por tanto necesaria, la previsión legal de medidas cautelares alternativas tal y como viene exigiéndose desde distintos estamentos[12].

Y, en relación a esta problemática, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA[13], considera en los casos en los que está acreditada la concurrencia de causa de exención de la

[10] DEL MORAL GARCÍA, A., Internamientos de extranjeros, incapaces y menores, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, VI, 1988, p. 253.

[11] STC 217/2015, de 22 de octubre, afirma que la imposibilidad de acordar la prisión provisional "no obsta a la aplicación, en su caso, de otras previsiones contempladas en el ordenamiento procesal que habiliten al órgano judicial para adoptar una medida de internamiento cautelar no voluntario de una persona por razón de trastorno psíquico, como la presión recogida en el art. 763.1 LEC u otras que el legislador, en su caso, establezca".

[12] Así en la doctrina, GONZÁLEZ -CUELLAR SERRANO, N., Aspectos procesales de la imposición y aplicación de las medidas de seguridad, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, 1997, II, p. 185, postula la regulación de un catálogo de medidas cautelares con inclusión de la posibilidad de imponer la obligación de ingreso en centros psiquiátricos, la sumisión a tratamiento adecuado, la custodia familiar, como ocurre en países de nuestro entorno, y ello con fundamento en el principio de intervención mínima. Por su parte, en la Memoria de la Fiscalía General del Estado, de 2001, págs. 464 a 466, proponía incluir en la LECrim el internamiento psiquiátrico como medida cautelar, con todas las garantías previstas para la prisión en atención a que el art. 184 b) del Reglamento Penitenciario no estaba destinado al internamiento continuado de presos provisionales con trastornos psiquiátricos, siendo inadecuado el reingreso al centro ordinario tras la evaluación e informes psiquiátricos . En la Memoria de 2004, pág. 679 insiste de nuevo en la necesidad de colmar la laguna legal existente, más teniendo en consideración que con la reforma operada por la LO 15/2003, de 23 de noviembre, se modifica entre otros el art. 508 LECrim, y respecto de los imputados sometidos a tratamiento de desintoxicación o deshabituación de sustancias estupefacientes se prevé la sustitución de la medida de prisión provisional por el ingreso en un centro oficial o de organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento. Asimismo la STC 84/2018, de 16 de julio, tras incidir en la falta de cobertura legal concluye que "corresponde únicamente al legislador en el marco de sus potestades constitucionales /art. 66.2 CE), poner fin a este delicado vacío normativo, regulando de manera pertinente la medida cautelar penal de internamiento en centro psiquiátrico".

[13] GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., Prisión preventiva y medidas de seguridad. La STC de 22 de octubre de 2015, La Ley 8027, 2015, p. 4.

responsabilidad, es cuestionable la posibilidad de acordar la prisión preventiva y ello, ante la literalidad de los arts. 502.3 y 503.1.3º LECrim, cuando aluden a "pena que pudiera ser impuesta" así como, al fijar como requisito para su adopción, que aparezcan motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

La misma solución, de inaplicación de la prisión provisional, ha sido defendida por el TC en el caso de adopción, al amparo del art. 504.2 LECrim de prórroga de la prisión preventiva durante la tramitación de recurso de casación, contra sentencia absolutoria que impone medida de seguridad de internamiento psiquiátrico a inimputable. En Sentencia de 22 de octubre de 2015, afirma la incompatibilidad del precepto con el supuesto de hecho analizado, por cuanto el recurrente no fue condenado a pena de prisión sino a medida de internamiento en centro adecuado, señalando expresamente que por sentencia condenatoria hay que entender la que impone una pena, considerando al acusado responsable criminal del delito, confirmando con ello el juicio de pronóstico del art. 503.1.2ª LECrim. Y, más recientemente, en STC 84/2018, de 16 de julio, otorga amparo al recurrente al que, pese a acordarse por sentencia el levantamiento de la prisión preventiva, se le mantiene en centro penitenciario, si bien acordando que lo hiciera en la unidad psiquiátrica mientras se sustanciaba la casación interpuesta contra la absolución por eximente completa con medida de internamiento. Insiste nuevamente el alto tribunal en la ausencia de cobertura legal a dicha solución y expresamente señala que "corresponde únicamente al legislador, en el marco de sus potestades constitucionales (art. 66.2 CE), poner fin a ese delicado vacío normativo, regulando de manera pertinente la medida cautelar penal de internamiento en centro psiquiátrico. Hasta tanto dicha norma con rango de ley orgánica se dicte, con una redacción que incluya los requisitos, garantías y condiciones necesarias para adoptar la medida de internamiento en centro psiquiátrico con la duración al efecto previsible, no cabe privar de libertad al acusado absuelto en sentencia por aplicación de una eximente por trastorno mental, mientras se resuelven el o los recursos interpuestos contra dicha resolución judicial, excepto si dicho internamiento se acuerda por el juez competente a través de la vía ya autorizada del artículo 763 LEC, que habrá de serlo, como acota el Fiscal en su escrito de alegaciones, en centro integrado en la red hospitalaria civil y no bajo el control de la Administración Penitenciaria, que no tiene injerencia en este ámbito".

V. CONCLUSIONES

1.- Respecto de los condenados por sentencia firma a penas privativas de libertad declarados inimputables como consecuencia de su enfermedad mental, la imposición de medidas de seguridad privativas de libertad determina su cumplimiento en establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarios con régimen y tratamiento especializado y donde debe garantizarse la debida asistencia al penado. La misma solución, se preconiza respecto de los condenados a penas privativas de libertad en los que la enfermedad mental surge durante el cumplimiento.

2.- La regulación de tales centros y de los distintos establecimientos, resulta escasa; la previsión legal no se ha plasmado en la realidad en los términos contemplados.

3.- Respecto de los presos provisionales afectos por aquéllas enfermedades, no cabe la posibilidad de acordar o mantener su internamiento en centros psiquiátricos penitenciarios dada la inexistencia, en nuestro ordenamiento de dicha posibilidad como medida cautelar. Se hace necesaria la reforma de la LECrim para su inclusión ante la falta de alternativas plausibles y concordantes con los mandatos constitucionales.

* * * * * *

José Antonio Gil Heredia
Juez sustituto, L'Hospitalet de Llobre. Socio de la FICP.

~Compatibilidad de los trabajos en beneficio de la comunidad con la pena de prisión~

I. BREVE INTRODUCCIÓN A LA ESENCIA DE LOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD EN NUESTRO CÓDIGO PENAL.

Los trabajos en beneficio de la comunidad es una de las penas, no privativas de libertad, previstas en nuestro Código Penal y que se concibe como una pena privativa de derechos, en el artículo 39 del Código Penal. El Código Penal, dentro del listado de penas privativas de derechos, debe estimarse como la privación del derecho a un trabajo remunerado, en el sentido de que la pena, como uno de los paradigmas de la moderna doctrina, limita una serie de derechos como la libertad de deambulación, desarrollo de actividades comerciales, profesión e incluso derechos personales como el ejercicio del derecho a la patria potestad, suspensión de empleo o cargo público, conducir vehículos o ciclomotores, tenencia al porte, derecho a recibir subvenciones y desgravaciones fiscales y el derecho a la tenencia de armas.

El interés que genera este tipo de pena lo es no sólo entre la doctrina político criminal, sino para la ciudadanía en general, el penado en particular y desde el punto de vista de la victimología como herramienta para la reparación del daño. En este sentido no puede perderse de vista que los trabajos en beneficio de la comunidad (TBC) están previstos como pena alternativa[1] a la multa pero también a la pena de prisión y que ésta puede ser elegida o descartada (motivadamente, desde luego) por el juez enjuiciador, a la hora de imponer la pena.

En numerosas ocasiones la pena de trabajos coincide como pena alternativamente imponible, a elección del juzgador, como pena aplicable al injusto cometido, como ocurre en los delitos contra la seguridad vial, del artículo 379 del Cp o incluso los delitos de violencia de género o doméstica del artículo 153, amenazas del artículo 171, coacciones leves del artículo 172 e injurias o vejaciones injustas del artículo 173.4 del Código penal también como pena alternativa. Dicha alternatividad es necesaria puesto que jamás podrá preverse como pena única a imponer por un tipo determinado toda vez

[1] Art. 153, 171.4 y 5, 172. 2 y 3, 172 ter, 244, 173. 4, 274, 379, 384, 385, entre otros, del Código Penal.

que siempre se requiere el consentimiento del reo para su imposición[2], con expresa prohibición de los trabajos forzados[3].

Es el artículo 49 del Código Penal el que define la pena de TBC como aquella que obliga a la prestación no retribuida de actividades de utilidad pública y el que define las finalidades de la pena dirigidas tanto a la prevención general como la especial de determinados delitos, toda vez que el mismo precepto contiene que los trabajos a realizar podrán consistir en aquellas actividades relacionadas con el delito cometido por el condenado, labores de reparación del daño y de apoyo o asistencia a las víctimas como así consistir en programas formativos, de reeducación, laborales, sobre seguridad vial, sexual, etc. Especial relevancia ha tenido para nuestro juzgador este tipo de penas, desde su vertiente reeducativa, para los delitos contra la violencia de género y/o doméstica y los delitos contra la seguridad vial. Los programas formativos sobre seguridad en la circulación de vehículos a motor pero, sobre todo, aquellas tareas relacionadas con la evitación de riesgos en la seguridad vial y más aún, aquellos dirigidos al auxilio a las víctimas de delitos de cometidos contra la seguridad viaria, se han revelado como altamente efectivos a la hora de que el condenado por una de estos comportamientos sea consciente de las posibilidades que contiene este delito de peligro de realizarse en un resultado concreto, cuando se asiste a víctimas de un accidente de tráfico o se ayuda a personas físicamente discapacitadas por causa de accidente. En la misma medida sucede con los programas formativos o de educación sexual sobre los delitos de violencia de género, dirigidos a la reeducación de actitudes machistas y/o violentas sobre la mujer, fomentadas por una educación generalizada en la desigualdad de sexos.

Aun con todo no podemos abstraernos a las amplias posibilidades que ofrece el artículo 49 del Código Penal, dirigidos a la reeducación del condenado y, con ello, obedeciendo al principio reeducador y de reinserción de que nuestra Constitución impone como un elemento ineludible de la pena. Amplias posibilidades que son desaprovechadas incluso, ex ante a la ejecución, a la hora de optar por la aplicación de la pena de TBC. No sólo por el legislador que, como podemos observar, introduce la pena en injustos muy concretos y de forma muy limitada a aquellos comportamientos que, como los delitos contra la seguridad vial, evidencian la necesidad para el penado de

[2] Art. 49 del Código Penal.
[3] Art. 25 CE.

plasmar en la realidad el contenido del delito de peligro abstracto en el que se puede traducir la conducción etílica o bajo la influencia de estupefacientes y la necesidad de conocer, de propia mano, que el establecimiento de una tasa alcohólica no obedece a un mero capricho del legislador, sino a un riesgo en la conducta. O, en su caso, como una modalidad de la sustitución de la pena[4], una vez derogada la sustitución por la LO 1/2015 del antiguo artículo 88 del Cp, convertido ahora en una de las condiciones para la suspensión, ex artículos 80.3 y 84 del Código Penal. Esa parquedad legislativa podría ir dirigida a otros delitos que precisan de la indudable necesidad de educación social, como los delitos violentos o delitos contra el orden púbico o la hacienda pública. Pero no es cometido de este trabajo proclamar la posibilidad de aplicar la pena a otros tipos que no la tienen incorporada (por ejemplo no considero que existan motivos político criminales para no extenderla a todos los delitos contra la seguridad vial) sino apostar por la aplicación exhaustiva de lo que ahora tenemos, muchas veces desaprovechada, no sólo por el convencimiento generalizado de los jueces a la hora de reservar la pena para comportamientos "menos graves" previo a descartar la pena de prisión, sino a concebirla como una de las consecuencias penológicas más deseables, como solución retributiva. Como también desterrar la falta de eficacia de muchas penas de TBC cuando concurren en un mismo individuo que se halla cumpliendo otras condenas. En muchos casos la pena de TBC queda sin efecto, por la mera aplicación del instituto de la prescripción[5]. Y esto tanto en la ejecutoria de esa condena como a la hora de influir en juez sobre la elección de la pena por la posible inviabilidad de que la misma sea ejecutada cuando el penado esté en prisión o sea inminente su ingreso.

II. REGULACIÓN DE LOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD. NORMAS ESENCIALES Y PRESCRIPCIÓN.

1. Normas esenciales. A fin de acotar las vicisitudes antes señaladas que pueden subvenir a la aplicación o ejecución de los TBC, su desarrollo, contenido y control de ejecución viene regulado en el Real Decreto 840/2011[6], que sustituye el anterior RD 515/2005[7] y que como su exposición de motivos vienen a motivar, se adecúa a la reforma de la LO 12/2015 que, como hemos visto, amplía su contenido a la

[4] Artículos 53.1 y 71.2 del Código Penal.
[5] Artículo 131 del Código Penal.
[6] Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas.
[7] Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo.

posibilidad de participación en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

Es importante destacar que su artículo 3 contiene la definición de los TBC para que, una vez recaída sentencia se remita el correspondiente mandamiento a los *servicios de gestión de penas y medidas alternativas del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de la pena*. Organismo (competencia transferida en numerosos territorios a las Comunidades Autónomas) que deberá fijar las condiciones de cumplimiento de la pena que no sólo serán los competentes para coordinar el plan de trabajos, previa entrevista con el penado, sino para remitir los correspondientes informes de cumplimiento [8]. Estos son supervisados por la administración penitenciaria y aprobados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria (sin perjuicio de lo que seguidamente veremos sobre los conflictos de competencia con el juez sentenciador).

Resulta esencial la previsión que hace la norma acerca de qué sucede en el momento de la fijación de los trabajos[9] toda vez que consiste en determinar la actividad más adecuada, tanto con las posibilidades del penado (personales, laborales) y como con la perspectiva del delito cometido, así como horario y distribución parar realizarlos. Pero también, insistimos, consistentes en la participación en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Añade el precepto aquellas actividades que se realicen en un ámbito o institución no penitenciaria, lo que no deja lugar a dudas a que puedan realizarse dentro de la institución, esto es, mientras se cumpla condena privativa de libertad en centro penitenciario.

Cobra por ello especial relevancia el papel del Juez de Vigilancia Penitenciaria, como luego veremos en algunas Sentencias al efecto, ya que supervisará el plan de ejecución y decidirá su inmediata ejecutividad, debiendo acordar lo procedente incluso en el caso en que el penado acredite fehacientemente que se opone al cumplimiento del plan de ejecución. En cuanto al desempeño de jornadas de trabajos como modalidad escogida para la prestación de servicios[10] se concibe como una jornada laboral de duración máxima de 8 horas, teniendo en cuenta las circunstancias personales e incluso

[8] Real Decreto 840/2011 Artículo 4.
[9] Real Decreto 840/2011 Artículo 5.
[10] Real Decreto 840/2011 Artículo 6.

familiares, pudiendo efectuarse un plan partido de trabajo, por lo que tampoco encontramos un escollo legal a que las mismas sean realizadas por un condenado en pleno cumplimiento de una pena de prisión en situación penitenciaria progresada a tercer grado, con el correspondiente seguimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria[11], competente para el seguimiento y aprobación definitiva de su cumplimiento o incumplimiento[12]. Para ello resolverá lo procedente en éste último caso, pudiendo declarar el incumplimiento de la pena y, por lo tanto, su posible quebrantamiento.

Para terminar el apartado legal, debemos preguntarnos si el propio Título Preliminar del Código Penal, en su artículo 3, supone un escollo para el cumplimiento de los TBC en centro penitenciario y de forma coetánea al cumplimiento de la pena de prisión. Este artículo establece, por principio, que la pena no podrá realizarse de otra forma a la prevista en las leyes y con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. De esta manera sabemos que las penas privativas de libertad se cumplirán íntegramente[13] (también bajo las formas de suspensión de la pena o cumplimientos mediante beneficios penitenciarios –tercer grado, libertad condicional, etc.-) y en la forma prevista en el Reglamento Penitenciario[14] que, conjuntamente con el artículo 75 del Código Penal, establece la prohibición del cumplimiento simultáneo de las penas cuando ello no sea posible por su propia naturaleza, abocando con ello al cumplimiento sucesivo por estricto orden de su gravedad. Lógicamente, siguiendo tal mandato, las penas de prisión más graves serán de liquidación preferente sobre las que lo son menos y, por descontado, pueden relegar al cumplimiento de los trabajos en último lugar o que llegue a ser inefectiva la condena. De ahí la importancia de establecer la posibilidad de su cumplimiento simultáneo y la coordinación, para ello, de todas las instituciones implicadas en el cumplimiento de la pena de TBC, desde su elección para su imposición por el Juez Penal, hasta las administraciones competentes para su aplicación; el Juez de Vigilancia Penitenciaria y, nuevamente, el Juez Penal que, de forma definitiva, deberá decidir sobre las consecuencias del incumplimiento, como así ha venido decidiendo nuestro TS, como indica Cervera Salvador, en cuestión de competencia entre ambas jurisdicciones[15].

[11] Real Decreto 840/2011 Artículo 7.
[12] Apartado 6 del Artículo 49 del Código Penal.
[13] Artículo 988 de la Lecrim.
[14] Real Decreto 190/1996 Reglamento Penitenciario Artículo 193.2
[15] CERVERA SALVADOR, Sabina. Ejecución de la Pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad. Cuadernos Digitales de Formación. CGPJ

Siguiendo a la autora citada, nuestro Tribunal Supremo hace referencia a la nueva concepción de los TBC operada por la reforma, de los que resalta la circunstancia de que han dejado de ser una pena en sentido estricto y, con ello, se excluye a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria para su control[16] de suerte que los TBC se han convertido también en una condición para la suspensión de la pena de prisión[17].

2. En cuanto a la prescripción de los TBC, teniendo en cuenta la vinculación que pudiera hacer decantar al Juez Penal (lo que no debería) sobre la opción de la pena de TBC o, en su caso, la posibilidad de condicionar la suspensión de la pena de prisión, en el caso en que fuere posible, aun en el caso en que el penado se halle cumpliendo condena, tenemos que considerar que ésta última posibilidad no es inviable, aunque el reo esté cumpliendo una pena privativa de libertad que comprometa el cumplimiento de los TBC, o se cumplan los requisitos del artículo 80 del Código Penal, siempre a criterio judicial). Resulta necesario efectuar un escueto repaso a la prescripción de la pena de TBC de conformidad con lo previsto en el artículo 133 y partiendo de que la duración máxima de la misma no podrá ser de más de un año, esto es, pena menos grave[18], lo que significa que la prescripción de la pena puede llegar a los 5 años o, si es inferior a una duración de 31 días, prescribe al año.

Con todo, la práctica en los Juzgados Penales y de Ejecutorias acredita que no es excepcional que en un mismo condenado concurran penas de prisión, incluso por una duración de más de 5 años, ya sea por refundición o acumulación de condenas por las reglas del artículo 76 del Código Penal, con TBC. En la misma sentencia o por condenas en sentencias distintas. Vistas las reglas del artículo 75 del Cp se tratará de intentar conjugar aquellas penas privativas con los TBC, entendiendo que no deben existir, o no deberían existir, obstáculos para la aplicación simultánea de la pena a fin de evitar el absurdo de su prescripción por la aplicación evidentemente preferente siempre de la pena de prisión para su cumplimiento.

III. LA IMPORTANCIA DE LOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD COMO PENA DE REINSERCIÓN. CONCLUSIONES.

1. Casi todos los autores concilian alrededor de la concepción descrita en el artículo 49 del Código Penal a cerca de lo que pueden consistir dichos trabajos,

[16] Artículo 86 del Código Penal.
[17] Artículos 809.3 y 84 del Código Penal.
[18] Artículo 33 del Código Penal.

abandonando algunas concepciones reducidas a la equiparación de los TBC a las prestaciones de servicios en instituciones públicas o de interés público que, sin ánimo de denostar éstos, no suponen el único recurso educativo para el penado. Cervera Salvador [19], con ocasión de la Instrucción 10/2015 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, menciona las distintas posibilidades que ofrecen los distintos programas formativos, en correlación con los delitos a los que, más habitualmente, viene ligada la pena, o condición suspensiva de TBC, como son los delitos de violencia de género o doméstica, delincuencia sexual, delitos contra el medio ambiente, etc. No olvidemos que, introducida la condición suspensiva (TBC) de la pena de prisión, ello puede llegar a vincular a esta figura reeducativa con casi todos los delitos cuya pena sea susceptible de ser suspendida y, con ello, se abre un amplio abanico a los cursos formativos, programas de educación, prestación de servicios, etc, cuando vemos que éstos deben guardar una relación adecuada con el delito cometido, a fin de que dichos trabajos estén revestidos del fin que les otorga la norma sin que ello suponga un cambio o trueque que de pena a la prevista por el legislador. No debemos olvidar que la pena que se suspende se efectúa bajo el régimen de las reglas del artículo 80 del Código Penal y que los TBC no se trata de una pena sustitutiva, sino de una condición suspensiva que, de no cumplirse, puede conducir al cumplimiento de la pena originaria. Es cierto que, mediante su introducción como condición suspensiva de la prisión, el legislador ha dejado en manos del juez la posibilidad de suspender multitud de penas, dentro del amplio espectro abierto por el artículo 80.3 del Código Penal que nos puede conducir a imponer la condición suspensiva a cualquier tipo de delito que no lo contemple como pena principal, sin que ello suponga una vulneración del principio de legalidad[20]. Ya lo venía haciendo antes a través de la sustitución del antiguo artículo 88.

Y aun aceptando la hipótesis[21] de que la condición suspensiva se convierta efectivamente en una auténtica sustitución de la pena principal, ello no debe condicionar a la hora de optar por la pena o por la condición, por mucho que la misma se pudiera ver dificultada por una coetánea o eventual pena de prisión a cumplir.

[19] Cervera Salvador, Sabina. Ejecución de la Pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad. Cuadernos Digitales de Formación. CGPJ

[20] Trapero Barreales. Revista de Derecho Penal y Criminología. Universidad de León. UNED. Pág. 69 en ref. a García Arán, Comparecencia para informar en relación con el Proyecto LO de reforma del CP (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 503, 18 de febrero de 2014, 35); Muñoz Conde/García Arán, PG, 9.ª, 2015, 619 s.

[21] TRAPERO BARREALES. Revista de Derecho Penal y Criminología. UNED, 16, 2016, p. 175.

La casuística de los conflictos observados en sede de ejecución de la condena, entre las penas de prisión y coetáneas a TBC nos permite traer algunas resoluciones en este sentido.

En una cuestión de competencia AAP de Toledo de 02/02/2006[22]:

"(…) Recibido por la Administración Penitenciaria el Testimonio de la sentencia firme, los servicios sociales han entrevistado al penado para conocer sus características personales, su capacidad laboral y el entorno social y familiar y han remitido al Juez de Vigilancia Penitenciaria el informe de 17 de mayo de 2005, en el que se hace constar que:

a) El penado trabaja de lunes a viernes en la construcción, en Madrid.

b) El penado no dispone de vehículo propio.

c) El Ayuntamiento de Puebla de Almoradiel (residencia del penado) no tiene, durante los fines de semana actividad para que se realice una actividad semejante.

d) Que en la localidad no hay otras instituciones donde se pueda realizar esta actividad en las condiciones aportadas (posibilidad de control y fin de semana).

El informe, recibido por el Juez de Vigilancia Penitenciara, le motiva a considerar que la pena no puede cumplirse y remite la ejecución al Juez sentenciador para que decida lo pertinente.

El Real Decreto que regula la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, no establece imperativamente que dichos trabajos tengan que ser realizados en compatibilidad de horario con el trabajo habitual. Se procurará la flexibilidad en la medida de lo posible, pero si no fuera posible, la pena debe cumplirse aunque sea incompatible con el trabajo habitual. Por ello, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, debe requerir a los Servicios Sociales penitenciarios para que formulen una propuesta de cumplimiento, adaptada en lo posible a lo previsto en el art. 6 del Real Decreto, pero dentro de la finalidad última del Derecho Penal que no es otro que el cumplimiento efectivo de las penas que no hayan sido suspendidas (…)."

AAP de Donostia de 08/07/2011 [23] en auto que estima la apelación contra la revocación de los trabajos:

"(…) El recurrente argumenta que la precaria situación económica del penado, quién solo consta que ha realizado dos pagos por importe de 100 euros cada uno, le llevará nuevamente a delinquir para satisfacer la multa pendiente, so pena de hacer renacer o revivir la pena de prisión originariamente impuesta al mismo.

Frente a ello, el Juez de Ejecución Penal ya señala en el auto ahora combatido que con la modalidad de ejecución seleccionada se trata de no dificultar la posible reinserción del penado en el mercado laboral.

[22] AAP de Toledo Secc.2ª nº recurso 1/2006 de 02/02/2006
[23] AAP de Donostia, Sección 1ª, de fecha 08/08/2011 Recurso 1360/2010

Por el contrario, el propio Decreto que regula la esta figura, de trabajos en beneficio de la comunidad, ya contempla su compatibilidad y adecuación a las necesidades laborales del penado obligado a cumplir esta pena.

Siendo éste el interés expresado por el penado, y respondiendo igualmente esta pena a los fines de prevención especial que persigue la ejecución penal, procede acceder a la sustitución en la modalidad por éste interesada, por lo que, aplicando las reglas de conversión que contempla el art. 88 y concordantes del C.P ., el penado deberá cumplir 125 días de trabajos en beneficio de la comunidad(…).”

Y el siguiente que incide en la valoración de las circunstancias del penado para realizar los trabajos. AAP de Vitoria-Gasteiz de 20/11/2006[24]:

“(…) PRIMERO.- Se impugna el auto de instancia en cuanto declara la imposibilidad de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que había sustituido a la pena privativa de libertad. Considera los Servicios Sociales Penitenciarios deben buscar un centro donde poder cumplir los trabajos en beneficio de la comunidad y en caso contrario no puede sustituirse esa pena por la privativa de libertad. Añade que el centro Ibaiondo ofreció buscar medios de cumplimiento antes de proceder a le ejecución de la pena de prisión, pero el interesado ya no reside en ese centro al haber cumplido las medidas impuestas, por lo cual al no encontrarse interno en Zumarraga podría cumplir los trabajos en cualquier lugar de la Comunidad del País Vasco.

SEGUNDO.- Sentado que la pena de doce meses de multa, con una cuota de tres euros por día, no fue cumplida y en aplicación del art. 53 del Código Penal se impuso, auto de tres de marzo de 2006, la pena subsidiaria de seis meses de privación de libertad, y después, al no ser procedente la suspensión de la ejecución, esa pena fue sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad, como refiere el auto de ocho de septiembre (hecho Tercero), lo que se ajusta a las previsiones del citado art. 53, la resolución impugnada, en cuanto declara la imposibilidad, por falta de plazas, de ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad debe ser revocada, pues sin perjuicio de la acumulación y compatibilidad de otras medidas y superadas las dificultades derivadas de la residencia en régimen de internado en Zumarraga, Centro Ibaiondo, la posibilidad de cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad debe establecerse en la amplitud geográfica que permita la actual residencia del condenado y bajo los criterios de cumplimiento que pauten los correspondientes Servicios Penitenciarios, conforme a lo dispuesto en el Capítulo II del R.D. 515/2005, de 6 de mayo, cuyos arts. 3 y 4 establecen la obligación de la Administración penitenciaria de facilitar el trabajo en beneficio de la comunidad.

Con lo cual no puede renunciarse a la ejecución de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad ni reimponer la privativa de libertad, sin perjuicio de que en su caso la dilación de la ejecución por causas no imputables al condenando pueda dar lugar a la prescripción de la pena.

[24] AAP de Vitoria, Sección 1ª, de fecha 20/11/2006 Recurso 95/2006

> *TERCERO.- Por lo expuesto y razonado es procedente estimar el recurso, dejando sin efecto el pronunciamiento del auto de instancia referido a la imposibilidad de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (…)".*

Otras resoluciones, como AAP de Soria Sec.1ª de 17/05/13 [25] abogan que deba acudirse tan solo en última instancia a la revocación de los trabajos (lógicamente por la fecha de la resolución como pena sustitutiva) tras el intento insuficiente de las instituciones penitenciarias para adecuarlo a las circunstancias del reo, incluso en supuesto de limitaciones pisco-físicas, su realidad laboral, familiar, dependencia de terceras personas, ordenado su revisión y posibilidades antes de acudir al cumplimiento de prisión.

2. Como conclusión debemos apostar por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como una pena de futuro, esto es, como uno de los objetivos deseables para una sociedad con finalidades exclusivamente reinsertivas y dejando como solución residual la pena de prisión, reservada para aquellos casos donde la prevención especial prima de forma rotunda para la protección de la sociedad. Es decir, para casos de gravedad notable donde es la sociedad y los bienes jurídicos eminentemente personales, los que se hayan en manifiesto peligro (delitos violentos, organizados, torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, delitos contra la libertad sexual e integridad de los menores) para la sociedad y determinadas víctimas tributarias de necesaria protección hacia un tipo de agresión o determinados y concretos agresores, sin perder de vista la utilidad de los trabajos y la posible concreción expresa en la parte dispositiva de esos tipos penales, conjunto a la prisión, donde se impongan también programas formativos y una evolución positiva sobre los mismos, sin dejar a la suerte la reinserción del sujeto sometido al mero cumplimiento de una pena privativa de libertad (para algunos delitos, libertad sin garantías o, cuanto menos, sin internar una solución reinsertiva que si ofrecen los trabajos). Los TBC suponen una de las máximas expresiones conducentes a la función de reinserción, mandato constitucional del que huelga comentar el fracaso que la pena de prisión supone en este sentido y no dejando la solución educativa al residuo del cumplimiento de condiciones para progresar en el grado penitenciario o para acreditar condiciones de suspensión de las penas de escasa duración o sobre el tratamiento de la prisión permanente revisable. Debemos dejar de lado la visión utópica de extender los TBC a todos los delitos en un número máximo

[25] AAP Soria Sección 1ª, de 17/05/2013 recurso nº 39/13.

que las anteriores premisas lo permitan. La actual definición de trabajos en beneficio de la comunidad contiene complementos educativos, formativos, talleres que, a través del consentimiento del penado que se impone con la realización de TBC, le conduce penado a su sometimiento (voluntario); al cumplimiento de una pena que le reeduca o, cuanto menos, les/nos resulta útil para la llamada prevención general positiva [26] que también persigue la norma penal. Difícil es lograr el sometimiento del penado a un plan formativo conjunto a la pena de prisión puesto que con el cumplimiento de la pena privativa de libertad el condenado cumple con el castigo impuesto y no se prevé la imposición de ambas penas simultáneamente (como sí ocurre con la prisión y la multa –delitos contra la salud pública y contra la hacienda pública como paradigmas-) de dudosa eficacia por la habitual cuantía de las mismas (hasta el cuádruplo del valor o las cantidades defraudadas) que hacen optar al penado por la responsabilidad personal subsidiaria, de escasa consecuencia reinsertiva, obviando así semejantes esfuerzos económicos.

La práctica diaria en los Juzgados Penales y en la ejecución de las penas lleva a toparnos en muchas ocasiones con el fracaso de esta herramienta por la falta de previsibilidad o empeño de los diferentes operadores jurídicos. En muchas ocasiones el plan de ejecución de los trabajos se ve frustrado por informes de los Servicios de Medidas Alternativas, encargados de confeccionar el plan de cumplimiento adecuado al penado y de conformidad con el Artículo 49 del Código Penal y el Reglamento 840/2011 antes revisado, por el mero hecho de que el penado ha ingresado en prisión por otra condena. En numerosas ocasiones es el propio órgano enjuiciador el que no opta por la pena de trabajos (cuando ésta es alternativa a la de prisión) tan solo por el hecho de que el penado ya se encuentra (o es previsible) cumpliendo condena y partiendo de una incompatibilidad de ambas penas que no debería resultar de aplicación automática. En ocasiones se resuelve por el Juez de Vigilancia Penitenciaria que la realización de trabajos deviene incompatible con el plan de cumplimiento concertado con el penado porque ha ingresado en prisión. En éste trasiego, del que ya hemos tratado, el competente para decidir es el juez sentenciador, sin perjuicio de ser revisado en segunda instancia por la Audiencia Provincial, puede declararse la prescripción de la pena de trabajos, cuando ésta es leve o, sencillamente, se deja en suspenso por estimarla incompatible en su cumplimiento, hasta la terminación de la pena de prisión que, en

[26] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Parte General de Derecho Penal. Aranzadi, p. 562.

ocasiones, lleva también a la prescripción de la pena, incluso aun cuando se trate de una pena menos grave (5 años). De esta manera se pierde la oportunidad de la realización de dicha posibilidad que no se reduce a la prestación de servicios, sino que puede ser propuesta, modificada y reconducida, tras resolución del juez, a otro tipo de actividad formativa, labores de reparación del daño causado, programas reeducativos, talleres cursos de educación vial o sexual, sobre los que no deberían existir obstáculos para realizaros en el centro penitenciario o, en su caso, habilitar el traslado del penado al centro donde se realicen. En la misma medida, si bien ello puede colisionar con los recursos de los servicios penitenciarios, debería dotarse de medios para que, contando con la vigilancia por los Cuerpos de Seguridad del Estado, los condenados a penas de prisión pudieren llevar a cabo servicios o trabajos fuera del establecimiento penitenciario, cumpliendo así los objetivos de reparación con las víctimas de delitos de la naturaleza con los que guarda identidad la condena y contribuyendo con ello, no sólo a la progresión en grado del reo, sino al objetivo de reinserción. La inversión y el intento merecen la pena.

* * * * * *

Ildefonso Manuel Gómez Padilla

Abogado en ejercicio. Doctorando. Tri-master en derecho deportivo. Máster en Criminalística y Criminología. Ex-magistrado suplente. Socio de la FICP.

~40 años de existencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria~

Resumen.- Con este trabajo, se pretende hacer un breve análisis, al tiempo que un reconocimiento a la algo desconocida figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP) con vida paralela a los 40 años de la existencia de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. Se trata de un Órgano Judicial unipersonal especializado integrado en el orden jurisdiccional penal, con funciones de vigilancia, decisorias y consultivas, encargado de la ejecución de las penas privativas de libertad, de acuerdo con el principio de legalidad, y que tiene a su cargo la fiscalización de la actividad penitenciaria, garantizando los derechos de todos los reclusos, cualquiera que sea su situación, y corrigiendo los posibles abusos y desviaciones que puedan producirse por la Administración con respecto a los mismos, en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario. Para concluir se hará una breve reseña de la figura a nivel de derecho comparado internacional.

Palabras clave.- Juez de Vigilancia Penitenciaria, Ley General Penitenciaria, principio legalidad.

I. ANTECEDENTES.

Siguiendo al profesor BENÍTEZ YÉBENES[1]: "el Juez de Vigilancia Penitenciaria debe ser considerado como un producto de la evolución jurídico-social experimentada en Occidente desde la segunda mitad del siglo XVIII, y que llega hasta nuestros días como consecuencia del reconocimiento y respeto de los derechos humanos."

Remontándonos en la historia de nuestro derecho, podemos hacer mención de la Real Pragmática de los Reyes Católicos, incluida en la Novísima Recopilación, Libro XII, Título XXXIX, que atribuía a los jueces una función inspectora, referida a las visitas a las prisiones.

Señala BENÍTEZ YÉBENES[2] que en el año de 1480, los Reyes Católicos mandaron y ordenaron "*que el sábado de cada semana dos de nuestro Consejo vayan a las nuestras cárceles, a entender y ver los procesos de los presos que en ellas penden, así civiles como criminales, juntamente con nuestros Alcaides; y sepan la razón de todos ellos, y hagan justicia brevemente, y se informen particularmente del tratamiento que se hace a los presos; y no den lugar en su presencia sean maltratados por los Alcaides; y que la relación de los delitos la haga el Relator o el Escribano, y no los Alcaides, sino cuando se la pidieren los del Consejo. Y mandamos que uno de los que visitaren la semana*

[1] BENITEZ YEBENES, J.F. Orígenes de la figura del juez de ejecución de penas o de vigilancia penitenciaria, pp. 41-96. Link: http://vlex.com/vid/origenes-figura-juez-ejecucion-752975597

[2] BENÍTEZ YÉBENES, J.R.: El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Marco Normativo, pp. 97-192. http://vlex.com/vid/juez-vigilancia-penitenciaria-espanol-752975705

pasada, vaya la siguiente con otro; y así por su orden se hagan continuamente las dichas visitas".

Pese a esta previsión, y aunque teóricamente los jueces tuvieran la posibilidad de visitar e inspeccionar las cárceles, esa era una actividad no reglada y no ejercida en la práctica, de tal modo que una vez dictada la correspondiente sentencia de condena, y entregado el penado a las autoridades encargadas de ejecutar materialmente la pena privativa de libertad, tales autoridades eran las encargadas de dicha ejecución sin ninguna intervención judicial posterior.

En la segunda mitad del S.XVIII nace el Derecho Penal, con matices, como se conoce en la actualidad y en contraposición a la crueldad e inseguridad reinante hasta entonces a la hora de castigar al reo de un delito, desde la ley del Talion, "ojo por ojo, diente por diente". A lo largo del S. XIX con la codificación, la dispersión y amalgama de disposiciones y normas jurídicas, se terminan y se adentran en la unificación de leyes penales, y la defensa de las garantías individuales, tanto a nivel procesal como Penal sustantivo. Paralelamente, van surgiendo diferentes ciencias, integradas o desgajadas del Derecho Penal, según teorías, a las que no nos vamos a referir por no ser objeto de la presente comunicación, de la que debemos destacar el **Derecho Penitenciario** por ser tema a colación con el tema expuesto. A partir de la Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834 y la Ley de Prisiones de 1849, las cárceles que antes dependían de la Administración militar, ahora pasaron a depender de la civil; en un primer momento del Ministerio de Fomento, luego del de Gobernación, y después, a partir de 1887, del Ministerio de Justicia. Posteriormente, en el año 1996, las competencias en Asuntos Penitenciarios pasaron a depender del Ministerio del Interior.

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER[3] señala que el Derecho Penitenciario surge como disciplina autónoma a principios del siglo XIX, y se define en la Enciclopedia de Ciencias Penales como aquella ciencia que se ocupa de la ejecución de penas y medidas, en principio privativas de libertad, basando su autonomía en tres ámbitos: fuentes, objeto y autonomía jurisdiccional y sus fuentes en: la Constitución, el Código Penal, la Ley Orgánica General Penitenciaria (en lo sucesivo LOGP), el Reglamento Penitenciario y las ordenes y circulares de la Secretaria General de Instituciones

[3] GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, Esther; Autonomía del Derecho Penitenciario. Principios informadores de la LOPJ, en Derecho Penitenciario, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid 1995, p. 75.

Penitenciarias.

La autonomía jurisdiccional viene representada por la creación de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria y del Derecho Penitenciario actual y originario del S. XIX que tiene como consecuencia la judicialización de la ejecución de las penas privativas de libertad. Al tiempo, que se puede afirmar la existencia de un Derecho Procesal Penitenciario, distinto del Derecho Procesal Penal, que se utiliza como herramienta por el Juez de Vigilancia para la aplicación del Derecho Penitenciario.

Originariamente, la ejecución de la pena, una vez que el Juez sentenciador emitía su resolución y condenaba a una pena privativa de libertad, quedaba en manos de órganos administrativos con el peligro que conllevaba en su correcta aplicación, incurriéndose en multitud de ocasiones en irregularidades y discriminaciones. Señala LUZÓN CUESTA[4] que el tema del control judicial fue abordado en el Congreso Internacional Penal y Penitenciario de Berlín de 1936, que adoptó un voto favorable a la creación del juez de ejecución de penas, y que, si bien las Reglas Mínimas de Ginebra no se refieren a esta figura, sí que se refieren a la figura del juez de vigilancia las Reglas del Consejo de Europa de 1973, concretamente su regla 56-2. Señala este mismo autor que QUINTANO propugnaba, en 1966, en la segunda edición de sus "Comentarios al Código Penal", la necesidad de creación de Jueces dedicados a la ejecución de las pena, ya que "la intervención judicial presente no pasa de ser un formulismo de problemática eficacia."

No es hasta 1955, a nivel internacional, en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento de los Reclusos, con la elaboración de las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos" y que son aprobadas por el Consejo de las Naciones Unidas en Resolución 663 C I (XXIV) de 31 de julio de 1957, donde se asienta el control sobre la ejecución de las penas, al tiempo que se procura una mayor protección de los derechos humanos. Igualmente, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, fechado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, ratificado por España, y que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

[4] LUZÓN CUESTA J. Mª. Compendio de Derecho Penal. Parte General, 9ª ed., Dykinson S.L., Madrid, 1997, p. 298.

II. EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA.

1. Concepto.

No existe una definición clara en la doctrina de lo que es el Juez de vigilancia penitenciaria.

Se creo mediante la LOGP, un órgano judicial relativamente nuevo, pero incompleto en cuanto a sus funciones, y comparado con otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Es incompleto en primer lugar, puesto que no existe en nuestro país en verdadero derecho de ejecución penal.

En segundo lugar, porque su regulación jurídica resulta dispersa e incompleta. Teniendo que ir a distintos artículos de distintas normas de rango de Ley y reglamentarias.

Procesalmente tampoco está claro donde empiezan las competencias de este órgano judicial y donde acaba el principio de autotutela de las decisiones de las administraciones públicas. En este caso la Administración penitenciaria.

En definitiva, si se puede afirmar con rotundidad que se trata de un Órgano Judicial unipersonal especializado integrado en el orden jurisdiccional penal, con funciones de vigilancia, decisorias y consultivas, encargado de la ejecución de las penas privativas de libertad, de acuerdo con el principio de legalidad, y que tiene a su cargo la fiscalización de la actividad penitenciaria, garantizando los derechos de todos los reclusos, cualquiera que sea su situación, y corrigiendo los posibles abusos y desviaciones que puedan producirse por la Administración con respecto a los mismos, en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario.

2. Fuentes del derecho procesal penitenciario.

Conforme señala BENÍTEZ YÉBENES[5] las fuentes del derecho, como forma mediante la que las normas jurídicas se manifiestan, es la acepción que se corresponde con el concepto legal que se desprende del contenido del artículo 1.1 del Código Civil. De tal modo que podemos decir que son fuentes del Derecho Procesal Penitenciario el conjunto de normas que se integran en esta rama jurídica.

[5] BENÍTEZ YÉBENES, JR.: El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Marco Normativo, pp. 97-192. http://vlex.com/vid/juez-vigilancia-penitenciaria-espanol-752975705

Por tanto, constituyen fuente del Derecho Procesal Penitenciario, en las cuestiones de organización de los tribunales, las normas contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), la Ley de Demarcación y Planta (LDP), y los Acuerdos gubernativos del Consejo General del Poder Judicial.

En lo relativo a los procedimientos de actuación integrando el Derecho Procesal Penitenciario se incluye: La Disposición Transitoria Primera de la LOP en remisión a la LECRIM. La Disposición Adicional Quinta de la LOPJ para los recursos. El Código Penal (CP) aplicación del régimen general de cumplimiento art. 36 CP, abono de prisión preventiva en causa distinta art. 58 CP, suspensión de la ejecución de la pena por trastorno mental grave que impida al penado conocer el sentido de la pena art. 60 CP, libertad condicional arts. 90 a 93 y medidas de seguridad arts. 98, 105 y 106 CP).

Además, también podemos incluir en este apartado de fuentes, el Reglamento Penitenciario y el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, (por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas), en la medida en que en ambas disposiciones reglamentarias se contienen referencias concretas sobre alguna actuación que debe realizar el Juez de Vigilancia.

Aparte, a los Jueces de Vigilancia no les queda más remedio que acudir a las normas, principios, y preceptos procesales de carácter general contenidos en distintas leyes a fin de colmar las lagunas procesales a las que tienen que enfrentarse en el desempeño de su función.

Destacar, el art. 24 CE, en cuanto consagra una serie de derechos fundamentales para la protección judicial de los derechos que son aplicables a todos los órdenes jurisdiccionales. El Libro III, "Del Régimen de los Juzgados y Tribunales" arts. 179 a 297 LOPJ. Las disposiciones y principios generales del proceso penal contenidos en la LECRIM. Y los principios procesales generales de la LEC, de manera supletoria.

Igualmente se ha de tener en consideración la doctrina del Tribunal Constitucional, emanada de las resoluciones dictadas por este Supremo Interprete de la Constitución en los asuntos de su competencia sobre materia penitenciaria; así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo (tras la modificación de la Disp. Adic. 5ª de la

LOPJ, que estableció el recurso de casación para unificación de doctrina en esta materia).

Finalmente el "usus fori", integrado por esas costumbres o maneras de proceder o actuar como consecuencia de la imaginación, inventiva, o bien criterio de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, siguiendo su propio criterio o las pautas marcadas originariamente en las Prevenciones de la Presidencia del Tribunal Supremo, y posteriormente en los Criterios Refundidos de Actuación aprobados por dichos Jueces en las distintas reuniones que han ido celebrando.

3. Funciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Los jueces de vigilancia penitenciaria, tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley.

La destacada misión que los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria desempeñan en nuestro sistema penitenciario tiene su cobertura en el art. 76 LOGP que les atribuye las siguientes **funciones generales:**

1) **Hacer cumplir la pena** impuesta.
2) **Resolver los recursos** referentes a las **modificaciones** que pueda experimentar **la pena** con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos.
3) Salvaguarda de los **derechos de los internos**.
4) **Corregir los abusos y desviaciones** que en el cumplimiento de los preceptos **del régimen penitenciario** puedan producirse.

Concretamente, y **como desarrollo de las referidas funciones generales**, corresponde a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria el ejercicio de las siguientes funciones:

1) Adoptar todas las **decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a**

cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

2) **Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan**.

3) **Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios** que puedan suponer acortamiento de la condena.

4) **Aprobar las sanciones de aislamiento en celda** de duración superior a catorce días.

5) Resolver por vía de recurso las **reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.**

6) **Resolver** los **recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado** conforme a los estudios de los equipos de observación y de tratamiento y en su caso de la central de observación.

7) Acordar lo que proceda sobre las **peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario** en cuanto afecte a los **derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios** de aquéllos.

8) Realizar las **visitas a los establecimientos penitenciarios** que prevé la LECRIM., pudiendo el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria recabar, para el ejercicio de dicha función, el auxilio judicial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que radique el establecimiento que ha de ser visitado.

9) **Autorizar permisos de salida** cuya **duración sea superior a dos días,** excepto de los clasificados en tercer grado.

10) **Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos** a propuesta del director del establecimiento.

4. Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

a) Competencias en general: El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos, salvaguardar

los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

b) Competencias especificas:

1) Adoptar todas la decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

2) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

3) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.

4) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días. La aprobación de la sanción o sanciones de aislamiento en celda cuya duración acumulada exceda de 14 días sin rebasar los 42, compete al Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente al Centro penitenciario en que vaya a cumplirse la sanción, con independencia de cuál sea el Establecimiento que hubiera dictado el acuerdo sancionador.

5) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.

6) Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.

7) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a lo derechos fundamentales o a los derechos y beneficio penitenciarios de aquéllos. La competencia para conocer de las quejas de los internos por pérdida, extravío o deterioro de sus objetos o enseres personales durante el traslado, o por no haberse recibido en el Centro penitenciario de destino alguno o algunos de dichos objetos, retenidos en el Centro de procedencia, o en solicitud de devolución de los gastos del transporte de aquéllos cuando ya han sido cargados en la cuenta de peculio del recluso, corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria bajo cuya jurisdicción se encuentre el Centro de procedencia.

8) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria recabar para el ejercicio de dicha función el auxilio judicial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que radique el establecimiento que ha de ser visitado.

9) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado:

- Salida por tratamiento médico: La autorización para un tratamiento médico forzoso sobre persona privada de libertad en los supuestos legales es competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, salvo en los casos de urgencia en los que el Juez de Vigilancia no pudiera ser habido, en los que la competencia corresponderá al Juez de Guardia. Dicho Juez será competente para la autorización de todas las salidas terapéuticas que se propongan durante todo el tiempo que dure el internamiento.

10) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento.

Dentro de la **atribución específica** de competencias que la LOGP otorga a estos Juzgados, el art. 77 LOGP los **faculta,** así mismo, para **dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias** para formular **propuestas referentes**:

- A la **organización y desarrollo de los servicios de vigilancia.**
- A la **ordenación de la convivencia interior** en los establecimientos.
- A **la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa**.
- A las **actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto**, en general.

Con arreglo al **Código Penal,** es competencia de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria:

- Formular las **propuestas de cese, sustitución o suspenso de las medidas de seguridad**, art. 97 y 98 CP.
- **Informar al órgano sentenciador** sobre el cumplimiento de reglas impuestas, Art. 105 CP.
- **Control de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad**, Art. 49 CP.

- **Aplicación régimen general** de cumplimiento a penados, Art. 78 CP.

Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria ostentan, en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la UE, la competencia que les reconoce la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, en los Capítulos I a III del Título III de la misma.

En concreto su art. 64 determina:

- Competencia de los **Juzgados de Vigilancia Penitenciaria** para **transmitir** una **resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad**, salvo que no se haya dado inicio al cumplimiento de la condena, en cuyo caso será autoridad competente el tribunal que hubiera dictado la sentencia en primera instancia.
- **Competencia del Juez Central de Vigilancia Penitenciaria** para llevar a cabo la **ejecución de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad,** salvo cuando la resolución se refiera a una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor, en cuyo caso corresponderá al Juez Central de Menores.

c) Competencia en relación con la expulsión de extranjeros: Se entiende que las competencias que el artículo 89 del Código penal otorga al órgano sentenciador impiden que el Juez de Vigilancia Penitenciaria pueda acordar la expulsión como medida adoptada al conceder la libertad condicional.

d) Delimitación de competencia entre Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Jueces o Tribunales sentenciadores sobre prisión preventiva sufrida en otras causas: En términos genérales, la competencia objetiva para conocer y/o, en su caso, acordar el abono a las causas en cumplimiento de períodos de la prisión provisional sufrida en otras causas, bien por haber recaído sentencia absolutoria, bien por exceder la prisión provisional de la duración de la condena impuesta, corresponderá al Juez de Vigilancia Penitenciaria de quien dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado. El abono será acordado de oficio o a petición del penado, previa comprobación de que la prisión preventiva no ha sido abonada en otra causa y audiencia del Ministerio Fiscal.

Mas concretamente, la relación de competencias que la LOGP, la LOPJ y el Código Penal atribuye a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria no equipara sus funciones a las que ostentan los Jueces y Tribunales sentenciadores, originándose entre

ambos órganos jurisdiccionales diversos conflictos de competencia de solución compleja, incrementados por la carencia de normas específicas en materia penitenciaria y dispersión de las existentes. Algunos ejemplos de estos conflictos son los siguientes:

1) Conflictos de competencia para resolver sobre la anulación o revocación del licenciamiento definitivo de una causa, aprobado por el Juzgado o Tribunal sentenciador.

Los arts. 17.3 LOGP y 242 RGP, atribuyen al Tribunal sentenciador la competencia exclusiva para aprobar la libertad definitiva de un penado.

Por otro lado, corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, de acuerdo con lo ordenado en el art. 76.2.g) LOGP, resolver las peticiones o quejas que les dirijan los internos en solicitud de anulación de las propuestas de licenciamiento definitivo de una causa ya licenciada, para su refundición con otra u otras causas que estén cumpliéndose.

Al mismo tiempo, los Juzgados o Tribunales sentenciadores tienen competencia para decidir sobre la anulación o revocación de dicho licenciamiento, con iguales fines, cuando la proponga el Centro penitenciario, aplicando los criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Supremo.

Esto origina un conflicto de competencias de muy difícil solución salvo que se atribuya a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria competencias para aprobar la libertad definitiva.

2) Conflicto de competencia en materia de abono de prisión preventiva sufrida en otras causas.

La competencia objetiva para conocer y acordar el abono a las causas en cumplimiento, de períodos de prisión preventiva sufrida en otras causas, bien por haber recaído sentencia absolutoria, bien por exceder la prisión provisional de la duración de la condena impuesta, corresponderá al Juez de Vigilancia Penitenciaria de quien dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, por ser una cuestión que afecta directamente a la ejecución de la pena, atribuida al Juez de Vigilancia en virtud de la cláusula genérica del art. 76.2.a) LOGP, y del Auto dictado por el Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1991, en resolución de una cuestión de competencia surgida sobre este particular.

3) Conflicto de competencias en relación con las comunicaciones orales y escritas de los presos preventivos.

La competencia para el conocimiento y resolución de las cuestiones o pretensiones que se susciten en relación con la intervención, suspensión, restricción o prohibición de las comunicaciones orales y escritas de los internos, ingresados como detenidos o presos preventivos en un determinado establecimiento penitenciario, cuando aquéllas se acuerden al amparo de lo previsto en el art. 51 LOGP (sobre comunicaciones y visitas), corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria y no al Juez instructor o Tribunal a cuya disposición se encuentre, en base a doctrina jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo en los Autos de 16 de Noviembre y 10 de Diciembre de 1999 y 29 de marzo de 2000, así como en el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de Marzo de 1998.

e) ***El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria:*** El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria es competente para conocer de todos los asuntos penitenciarios relativos a internos, penados o preventivos, que tengan algún asunto pendiente competencia de la Audiencia Nacional, incluyendo los procedimientos de extradición pasiva y euro-orden.

5. Regulación. La materia penitenciaria carece de un procedimiento autónomo, así como de un orden jurisdiccional propio, siendo así que los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria están integrados en el orden jurisdiccional penal, conforme previene el art. 94 LOPJ y el cargo de Juez de Vigilancia es compatible con el desempeño de otro cargo dentro de un órgano de dicho ámbito. Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se encuentran regulados en dos leyes fundamentalmente:

a) Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) LO 1/1979, de 26 de septiembre, que delimita sus atribuciones y radicación de los mismos.

b) Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), LO 6/1985, de 1 de julio, Arts. 94 y Disposición adicional 5ª LOPJ, según nueva redacción dada por Ley Orgánica 7/2003, de 30 de Junio.

Además, son relevantes las normas siguientes:

c) Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, donde se regula la intervención del Juez de Vigilancia en numerosos artículos.

d) Arts. 526, 985, 987, 990 LECRIM y concordantes, a los que remite el art. 78 y DT 1ª LOGP.

e) Código Penal, en sus Arts. 36, 49, 58, 60, 78, 78 bis, 90 a 92, 96, 98, 105 y 106.

f) Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

6. Demarcación y atribuciones.

Según lo dispuesto en el art. 94 LOPJ, dentro del orden jurisdiccional penal los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria estarán distribuidos del modo siguiente:

a) Juzgados de Vigilancia Penitenciaria Provinciales. En cada provincia habrá uno o varios Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que ostentarán las funciones jurisdiccionales siguientes:

1) Las **previstas en la LOGP** en materia de **ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad**.

2) **Emisión de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea** que les atribuya la ley.

3) **Control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias**.

4) **Amparo de los derechos y beneficios de los internos** en los distintos establecimientos penitenciarios.

5) **Demás que señale la Ley.**

b) Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de las Comunidades Autónomas. Podrán establecerse Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que extiendan su jurisdicción a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma.

En principio, la demarcación de los JVP es provincial pero está condicionada por la distribución de los centros penitenciarios y por el número de personas que permanecen ingresadas en ellos, lo que hace que sea frecuente que estos Juzgados tengan demarcaciones que comprenden varias provincias, siempre dentro de la misma Comunidad Autónoma, como exigencia derivada del art. 152 CE.

c) Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de demarcación menor de la provincia. Podrán crearse Juzgados de Vigilancia Penitenciaria cuya jurisdicción no se extienda a toda una provincia.

d) Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria. Habrá uno o varios Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria, con sede en Madrid, y jurisdicción en toda España, cuyas **funciones jurisdiccionales** son:

> ***1)*** Las **previstas en la LOGP** en relación con los **delitos** que sean **competencia de la Audiencia Nacional**.
>
> ***2)*** Competencia **preferente y excluyente** cuando el **penado cumpla también otras condenas** que **no** hubiesen sido **impuestas por la Audiencia Nacional.** Es decir, ejercen "vis atractiva" cuando el penado pueda estar cumpliendo condena por sentencias dictadas por otros Tribunales del orden penal además de la impuesta por la Audiencia Nacional.
>
> ***3)*** **Ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea** que les atribuya la ley.
>
> ***4)*** **Demás funciones que señale la ley** en relación con los **delitos competencia de la Audiencia Nacional.**

7. Estatuto personal de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

a) Compatibilidad de ejercicio de función jurisdiccional sentenciadora y de vigilancia penitenciaria. La función de Juez de Vigilancia puede desempeñarse por un Juez que sea titular de un Órgano jurisdiccional penal, dando lugar a una compatibilidad de ejercicio entre la función penal, generalmente sentenciadora, y la de vigilancia penitenciaria, a las que se hace referencia en el art. 18 Ley 38/1988, de 28 de diciembre de Demarcación y de Planta Judicial y art.12 de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las Carreras Judicial y Fiscal. Y estas circunstancias se dan, efectivamente, en determinados Juzgados de Vigilancia en régimen de compatibilidad.

b) Provisión de plazas de JVP. Los concursos para la provisión de plazas de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se resolverán a favor de quienes vengan prestando servicios en el Orden jurisdiccional penal durante los ocho años inmediatamente anteriores a la fecha de la convocatoria y, en defecto de este criterio, en favor de quien

ostente mejor puesto en el escalafón de la Carrera Judicial, según establece el art. 329 LOPJ.

8. Recursos contra las resoluciones de los JVP.

El régimen de recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria contemplado en la Disposición adicional 5ª de la LOPJ, establece los siguientes:

a) ***Recurso de reforma***. Se podrá interponer contra todos **los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria.**

b) ***Recurso de apelación y queja***. El Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional podrán interponer recurso de apelación, y en caso de denegación de éste, recurso de queja, contra las **resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria** dictadas con relación a las siguientes materias:

1) ***Ejecución de penas,*** excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado. Se interpondrá ante el tribunal sentenciador.

En el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios juzgados o tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar.

2) ***Régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior***, siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario.

3) ***Recurso de apelación y queja contra resoluciones dictadas por un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria***. Será competente la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para conocer de los recursos de apelación y queja interpuestos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria, tanto en materia de

ejecución de penas como de régimen penitenciario y demás materias, siempre que no se haya dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa.

c) ***Recurso de casación por infracción de Ley.*** Contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación, cabrá recurso de casación por infracción de ley ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que se sustanciará conforme a lo prevenido en la LECRIM.

d) ***Recurso de casación para la unificación de doctrina.*** Se interpondrá por el Ministerio Fiscal o la defensa del penado, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, contra los autos de las Audiencias Provinciales y de la Audiencia Nacional resolviendo recursos de apelación contra resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, que no sean susceptibles de casación ordinaria.

e) ***Recurso de amparo,*** ante el Tribunal Constitucional, en caso de vulneración de derechos fundamentales.

f) ***Interposición de recursos por la víctima.*** El art. 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, regula la posibilidad de la víctima de interponer determinados recursos contra algunas resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

III. BREVE ALUSIÓN AL DERECHO COMPARADO.

Hay que partir de la base de que Europa es la zona del mundo donde se ha experimentado mayor evolución jurídica sobre la figura del JVP, también conocido como Juez de Ejecución de Penas. La figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria o Juez de Ejecución de Penas, no ha tenido una unánime acogida en el viejo continente. Así, por lo general en los países escandinavos y en aquellos propios del derecho anglosajón, esta institución no ha tenido la acogida o implantación que ha merecido en los demás países mediterráneos y de derecho latino. No obstante, también es una figura extendida en Iberoamérica y de hecho fue Brasil el primer país en establecer en el año 1992 la figura que allí se denomino "Juez de Ejecución Penal".

1. Italia.

Primer país Europeo en adoptar esta figura. Aparece en el derecho italiano en su Código Penal de 1930 con amplias funciones decisorias sobre ejecución de la pena y

consultivas a efectos de concesión de beneficios penitenciarios. Pero no fue hasta 1975 con una reforma penitenciaria cuando se judicializa y se desecha la vía administrativa. Coexisten dos tipos de órganos judiciales, uno unipersonal y otro colegiado.

2. Francia.

Aparece esta figura en el Código de Procedimiento penal de 1958 con altibajos en su consideración, siendo en 1983 cuando vuelve a resurgir y ya en 2004, a diferencia del derecho Español, se incluye esta figura en el Código Procesal Penal, regulando los órganos judiciales encargados de la ejecución de las penas y el procedimiento a seguir. Se contemplan dos órganos de primer grado, el juez de aplicación de penas y el tribunal de aplicación de penas. En grado de apelación existen igualmente dos órganos. Destaca la estrecha relación entre juez, tribunal y la Administración penitenciaria.

3. Portugal.

Gran influencia de la legislación brasileña por sus estrechos lazos, lo que provoca la aparición de esta figura en el año 1976 a través de los Tribunales de Ejecución de Penas. Dicha regulación ha sido bastante longeva, hasta la actual regulación con la Ley nº 115/2009 de 12 de octubre, que aprobó el Código de Ejecución de las Penas y Medidas Privativas de Libertad cuya entrada en vigor tiene lugar en abril de 2010. Se compone de dos Libros, el Primero "De la Ejecución de las penas y medidas privativas de libertad" (de contenido similar a la LOGP española), y el Segundo lleva por título "Del Proceso ante el tribunal de ejecución de penas" (diferente a nuestra LOGP).

4. Polonia.

La figura del juez de vigilancia penitenciaria fue introducida en Polonia por el Código Penal Ejecutivo polaco que entró en vigor el uno de enero de 1970, atribuyendo al juez penitenciario la función de vigilar la legalidad y el desarrollo normal de la ejecución de las penas.

Actualmente, la institución judicial de vigilancia penitenciaria está regulada por la Ley de 27-7-2001 sobre la Constitución de tribunales ordinarios y en el marco de sus facultades, los jueces de vigilancia penitenciaria y los fiscales supervisan la ejecución de la pena privativa de libertad y de la detención preventiva, así como el respeto de los derechos y obligaciones de las personas privadas de libertad.

5. Alemania.

Aquí no existe figura similar al resto de países europeos analizados. El Código alemán de Procedimiento Penal regula la ejecución de la sentencia. Así, una vez recaída sentencia firme de condena, la ejecución de la misma se encomienda al Ministerio Público, con la supervisión de la Sala (Cámara) de lo Penal con jurisdicción en esta materia de ejecución. Tratándose de penas privativas de libertad, la Administración conserva la responsabilidad ejecutiva, existiendo determinados Consejos y Comisiones que son los órganos encargados del control penitenciario en el ámbito administrativo. No obstante, la Ley alemana sobre Ejecución de la Pena establece la posibilidad de que los reclusos que se consideren perjudicados en sus derechos puedan recurrir contra las decisiones y acciones del director del establecimiento penitenciario, ante la Cámara de ejecución de la condena.

6. Hungría.

En 2003 se introduce la figura del juez de ejecución de penas, pero no como juez de vigilancia penitenciaria; de tal manera que su misión se centra fundamentalmente en la ejecución de las sentencias dictadas por otros tribunales, siendo competencia administrativa todo lo relativo a la ejecución penitenciaria de las condenas.

7. Luxemburgo.

En este país no existe la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria o de Ejecución de Penas. En Luxemburgo, la ejecución de penas y el tratamiento penológico de los penados es, entre otros asuntos, competencia del Fiscal General del Estado.

8. República Checa.

Tampoco hay una figura similar el Juez de Ejecución de Penas o Juez de Vigilancia Penitenciaria. Las penas de los condenados son "vigiladas" por los denominados "Procuradores de Estado" de la Región correspondiente.

9. República de Lituania.

Tampoco existe la institución del Juez de Vigilancia Penitenciaria o Juez de Ejecución de Penas. Normalmente la funciones que en España y otros países desempeña este órgano jurisdiccional, en Lituania corresponden al Departamento de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia, al que están subordinados todos los centros penitenciarios.

En el entorno de los **países iberoamericanos**:

10. Brasil

Como señalo inicialmente fue este país, el primer país en establecer, en el año 1922, la figura del "Juez de Ejecución Penal. Las facultades que se otorgaron a este Juez fueron muy amplias, pues no se limitaban solamente al control de la ejecución penal, en el sentido de desarrollar y materializar el contenido del fallo de la sentencia condenatoria, sino que además se extendían a la posibilidad de cursar instrucciones y órdenes generales a los responsables de la Administración; por lo que de este modo también ejercían un control sobre los órganos administrativos encargados de los establecimientos penitenciarios y ejecución de las penas.

Además, no actúa solo, sino que lo hace en colaboración con otros órganos, destacando el Consejo Penitenciario, aunque le acompañan muchos otros: El Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria; El Ministerio Público; Los Departamentos Penitenciarios; El Patronato; y El Consejo de Comunidad.

11. Argentina

Incorporo el Juez de Ejecución en la jurisdicción federal a partir de la reforma de 1992. El Juez de Ejecución Argentino tiene una amplia competencia pues controla el respeto de todas las garantías constitucionales en el trato otorgado a los condenados, presos y personas sometidas a medidas de seguridad; supervisa el cumplimiento por el imputado de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de suspensión del procedimiento de prueba; le compete el control del efectivo cumplimiento de las sentencias condenatorias dictadas por el Poder Judicial de la Nación, la resolución de todos los incidentes que se susciten en dicho período y finalmente, la colaboración en la reinserción social de los liberados.

12. Venezuela.

Hasta el año 1998, no existía la figura del Juez de Ejecución Penal. Con la entrada en vigor del Código Orgánico Procesal Penal venezolano se introduce la fase de "Ejecución de la Sentencia". En este sentido, a partir del mes de julio de 1999 la ejecución de las penas tendrá doble naturaleza: jurisdiccional y administrativa, puesto que las incidencias de la ejecución son una actividad procesal, mientras que la ejecución material de las penas continúa como una actividad administrativa. Dentro de las principales funciones otorgadas en el Código Orgánico Procesal Penal al Juez de

Ejecución venezolano están las siguientes: La ejecución de penas y medidas de seguridad impuestas mediante sentencia firme; decidir todo lo relacionado con la libertad del penado: rebaja de penas, suspensión condicional de la ejecución de la pena, redención de la pena por el trabajo y el estudio, libertad condicional, permisos de salida, extinción de la pena; determinar el lugar y condiciones en que se debe cumplir la pena o medidas de seguridad; acumular las penas en caso de varias sentencias condenatorias dictadas en procesos distintos contra la misma persona; controlar la legalidad del Régimen Penitenciario mediante inspecciones y otras vías; practicar el cómputo y determinar así la fecha exacta de finalización de la condena; la introducción de la figura del Juez de Ejecución Penal, con el nuevo Código Orgánico Procesal Penal, y la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Régimen Penitenciario constituyen sin duda alguna un avance e innovación en materia penal, conduciendo a cambios en el Sistema Penitenciario Venezolano.

13. República Dominicana.

El Juez de la Ejecución de la Pena es una figura totalmente nueva, su creación fue dispuesta por la Ley 76-02, que contiene el Código Procesal Penal, que fue implementado en el año 2004; pero fue en Abril del año 2005 cuando fueron designados los Jueces de la Ejecución de la Pena, teniendo bajo su responsabilidad la ejecución de las sentencias condenatorias que hayan adquirido la autoridad de cosa irrevocablemente juzgada, dictadas por los tribunales del Departamento Judicial, y en el ámbito de la Supervisión y Control de la Autoridad Penitenciaria, tiene a su cargo la vigilancia de los Centros de Corrección y penitenciarías que se encuentran en el Departamento Judicial donde ejerce sus funciones. El Juez de la Ejecución de la Pena tiene la principal atribución de "Garantizar a los condenados el goce de los derechos humanos fundamentales y de las garantías reconocidas por la Constitución, los Tratados Internacionales, las Leyes y el Código Procesal Penal".

IV. CONCLUSIONES.

Dentro del contexto internacional en general, y especialmente del panorama europeo, la legislación penitenciaria española, tras la entrada en vigor de la LOGP se caracteriza por el equilibrio entre el respeto de los derechos de los internos y las necesidades de mantener el buen orden y la seguridad en los establecimientos penitenciarios, todo ello en orden a la reeducación y reinserción social de los internos,

que constituye la finalidad constitucional de las penas y medidas privativas de libertad, conforme a lo dispuesto en el art. 25.2 CE.

Muchas de las instituciones recogidas en otros países tienen difícil encaje en nuestro Derecho, lo cual, lejos de provocar una quiebra de la seguridad de nuestras prisiones las coloca en una posición privilegiada para las tareas tratamentales y nos lleva a la conclusión de que el mejor sistema penitenciario no es el que potencia más sus aspectos represivos sino el que, sin dar la espalda a estos, los regula haciéndolos compatibles con los derechos de los internos. En este equilibrio es en el que se enmarca nuestro Derecho Penitenciario.

Por otro lado, en los sistemas que hemos expuesto se observa, en la mayoría de ellos, un elemento denominador común, cual es la existencia de un órgano encargado de la ejecución y control del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, distinto del tribunal sentenciador.

Pero dicho órgano, al que se le atribuye esta competencia, puede caracterizarse por ser fundamentalmente un "*juez de ejecución*" que sustituye al tribunal sentenciador en su originaria misión de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado, o por ser más bien un "*juez de vigilancia*" que controla la legalidad de los actos de la administración encargada de la ejecución de la pena, y que vela por los derechos de los internos en establecimientos penitenciarios evitando o corrigiendo los abusos que en dicho ámbito pudieran producirse.

Ambas funciones (ejecución y vigilancia) no pueden desligarse ni ser objeto de una nítida separación, pero según predomine una u otra podemos hablar de la existencia, en el derecho comparado, de dos modelos a la hora de organizar lo relativo al cumplimiento de las penas y medidas de seguridad. Del mismo modo, en función de las competencias atribuidas al órgano encargado de esta misión, podemos distinguir si nos encontramos ante un órgano de naturaleza netamente jurisdiccional, o híbrida administrativa-judicial.

Como hemos puesto de manifiesto en el desarrollo de este trabajo, en la creación del Juez de Vigilancia, España se ha inspirado en el modelo francés e italiano pero podemos encontrar una mayor influencia de este último.

En España, una vez fracasado del intento de regular el procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, al caducar el Proyecto de Ley Orgánica que a tal

fin se presentó ante las Cortes en el año 1997, hubo un nuevo intento de establecer algún tipo de regulación de esta materia en un Anteproyecto de Reforma de la LOGP que se elaboró en el año 2005.

Ante esta situación, hemos de plantearnos si lo que resulta más conveniente es regular este procedimiento por separado o incluido, como procedimiento de ejecución, dentro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM.)

V. BIBLIOGRAFÍA

BABIAK, P./HARE, R. Snakes in Suits: When Psychopaths Go to Work, Harper Business, 2007.

BENÍTEZ YÉBENES, JR.: El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Marco Normativo, pp. 97-192. http://vlex.com/vid/juez-vigilancia-penitenciaria-espanol-752975705

GARRIDO GENOVÉS, V./ PER STANGELAND/REDONDO, S. Principios de Criminología. Tirant lo Blanch (3ª ed.), 2016.

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER; Autonomía del Derecho Penitenciario. Principios informadores de la LOPJ en Derecho Penitenciario, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid 1995.

LUZÓN CUESTA J. Mª. Compendio de Derecho Penal. Parte General, 9ª ed., Dykinson S.L., Madrid, 1997.

RESSLER, R. Proyecto de Investigación de la Personalidad criminal (PIPC).

* * * * * *

Rocío Gutiérrez Gallardo

Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB). Máster en Derecho Penal (ICAB). Socia de la FICP.

~Permisos penitenciarios. La comunicación de los penados con el exterior~

Resumen.- Los permisos de salidas cumplen una función esencial dentro del sistema penitenciario orientado a la reeducación y reinserción social de las personas condenadas a penas privativas de libertad.

En la presente comunicación, se realizará un análisis de la actual regulación de los permisos penitenciarios, abordaremos las distintas clases de permisos que pueden concederse a las personas que cumplen penas privativas de libertad en nuestros centros penitenciarios (ordinarios, extraordinarios y permisos de fin de semana), haciendo especial referencia al caso de presos preventivos; y analizaremos el procedimiento para la concesión de los mismos, así como los motivos y causas para su revocación o suspensión.

Palabras clave. Permiso penitenciario, penado, reinserción social, tratamiento, fin constitucional.

I. INTRODUCCIÓN.

Los permisos penitenciarios, si bien inicialmente se concibieron como recompensas por la buena conducta y el espíritu de trabajo[1], en la regulación actual en modo alguno tienen la consideración de beneficio penitenciario o recompensa por buen comportamiento sino que constituyen elementos integrantes y esenciales del tratamiento penitenciario de los internos, tal y como se extrae de la propia Ley orgánica General Penitenciaria (en adelante LOPG), la cual los regula de forma diferenciada dentro del Título II bajo la rúbrica "Régimen penitenciario" y así, dedica el Capítulo V a las recompensas, mientras que en el Capítulo VI se regulan los permisos; todo ello sumado al hecho de que el propio Reglamento Penitenciario (en adelante RP), al enumerar las posibles recompensas en su art. 263[2], no incluye entre ellas a los permisos de salida.

[1] Real Decreto 2273/1977

[2] Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario

Artículo 263 Recompensas:

Los actos que pongan de manifiesto buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de la responsabilidad en el comportamiento de los internos, así como la participación positiva en las actividades asociativas reglamentarias o de otro tipo que se organicen en el Establecimiento, serán estimulados con alguna de las siguientes recompensas:

a) Comunicaciones especiales y extraordinarias adicionales.

b) Becas de estudio, donación de libros y otros instrumentos de participación en las actividades culturales y recreativas del Centro.

c) Prioridad en la participación en salidas programadas para la realización de actividades culturales.

d) Reducciones de las sanciones impuestas.

e) Premios en metálico.

f) Notas meritorias.

g) Cualquier otra recompensa de carácter análogo a las anteriores que no resulte incompatible con los preceptos reglamentarios.

En la regulación actual, los permisos de salida constituyen un elemento esencial para el tratamiento penitenciario y tienen como objeto reducir, en la medida de lo posible, los efectos perniciosos que la continua privación de libertad provoca en los condenados, lo que se conoce por prisionización, así como preparar a los penados para su posterior vida en libertad[3], evitando de esta forma el desarraigo social y familiar del interno y favoreciendo su reinserción.

Como veremos más adelante, los permisos penitenciarios no constituyen un derecho subjetivo del interno que comporta una concesión automática, sino que para que el interno tenga derecho a su concesión, deberán cumplirse ciertos requisitos objetivos y que no existan circunstancias de carácter subjetivo que aconsejen su denegación, a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines constitucionales de reinserción social y reeducación[4], dado que el art. 25.2 CE[5] no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad ni, por lo tanto, que hayan de considerarse contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad[6]. La apreciación de la existencia de tales requisitos para su concesión corresponderá a las autoridades penitenciarias y, en último término a los órganos judiciales encargados de la fiscalización de estas decisiones, concretamente, a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

II. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN ACTUAL.

En nuestro ordenamiento jurídico, el antecedente[7] más remoto de los permisos de salida se encuentra en la legislación de la II República. El más inmediato se halla en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, reformado en el año 1977 en virtud del RD 2273/1977, que permitía salidas en domingos y días festivos para pasarlos con

[3] GÓMEZ LÓPEZ, M.R/RODRÍGUEZ MORO, L. Los permisos ordinarios de salida: Antecedentes, regulación vigente y reflexiones críticas. Anuario Facultad de Derecho de la Coruña 19,2015, p.393.

[4] SSTC 109/200, 81/1997, 204/1994, 137/200 y 11/2003.

[5] Artículo 25.2 CE.

Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean 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.

[6] STC 299/2015

[7] BUENDÍA RUBIO, M.C. La relación de los internos con el mundo exterior: permisos de salida. Foro FICP-Tribuna y Boletín de la FICP nº 2018-3.www.ficp.es

familiares, además de permisos especiales de hasta una semana. Su finalidad era premiar y por ello, su concesión dependía de la facultad discrecional de la Administración.

En la actualidad forman parte del tratamiento y por ello su finalidad es la reeducación y reinserción social del interno y su preparación para la vida en libertad y su regulación se encuentra, por un lado en la LOGP, Título II bajo la rúbrica "Del Régimen Penitenciario", Capítulo VI, artículos 47 y 48[8] y, por otro lado, en los artículos 154-159 del RP, ubicados dentro de su Título VI.

III. CLASES DE PERMISOS Y PROCEDIMIENTO PARA SU CONCESIÓN.

De conformidad con la regulación vigente, los permisos penitenciarios pueden ser de dos clases: permisos de carácter ordinario y permisos de carácter extraordinarios, diferenciándose a su vez estos últimos, en permisos extraordinarios por motivos familiares o personales y permisos extraordinarios por motivos sanitarios.

1. Permisos ordinarios.

Tienen como objetivo principal preparar a los internos para la vida en libertad, por lo que constituyen un instrumento esencial para hacer efectivo el mandato constitucional de la reeducación y reinserción social del art. 25.2 CE. Y a tal fin, podrán concederse permisos con una duración de hasta siete días, hasta un total de treinta y seis días por año, en el caso de condenados clasificados en segundo grado; y de cuarenta y ocho días por año, para los clasificados en tercer grado.

Como ya avanzamos, de la expresión "podrán concederse" se deduce claramente su carácter potestativo por lo que, para su concesión, se exige informe de la Junta de Tratamiento y que el condenado cumpla cumulativamente una serie de requisitos de

[8] LOGP 1/1979 de 26 de septiembre .Capítulo VI- Permisos de salida.
Artículo 47
1. En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida, salvo que concurran circunstancias excepcionales.
2. Igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.
Artículo 48
Los permisos a que se refiere el artículo anterior podrán ser concedidos asimismo a internos preventivos con la aprobación, en cada caso, de la autoridad judicial correspondiente.

carácter objetivo tales como: haber extinguido la cuarta parte de su condena y no observar mala conducta, esto es, que tenga una buena conducta dentro de prisión y no le resten pendientes de cumplir sanciones; así como que no existan otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con sus fines[9]. En referencia a tales circunstancias, el art. 156.1 RP señala como requisitos de carácter subjetivo: la ausencia de probabilidad de quebrantamiento; la inexistencia de riesgo de reincidencia delictiva y que la salida contribuya positivamente en el programa individualizado de tratamiento y a preparar su futura vida en libertad. La verificación de la concurrencia de tales requisitos[10] implica un juicio de pronóstico que deberá atender especialmente a las circunstancias personales y psicológicas del penado; a su trayectoria delictiva en particular, antecedentes delictivos, antecedentes de quebrantamiento, causas pendientes; adicciones; a la existencia o no de apoyo familiar y económico; trayectoria penitenciaria; participación en talleres formativos; la existencia o no de permisos anteriores y el buen o mal uso que se hizo de ellos, etc.. En todo caso, la concurrencia de los requisitos expuestos, tanto objetivos como subjetivos, no atribuye un derecho automático a la concesión del permiso sino que permite entrar a valorar caso por caso su otorgamiento, siendo posible que a pesar de ello, la propuesta de la Junta de Tratamiento y la resolución del Juez de Vigilancia Penitenciaria, sean negativas si bien, como tiene declarado la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª, Penal (Sentencia 3588/2010 de 22 de octubre, "*la concesión del permiso tiene que ser la regla y no la excepción para que, a medida que la pena se extingue, los estímulos y apoyos que acompañan al tratamiento y al esfuerzo de cada individuo para elaborar su proyecto nuevo de vida, sean una realidad.*"

Para la concesión del permiso, es precisa la solicitud del propio interno mediante instancia dirigida al Director del Centro penitenciario en el que se encuentra interno, donde hará constar los motivos de la solicitud y el lugar del disfrute. Asimismo, será preceptivo el informe del Equipo Técnico donde conste la conveniencia o no de su concesión, a la vista de los datos obrantes; informe que no resulta vinculante para la Junta de Tratamiento, que será la encargada de conceder o denegar la solicitud. La resolución de la Junta de Tratamiento deberá ser informada al Juez de Vigilancia Penitenciaria del lugar de cumplimiento, en el caso de que el permiso afecte a un interno

[9] STC 23/2006 de 30 de enero.

[10] GALLEGO MARTÍNEZ, V. Permisos penitenciarios. Pronunciamientos judiciales. Foro FICP-Tribuna y Boletín de la FICP, Nº 2018-3 www.ficp.es

clasificado en segundo grado, o al Centro Directivo, cuando afecte a internos clasificados en tercer grado, para que lo autorice, autorización que puede realizarse de forma condicionada, por ejemplo, a la presentación en sede policial, mantener cierto contacto telefónico con el centro penitenciario, obligación de llevar acompañamiento familiar, etc...Asimismo, en el caso especial de presos por delitos relacionados con la violencia de género, cualquier salida temporal del interno, permiso o excarcelación, deberá ser puesta en conocimiento de la Unidad de Violencia sobre la Mujer de la delegación de Gobierno.

En caso de que la solicitud de permiso le sea denegada o no sea contestada por la Junta de Tratamiento en el plazo de tres meses, el interno podrá presentar recurso de queja ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria y, contra la resolución de éste, cabrá instar recurso de reforma en el plazo de tres días y, en su caso, posterior recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

Una vez cumplido el permiso y reingresado el interno en el centro penitenciario, se deberá hacer una valoración del uso que el condenado ha dado al permiso que se le concedió, para lo que es posible incluso la realización de pruebas analíticas.

2. Permisos extraordinarios.

Se encuentran regulados en el art. 47.1 LOPG y en el art. 155 RP y se conceden por motivos humanitarios ante circunstancias graves y excepcionales, por lo que su concesión es de carácter imperativo, su duración no tiene límite y se someten a las medidas de seguridad que la Administración penitenciaria y el Juez de Vigilancia Penitenciaria estimen pertinentes[11] y los hay de dos tipos:

a) Por motivos personales o familiares.

Se conceden, de manera excepcional y por motivos tasados, a todo recluso, penado o preventivo, al margen de su clasificación, con las medidas de seguridad adecuadas a cada caso concreto y como motivo de:

- El fallecimiento o enfermedad grave de padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas vinculadas con el interno.

- Alumbramiento de la esposa, pareja de hecho o persona con la que mantenga análoga relación de afectividad.

[11] RÍOS MARTÍN, J.C./ETXEBARRÍA X./PASCUAL RODRÍGUEZ, E. Manuel de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel, 2016, p. 339.

- Importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza (ej. celebraciones familiares, actividades académicas, etc…)

La duración de estos permisos vendrá determinada por su propia finalidad, siempre que no exceda del límite fijado para los permisos ordinarios (siete días) y su concesión corresponderá al Juez de Vigilancia Penitenciaria, cuando estemos ante condenados clasificados en primer grado, en el resto de casos, se estará al régimen general de concesión de los permisos ordinarios, teniendo en cuenta que, en casos de urgencia, podrán ser concedidos por el Director del establecimiento penitenciario, poniéndolo en conocimiento de la Junta de Tratamiento, de conformidad con el art. 161.4 RP[12].

b) Por motivos sanitarios.

Esta clase de permisos, es una novedad del art. 155.4 RP que se prevé únicamente para internos clasificados en segundo y tercer grado. Se trata de permisos de salida de hasta 12 horas de duración para el caso de consultas ambulatorias extrapenitenciarias; y permisos con una duración de hasta dos días en caso de ingreso hospitalario extrapenitenciario, periodo que podrá ser prolongado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en el caso de internos clasificados en segundo grado, y por el Centro Directivo, si estamos ante internos de tercer grado[13].

3. Permisos de fin de semana.

Regulados en el art. 87 RP, son permisos que se conceden a los presos clasificados en tercer grado y que exige como requisitos para su concesión, que la modalidad de vida permita las salidas de fin de semana y que la evolución del interno y su tratamiento las permita sin riesgos significativos[14].

Estos permisos tendrán una duración, desde las cuatro de la tarde del viernes, hasta las ocho de la mañana del lunes siguiente, como máximo, sumándose, en su caso,los días festivos. No obstante, el Centro Directivo podrá acordar permisos de fin de semana con un horario diferente.

[12] Artículo 161.4 Reglamento Penitenciario.

4. En los supuestos de urgencia, el permiso extraordinario podrá ser autorizado por el Director del Establecimiento, previa consulta al Centro Directivo si hubiere lugar a ello, y sin perjuicio de comunicar a la Junta de Tratamiento la autorización concedida.

[13] BUENDÍA RUBIO, M.C. La relación de los internos con el mundo exterior: permisos de salida. Foro FICP-Tribuna y Boletín de la FICP, 2018-3.www.ficp.es

[14] ARMENTA RODRÍGUEZ, F.J. Reglamento penitenciario comentado, 5ª ed. 2006

4. Especial referencia al caso de presos preventivos.

De conformidad con el art. 48.1 LOGP y el art. 161.3 RP[15], los presos preventivos, si bien con ciertas limitaciones, también podrán disfrutar de permisos penitenciarios de salida, aunque con dos especialidades: Que únicamente podrán disfrutar de permisos extraordinarios, dado que para el disfrute de los permisos ordinarios se exige, entre otros requisitos, el hallarse clasificado en segundo o tercer grado y los presos preventivos. no se hallan clasificados aún. Y que el órgano competente para su concesión será la autoridad judicial a cuya disposición se encuentre el preso preventivo.

IV. CAUSAS Y PROCEDIMIENTO PARA LA SUSPENSIÓN O REVOCACIÓN.

Como ya avanzamos, los permisos penitenciarios concedidos pueden ser suspendidos o revocados. La diferencia entre la suspensión y la revocación se encuentra en que la suspensión, tiene lugar en los casos en que antes de iniciarse el disfrute del permiso concedido, ya sea éste ordinario o extraordinario, deviene un cambio en las circunstancias concretas que propiciaron su concesión, lo que obliga a la Dirección a que, de forma provisional y siempre mediante resolución motivada lo comunique a la Autoridad administrativa o judicial competente para que resuelva lo procedente al respecto.

Por su parte, la revocación del permiso penitenciario concedido tendrá lugar en el caso de que el interno haga un mal uso del permiso, esto es, intente fugarse o reincida, sin perjuicio de las consecuencias penales y penitenciarias que ese mal uso le pueda acarrear (Ej. apertura de diligencias previas por delito de quebrantamiento de condena, regresión de grado de clasificación, etc…)

V. CONCLUSIÓN.

Los medios de comunicación y en particular la alarma social que ciertos delitos, sobre todo delitos contra las personas, causan en la sociedad actual, hace que exista un amplio sector de la población que se cuestione sobre la concesión de permisos penitenciarios a los internos que cumplen condena en nuestro centros, pues creen que

[15] Artículo 161. 3 Reglamento Penitenciarios.
3. Cuando se trate de internos preventivos será necesaria, en todo caso, la autorización expresa de la Autoridad judicial a cuya disposición se encuentre el interno.

con la concesión de estos permisos de salida, se ponen en grave riesgo a la población. En la regulación actual, los permisos de salida constituyen un elemento esencial para el tratamiento penitenciario y tienen como objeto reducir, en la medida de lo posible, los efectos sumamente negativos que la continua privación de libertad provoca en los condenados. Sin la concesión de estos permisos, la reinserción del interno y su preparación para su futura puesta en libertad, se complica dado que al recluso, no solo se le aísla de la sociedad durante el tiempo que dura su pena privativa de libertad, sino que a su vez, se le aísla y desarraiga de su propia familia y entorno de amistades. Por todo ello, entendemos que, siempre que de los datos obrantes en el expediente penitenciario del interno resulte certeza de que el interno hará un buen uso del permiso que solicita, debe concedérsele como instrumento básiuo de su reinserción social y preparación para su vida en libertad, haciendo preponderar las políticas de reinserción y reeducacionales, frente a la reclusión extrema de la persona.

* * * * * *

Pino Esther Hormiga Franco

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Doctoranda Derecho Penal, UDIMA. Socia de la FICP.

~La ejecución y la suspensión de la pena de prisión revisable~

I. INTRODUCCIÓN

La ejecución de las penas o condenas ha sido objeto de reforma por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que reformó a su vez el Código Penal. Esta reforma introdujo la pena de prisión permanente revisable. Vamos a analizar la prisión permanente revisable y la suspensión de la pena así como la casuística y particularidades suscitada en torno a la pena objeto de estudio.

La pena de prisión revisable ya había tenida acogido en nuestro Código Penal en el SXX, desapareciendo en el año 1932, como modalidad de la prisión perpetua. En el preámbulo de la Ley la justifican de la siguiente manera: "la necesidad de una respuesta extraordinaria ante supuestos excepcionales".[1]

Se trata de una pena de carácter indefinido no sujeta a plazo y que es revisable, por lo que debemos entender que en algún momento se pondrá fin a la pena y comenzará la reinserción y la reeducación social del penado después de ser valorado por un Tribunal colegiado que examinará nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido.

Ha habido numerosas y considerables criticas en la introducción de esta pena, algunos hablan de la falta de necesidad porque somos un país con una tasa baja en homicidios, incluso en el año 2011, España tenía la tasa más baja de Europa, otros declaran la inconstitucionalidad de la norma y otra corriente doctrinal pone en duda la efectividad de la revisión de la pena.

II. CUESTIONES PROCESALES.

Para la ejecución de la pena de prisión permanente revisable es necesario que el penado se encuentre o tenga acceso al tercer grado penitenciario. Este acceso está regulado en el artículo 36 del Código Penal, en relación con el articulo 78 bis y con los artículos 63 y 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 102 del

[1] AYALA GARCÍA, Juan Mateo. La ejecución de las condenas. Hacia un cambio de paradigma. Cuadernos Digitales de Formación, 2016, p. 34.

Reglamento Penitenciario. En estos preceptos se regula los elementos necesarios para que los penados a prisión permanente puedan llegar alcanzar el tercer grado penitenciario. En primer lugar, será necesario que el condenado reúna unos requisitos objetivos, tales como el cumplimiento de un periodo mínimo de prisión efectiva y la satisfacción de la responsabilidad civil.[2] Los plazos para el cumplimiento mínimo de la prisión efectiva que han de devengarse para acceder al tercer grado, varían según las diferentes circunstancias del penado.

La regla general, exige quince años de prisión efectiva para acceder al tercer grado penitenciario siempre que la pena sea única o cuando concurren otras penas, junto a la misma, cuya suma global no supera los cinco años.

Como regla especial los delitos cometidos por organizaciones o grupos terroristas y los delitos de terrorismo previstos y penados en el Capítulo VII del Título XII del Libro II, el artículo 36.1 a) del Código Penal aumenta el período de la pena mínima a veinte años.

Es decir, que la ley ha establecido un periodo mínimo de permanencia y de aseguramiento del cumplimiento de la pena para luego alcanzar el tercer grado penitenciario y éste sistema es común para todos, sin que se individualice la pena atendiendo a sus circunstancias o las del hecho cometido. Según lo anterior en este periodo de seguridad no se aplicaría el sistema de individualización científica que señala el artículo 72.1 de la LGP ni tendría cabida la aplicación del artículo 102.4 de la LGP hasta que transcurra los plazos anteriores para poder llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad.

Esta restricción ha sido muy criticada. Desde un punto de vista criminológico, éste plazo es excesivo y exagerado, y la criminología como ciencia multidisciplinar no contempla la aplicación de la pena de prisión permanente revisable porque la reinserción y reeducación del penado después de este largo periodo privado de libertad sería a mi juicio, difícil de lograr.

La diferencia de plazo mínimo de seguridad en la prisión permanente revisable entre quince como regla general y veinte años para los delitos de terrorismo fue criticada por el Consejo General del Poder Judicial, en el Informe al Anteproyecto de

[2] MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Carmen. Aspectos procesales de la prisión permanente revisable; Anales de Derecho, 34, 2, 2016.

Reforma del CP, se pronunció respecto a este punto desaconsejando esta fórmula de distinción según la tipología delictiva, especialmente teniendo en cuenta que los delitos para los que ha previsto un aumento del período de seguridad están castigados con la misma pena que aquellos de los que se pretende diferenciar e invitando al establecimiento de un régimen jurídico unitario que abandonara tal criterio, señalando la finalidad de endurecimiento del régimen de cumplimiento que con tal medida se pretendía. No obstante, tal y como ya hemos señalado, en el régimen que se introdujo definitivamente se hizo caso omiso a la recomendación expresada en el citado informe.[3]

Para el caso de concurso de delitos el período mínimo de prisión efectiva para llegar a alcanzar el tercer grado penitenciario es más amplio en virtud del artículo 78 bis del CP. En este caso, el mínimo para alcanzar el tercer grado varía en función de la suma de las penas impuestas siendo necesario lógicamente que una de ellas sea de prisión permanente revisable.

También es necesario que el penado, al igual que el resto de penados con otras penas diferentes de la prisión permanente revisable, haya satisfecho la responsabilidad civil que se hubiera impuesto en sentencia para poder acceder al tercer grado según lo previsto en el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Además de lo expuesto y junto lo anterior es necesario obtener la autorización por el Tribunal después de tener un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Veremos en el futuro como se afronta estas cuestiones al no recibir el penado permanente un programa adecuado e individualizado de tratamiento. También será necesario que previamente sean oídos el Ministerio Fiscal y las Instituciones Penitenciarias.

Como ya se ha comentado, para los condenados por delitos de terrorismo se aplican unas especificidades, además de las anteriores, se le exige un plus para la

[3] Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, página 13: "se desaconseja mantener una regulación diferenciada -más severa- para los delitos vinculados con el terrorismo y en consecuencia se sugiere establecer un régimen jurídico uniforme para todos los delitos castigados con prisión permanente revisable", y página 275: "La diferenciación cualitativa es discutible, principalmente si se tiene en cuenta que la progresión al tercer grado no es más que la consecuencia de la favorable evolución del tratamiento penitenciario. Ahora bien, si además se establece un tiempo de prisión efectiva superior para una modalidad delictiva sancionada con la misma pena que las restantes, lo que presupone que su gravedad es equiparable, la diferenciación establecida por el Anteproyecto denota que el principal propósito de la medida no es otro que el de endurecer el régimen de cumplimiento, teniendo en cuenta, exclusivamente, la tipología del delito. Por ello, debería reflexionarse sobre la conveniencia de establecer un régimen diferenciado sobre la base exclusiva de la singularidad del delito...".

integración social, que el penado de alguna manera haya mostrado signos inequívocas de abandono de la organización terrorista como por ejemplo pidiendo perdón a las víctimas y que colabore activamente con las autoridades para impedir o reducir otros delitos, identificar o capturar a otros integrantes de las bandas, organizaciones o grupos terroristas.

La excepción a la regla general la encontramos prevista en el artículo 36.3 del CP, para aquellos condenados que se encuentren padeciendo enfermedades muy graves e incurables y para aquellos que hayan alcanzado la edad de setenta años. Si concurren estos requisitos se podrá obtener el tercer grado penitenciario sin necesidad de que concurran los requisitos analizados con anterioridad.

III. SUSPENSIÓN Y FINES DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE. LAS DUDAS SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD.

1. Suspensión de la pena.

La prisión permanente revisable deja de serlo y se suspende su cumplimiento cuando se aplica la revisión que regula el artículo 92 del Código Penal. Es decir, que cuando el penado haya cumplido veinticinco años de prisión (salvo para el concurso de delitos) se suspenderá su ejecución, aunque cabe la posibilidad de disfrutar incluso antes del tercer grado y de permisos de salida, siempre que tenga un pronóstico favorable de reinserción social.

El efecto de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, cuando ha transcurrido el plazo entre cinco a diez años sin haber cometido delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, es la remisión de la pena, dice el art. 87 CP al que se remite el art. 92.3 de ese texto, lo que supone su extinción, manifestándose de nuevo que el carácter de permanente, puede no ser tal cuando el sujeto, con su conducta posterior a la comisión del delito, ha manifestado su voluntad de reinserción a la sociedad sin peligro para terceros, a pesar de la gravedad del delito o delitos que motivaron la prisión permanente revisable. En definitiva depende del propio penado el que su situación de prisión deje de ser permanente y obtenga la remisión definitiva de la pena.[4] Esta obligación de suspensión y de remisión en su caso de la pena

[4] MUÑOZ CUESTA, Javier. La pena de prisión permanente revisable: una pena objeto de polémica social. Fiscal del Tribunal Supremo. 2018.

de prisión permanente revisable, al igual que otras penas privativas de libertad, le corresponde al Tribunal sentenciador, a diferencia de la revocación de la pena privativa de libertad que le corresponde a Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

2. Fines de la pena.

No podemos excluir a la prisión permanente revisable de la reeducación y reinserción social como finalidades de la pena; es decir que la suspensión de la condena y la remisión cuando se apliquen se deben fundamentar en los citados fines, porque de lo contrario no se aplicaría lo previsto en el artículo 25.2 de la Constitución Española. Porque de no ser así sería la pena de prisión permanente contraria a nuestra Constitución Española y a nuestro ordenamiento jurídico. Esta cuestión que nos ocupa es de política criminal, por ello el Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de varios grupos parlamentarios contra la prisión permanente revisable.[5]

Así el Consejo General de la Abogacía Española considera que la prisión permanente revisable, es inconstitucional. En todas las alegaciones presentadas por la Abogacía durante la tramitación del proyecto de ley de reforma del Código Penal se ha manifestado que la prisión permanente, sea revisable o no, es contraria a los artículos 10 , 15 y 25 de la Constitución Española. También para una amplia mayoría de los vocales del Consejo General del Poder Judicial en aquél momento, la medida de prisión permanente revisable ofreció dudas de constitucionalidad en relación con el art. 25.1 CE.

En un Estado social y democrático de derecho, las penas deben ser orientadas a la prevención de los delitos en el futuro, así que la prisión permanente revisable como pena que es, no puede ser diferente y debe dirigirse a evitar que los delitos más graves se vuelvan a cometer por el penado en particular y por el resto de la sociedad en general como medida de persuasión. Por ello, la falta de estudio preventivo de esta pena ha dado lugar a multitud de críticas desde numerosos ámbitos, dudando de la eficacia de la pena como efecto inhibidor en nuestro sistema de justicia penal.

3. Constitucionalidad de la pena.

Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que la prevención no es la única finalidad de las penas. Son constantes las dudas que rodean la

[5] ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio. Sobre la urgente necesidad de cambiar los hábitos de producción normativa. Revista Aranzadi Doctrinal, 8, 2017.

constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable. Empezando por lo que debemos de entender que una de las funciones de la pena es animar al delincuente a no volver a reincidir y a la sociedad a que no perjudique ni lesiones bienes jurídicos ajenos ni propios que se encuentren tipificados en nuestro Código Penal.

Esta función anteriormente expuesta debe ponerse en relación con la doctrina de la resocialización que significa que podría dar lugar a decretarse la libertad del penado una vez que esta se haya reeducado, así como garantía para el delincuente y para garantizar la resocialización en nuestra sociedad o comunidad. Y esto debe aplicarse incluso aunque la duración de la pena sea indefinida para el efectivo cumplimiento de la misma.

Esta posibilidad de restricción de la reinserción social se produce por el carácter indefinido o permanente de esta pena. Además, el significado de la reinserción social del penado ha sido concretado por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias. En primer término, el Alto Tribunal ha advertido que la duración excesiva de la prisión convierte a las penas privativas de libertad en aflictivas y peligrosas, y que las penas de larga duración son contradictorias con el principio de resocialización. De esta forma, se cuestiona la constitucionalidad de la pena en relación al artículo 25.1 CE, ya que las penas privativas de libertad se han de orientar a la reeducación y reinserción social de los penados y, de lo contrario, se estaría atentando contra el artículo 15 CE que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes y también podría ser contraria a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de la personalidad, regulados en el artículo 10 del mismo cuerpo legal.[6]

El penado se encontraría una vez transcurrido el período mínimo de seguridad sometido a un nueva valoración que es la que decidirá si se le concede o no la libertad, lo que puede incidir en la conducta y personalidad del penado, al provocar en el mismo una falta de motivación en los fines de la pena ante la incertidumbre de su puesta en libertad. Incluso si el penado si se hubiera resocializado podríamos encontrarnos ante una pena indeterminada contraria a nuestro sistema penal.

En esencia, el TC configura al principio de resocialización como un principio programático que ha de orientar toda la política penal y penitenciaria y no tanto como

[6] RUBIO LARA, Pedro ángel. Pena de prisión permanente revisable: análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial atención a sus problemas de constitucionalidad, Revista Aranzadi Doctrinal, 3, 2016.

un derecho subjetivo[7]. El TC también advierte que la resocialización no es el único fin de la pena privativa de libertad, por cuanto ha de tenerse también en cuenta el resto de fines punitivos. La reeducación social a que alude el artículo 25 de la CE no es la única finalidad de la pena, sino que también ha de añadirse la de disuadir a los posibles infractores de la comisión de hechos delictivos y el castigo de estos. El artículo 25.2 CE no constituye un derecho fundamental, lo que no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones dirigidas a garantizar dicha orientación resocializadora, o, al menos, no socializadora precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena[8]. Pero la pena de prisión permanente revisable no conlleva un trato inhumano o degradante, la pena de prisión es revisable. En el Código Penal se contempla la revisión en su artículo 92.1 que establece los requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional. La suspensión y la libertad condicional serán revocados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria en virtud del artículo 92.3 del CP. En general, la prisión siempre ha sido un lugar donde la reeducación y reinserción aún siendo los fines de las penas, se dificultan. La vida en prisión además conlleva unos sufrimientos que lo tienen en general, todos los condenados aunque los sometidos a penas de prisión permanente tienen el plus de no saber cuándo comienza su libertad definitiva. Según las experiencias, el penado no reincide porque tiene temor de volver a prisión, pero no porque se haya reeducado o reinsertado. De todos es sabido que a los que salen de la cárcel la integración en la sociedad es bastante dura y complicada. A mi juicio, la pena de prisión permanente al ser revisable no es inconstitucional. Es más lo que debe eliminarse es que la pena se convierta en indefinida pero no porque aquella sea inconstitucional sino porque las penas no pueden ser indeterminadas y esto dependerá del comportamiento del penado, dado que en la primera revisión puede quedar en libertad y si no lo consigue es cuando se justifica la derogación de la pena, buscando alternativas para su integración social. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se

[7] En tal sentido, ver la STC de 14 de enero de 1987 (RJ 1987, 1), STC de 23 de febrero de 1998 (RTC 1988, 28) y STC de 13 de enero de 1997 (RTC 1997, 2) .

[8] Así, la STC de 24 de junio de 1996 (RTC 1996, 4) . También la STC de 29 de mayo de 2000 (RTC 2000, 137) y STC de 30 de enero de 2006 (RTC 2006, 23) .

viene a pronunciar en el sentido de que si tiene algún sistema de revisión no se conculca el artículo 3 del Convenio Europeo.[9].

IV. CONCLUSIONES FINALES.

La práctica penitenciaria nos indica que los condenados a penas tan altas a veces cumplen íntegramente y no consiguen nunca el tercer grado penitenciario. Es por ello, que en base a muestras estudiadas con otras penas graves, podamos afirmar que estos penados a prisión permanente revisable puedan no llegar nunca alcanzar el tercer grado penitenciario. El preámbulo de la Ley de reforma del Código Penal en relación a la prisión permanente revisable: "El pronóstico favorable de reinserción social…garantiza un horizonte de libertad para el condenado". Pero nos debemos preguntar que ocurrirá con aquellos condenados que no obtengan un pronóstico favorable, a lo que el legislador no da respuesta alguna.

En conclusión, la pena de prisión permanente revisable integrada en nuestro Código Penal, es constitucional porque es revisable, pero es muy probable que los condenados a penas tan elevadas no consigan la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional, ni en la primera ni en las sucesivas revisiones, por lo que la prisión para estos penados se convertiría en indefinida y en este caso deberá ser remitida o derogada. Además esta pena, a mi juicio, no producirá ningún efecto sobre la criminalidad en general ni para los autores de los delitos de terrorismo, que estos en particular están dispuestos a sacrificar su propia vida, por lo que en definitiva no servirá de freno la nueva pena de prisión permanente revisable.

* * * * * *

[9] SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAÍLLO, Isabel. Constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable y razones para su derogación. Dykinson S.L., Madrid, 2017.

M.ª José Leonís Sánchez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socia de la FICP.

~Protección de datos personales de los internos en centros penitenciarios~

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. *Status quo* del marco normativo en materia de protección de datos personales de los internos en centros penitenciarios

No podemos hablar de una modificación en la regulación normativa sobre la materia que nos ocupa. Efectivamente, con fecha 27 de abril de 2016, vieron la luz dos nuevos textos que conforman el derecho derivado del Parlamento Europeo y del Consejo: *el Reglamento (EU) 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*, vigente en España desde el 25 de mayo de 2018 y la *Directiva (UE) 2016/680, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales; ejecución de sanciones penales y libre circulación de datos.*

A pesar de la aplicabilidad directa del Reglamento, se hacía necesaria "*una norma interna complementaria para hacer plenamente efectiva su aplicación"*[1] y a esta necesidad responde la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, cuya entrada en vigor se produjo el 6 de diciembre de 2018. Sin embargo, no encontraremos en esta ley orgánica una regulación sobre los tratamientos realizados en el ámbito penitenciario, de conformidad con lo establecido en su artículo 2.3 y DT cuarta[2]. Por lo que, hasta tanto se dicte la normativa

[1] Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

[2] Artículo 2.3 LO 3/2018: "*3. Los tratamientos a los que no sea directamente aplicable el Reglamento (UE) 2016/679 por afectar a actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea, se regirán por lo dispuesto en su legislación específica si la hubiere y supletoriamente por lo establecido en el citado reglamento y en la presente ley orgánica. Se encuentran en esta situación, entre otros, los tratamientos realizados al amparo de la legislación orgánica del régimen electoral general, los tratamientos realizados en el ámbito de instituciones penitenciarias y los tratamientos derivados del Registro Civil, los Registros de la Propiedad y Mercantiles".*

Y DT cuarta*:* "*Los tratamientos sometidos a la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al*

que trasponga la mentada Directiva a efectos de regular los tratamientos en el ámbito penitenciario, regirá la antigua Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (LOPD) y desarrollo reglamentario.

2. Protección de datos de carácter personal de los internos en el Reglamento Penitenciario.

Siguiendo las prescripciones de los artículos 4 a 12 de la LOPD y 8 a 11 del RDLOPD, el RP sintetiza en sus artículos 6 a 9 la normativa concerniente a la protección de los datos personales de los internos, habiendo sido modificados los apartados 2 y 4 del artículo 6 por medio del Real Decreto 419/2011 de 25 de marzo. Su *leitmotiv* lo constituye el fallo de la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 17 de marzo de 2009 que posteriormente se analizará[3] .

- Artículo 6.2. "*La recogida, tratamiento automatizado y cesión de los datos de carácter personal de los reclusos contenidos en los ficheros se efectuará de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre protección de datos de carácter personal y sus normas de desarrollo".*

  Señala cuál es la referencia normativa sobre la que se ha de basar la actividad penitenciaria, que debe entenderse a la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal, pues en la redacción anterior sí se remitía expresamente a la derogada Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre.[4]

- Artículo 6.4. *"La Administración penitenciaria podrá establecer ficheros de internos que tengan como finalidad garantizar la seguridad y el buen orden del establecimiento, así como la integridad de los internos. En ningún caso la inclusión en dicho fichero determinará por sí misma un régimen de vida distinto de aquél que reglamentariamente corresponda".*

  La seguridad y buen orden del establecimiento, así como la integridad de los reclusos son, por tanto, los condicionantes para la creación de nuevos ficheros en

tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, continuarán rigiéndose por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en particular el artículo 22, y sus disposiciones de desarrollo, en tanto no entre en vigor la norma que trasponga al Derecho español lo dispuesto en la citada directiva".

[3] *Cfr. infra 8.*

[4] Fue derogada por la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 15/1999.

la actividad penitenciaria que habrán de convivir con los ya existentes, tales como SIP (sistema informático penitenciario) y SISPE (sistema informático social penitenciario). Se pone especial énfasis en la no alteración del régimen de vida penitenciario como consecuencia de la inclusión en el FIES.

- El apartado 3 del artículo 6 del RP contiene un mandato legal sobre la obligación de garantizar los datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios, así como evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, dirigido a las autoridades penitenciarias responsables de los mismos. El responsable de los ficheros penitenciarios es la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

- Al hilo de la normativa general correspondiente a los ficheros de titularidad pública, el consentimiento del interno no será preciso (artículo 7 RP):

  - .. cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de la Administración penitenciaria, con ciertas salvedades: datos relativos a su ideología, religión o creencias.

  - .. para ceder los datos de carácter personal de los internos a otras Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, cuando estas los requieran para ejercer sus funciones respecto a los internos en materia de reclutamiento para la prestación del servicio militar (hoy día debe entenderse derogado implícitamente), servicios sociales, Seguridad Social, custodia de menores u otras análogas.

  - … cuando la cesión tenga por destinatarios al Defensor del Pueblo o institución análoga de las Comunidades Autónomas que ejerzan competencias ejecutivas en materia penitenciaria, al Ministerio Fiscal o a los Jueces y Tribunales, siendo importante que lo sea en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas y por último en el supuesto de datos de carácter personal relativos a la salud de los reclusos, siempre referido a motivos de urgencia o para realizar estudios epidemiológicos.

La excepción a lo anteriormente expuesto, vendría dada en el supuesto de datos penitenciarios especialmente protegidos y que en los ficheros penitenciarios tienen asignados un nivel de seguridad alto[5].

- El artículo 8 del RP relaciona de forma exhaustiva qué ficheros tienen esta naturaleza[6]. En estos casos la cesión estará permitida en caso de consentimiento expreso y escrito del interno afectado o cuando por razones de interés general así lo disponga la Ley.
- En cuanto al derecho de rectificación (artículo 9 RP), los reclusos poseen los mismos derechos que cualquier ciudadano sin restricción de su *status libertatis*, sobre sus datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios cuando resulten inexactos o incompletos.
- Mayores problemas presenta su cancelación. En estos supuestos el mentado artículo 9 del RP, niega tal posibilidad "*... cuando ponderados los intereses en presencia, concurran razones de interés público, de seguridad y de protección de los derechos y libertades de terceros, así como cuando posean un valor intrínseco de carácter histórico y estadístico a efectos de investigación".*

II. LA IMPORTANCIA DE LOS FICHEROS FIES

De los diferentes ficheros penitenciarios es el **FIES** el más controvertido. Baste aquí señalar que es una base de datos de carácter administrativo, en la que quedan almacenados no sólo los datos relativos al perfil del interno en cuestión, tales como delito por el que se le ha condenado o imputado o acusado y otros que posteriormente se analizarán, sino también otros derivados del comportamiento o actividades del interno que pudieran ser constitutivos de una alteración de su situación regimental de vida y que ARRIBAS LÓPEZ[7] denomina "elementos incidentes", siendo este uno de sus puntos problemáticos.

Las mayores críticas hacia estos ficheros se lanzan por su concepción al amparo de instrumentos regulativos alejados del principio de legalidad, en cuanto a la

[5] En el Reglamento (EU) 2016/679 y la Directiva (UE) 2016/680, ya no se mencionan estos niveles de seguridad a los que aludía la LOPD.

[6] Opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, origen racial o étnico y salud o vida sexual.

[7] ARRIBAS LÓPEZ, E., Fichero de Internos de Especial Seguimiento y Régimen Cerrado, La Ley, 72, junio 2010, p. 6.

restricción de derechos fundamentales se refiere y por otra parte, por la confusión con el primer grado respecto a las mentadas restricciones de derechos.

Por su trascendencia, a continuación se expondrá el origen y evolución normativa de los FIES y los problemas de legalidad. Posteriormente se recogerá su tipología, con indicación del alta y baja de los datos, para concluir con la seguridad de los mismos.

1. Génesis del FIES

El contexto en el que se sitúa su origen es de un clima de extremada violencia en las cárceles. Se suceden en la década de los ochenta y, en concreto durante la segunda mitad, varios altercados en las prisiones españolas (secuestros de funcionarios, violaciones, fugas…) con el telón de fondo de las drogas[8]. En este clima se hace necesario controlar a los internos más conflictivos e intensificar las medidas de seguridad.

El punto de inflexión se aprecia a partir de 1991, fecha en la que se dictan varias Circulares (6.3.1991, 28.5.1991, 2.8.1991 y 13.9.1991) que reflejan diferentes medidas de vigilancia y control dirigidas a grupos de internos cuya especial peligrosidad hace temblar la seguridad y buen orden del establecimiento.

2. Evolución normativa del FIES

Desde su regulación, por medio de la Orden 26 de julio de 1994[9], fue la vía reglamentaria (órdenes, circulares e instrucciones) y no la Ley Orgánica la elegida para reglar esta situación anómala. Ya se hacía mención al mismo en las Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 6 de marzo de **1991 (C/2006-03-91)** y 28 de mayo de 1991 **(OS/28-5-91)** . Tras su publicación en el BOE, se dicta la **Instrucción 8/95 de 28 de febrero,** a fin de orientar a quienes habían de ponerlo en práctica. En la Orden de 26 de julio de 1994, se recoge, de forma muy escueta, cual será su estructura básica: datos identificativos y datos relativos a infracciones.

La DT cuarta del RP posibilitó la refundición y adaptación de las Circulares, Instrucciones y Órdenes de Servicio existentes, para posteriormente la Instrucción 21/96 dejar sin efecto las normas administrativas que regulaban el FIES.

[8] SIERRA RODRÍGUEZ, J., Manual de Políticas Públicas Penitenciarias, Editum, 2011, p. 55.
[9] BOE 27 de julio de 1994.

Otro referente fue la **Instrucción 6/2006,** que derogó la Instrucción 21/1996. Definía al FIES como una base de datos de carácter administrativo, creada por la necesidad de disponer de una amplia información sobre determinados grupos de internos de alta peligrosidad (en atención a la gravedad de su historial delictivo o a su trayectoria penitenciaria), o bien, necesitados de *protección especial.*

El hecho de que se dictase la **STS de 17 de marzo de 2009**[10], una vez elaborada la Instrucción en cuestión, con una restricción de derechos similar a la Instrucción 21/1996, cuyo apartado primero fue declarado nulo, ha hecho que los que aplaudieron su nulidad, también abogasen por considerar lo propio respecto de la segunda.

La declaración de nulidad de la Instrucción 21/1996, aceleraría la entrada en vigor del **RD 419/2011 de 25 de marzo**. Es a través de este Real Decreto cuando se procede a abordar definitivamente la regulación de los FIES. Mantiene su Exposición de Motivos, en lo que se refiere a la legalidad de los ficheros, que "*... el segundo motivo que justifica la aprobación del presente Real Decreto es la necesidad de dotar de cobertura reglamentaria a los ficheros de internos de especial seguimiento (FIES), cuya legitimidad había sido parcialmente cuestionada hasta la fecha. En particular, se garantiza que los ficheros de internos de especial seguimiento no supongan la fijación de un sistema de vida distinto de aquel que reglamentariamente les venga determinado….".*

En lo que nos afecta, provoca una nueva redacción de los apartados 2 y 4 del artículo 6 del RP antes examinada[11].

La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, en consonancia con este Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo, dictará la **Instrucción 12/2011 sobre internos de especial seguimiento/medidas de seguridad,** por la que vuelve a marcar las pautas de interpretación, en este caso, sobre este nuevo Real Decreto, que en ciertos aspectos no varía mucho de la antigua Instrucción 6/2006.

La derivación del tratamiento de los datos penitenciarios que efectúa la DT cuarta de la Ley Orgánica 3/2018, conduce, hasta tanto se proceda a la trasposición de la Directiva (UE) 2016/680, a una equiparación de los FIES al régimen de los ficheros policiales regulados en el artículo 22 de la LOPD, posibilitando la recogida y tratamiento

[10] *Cfr. infra* 8.
[11] C*fr. supra* 2.

de los datos para fines policiales sin consentimiento en los supuestos de datos que "… *resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales…".* La denegación al acceso, rectificación o cancelación tan sólo vendrá justificada por motivos concernientes a "*la defensa del estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando",* según recoge el artículo 23 de la LOPD.

3. Legalidad

Las dudas sobre la legalidad del FIES, iban referidas a aspectos relacionados con la restricción de derechos fundamentales. En ningún momento afectan a la consideración del FIES como base de datos de carácter personal y tratamiento de los mismos. En este sentido se pronuncian varias sentencias, entre otras, la SAP Madrid de 11 de enero de 2002, STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 de mayo de 2005 y la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de febrero de 2007[12]. Así pues, dentro del ámbito de la restricción de derechos fundamentales cabe distinguir un ataque al principio de legalidad desde el punto de vista formal y material:

- ... *formal*: limitación de derechos fundamentales de los internos por medio de Circulares, Instrucciones u Órdenes de Servicio, vulnerando el mandato constitucional de reserva de Ley Orgánica del artículo 53.1 de la CE. Una permisividad a las excepciones sobre la reserva de ley vino inicialmente de la mano de la existencia de la relación de sujeción especial antes expuesta que une al interno con la Administración Penitenciaria. Exponente de esta concepción es la STC 2/1987, que pone el acento en el carácter insuprimible de la potestad

[12] SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 7 de febrero de 2007: Defiende la legalidad de los datos consignados en el FIES, así como de las limitaciones derivadas de la inclusión en el fichero FIES, "*…el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999 recoge la exigencia de que "los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento cuando sean adecuados y pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido". Por lo tanto, los datos que se obliga a aportar a los internos incluidos en el fichero FIES son, a juicio de esta Sala, adecuados y pertinentes para la finalidad para la que son recabados (la prevención de la delincuencia en general). Además, es necesario tomar en consideración el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999 que recoge la exigencia general del consentimiento inequívoco del afectado para el tratamiento de datos de carácter personal "salvo que la ley disponga otra cosa" por lo que, claramente, en casos como el que nos ocupa, no se precisa el consentimiento de los internos para el tratamiento de sus datos, derivados de la inclusión en el fichero FIES. No se justifica, pues, por la parte recurrente que se haya producido ninguna infracción normativa ni que las limitaciones derivadas de la inclusión en el fichero FIES sean contrarias a los principios derivados ni de la Ley General Penitenciaria ni de la Ley Orgánica de Protección de Datos.."*

reglamentaria de la Administración para la determinación de las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas antijurídicas que se produzcan en el seno de esa relación de sujeción especial.

Sin embargo, a partir de la STC 120/1990, dictada con ocasión de la huelga de hambre del colectivo de presos del GRAPO reivindicando su agrupación en un centro penitenciario, da un giro jurisprudencial para poner de manifiesto que *la relación de sujeción especial, que debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración…*[13]

- *... material:* en cuanto a la restricción de derechos fundamentales, la inclusión en el FIES supone una confusión con las limitaciones que sufren los internos de régimen cerrado, resultando un régimen de vida diferente que no goza de la adecuada cobertura legal.

La STS de 17 de marzo de 2009, vino a declarar la nulidad de la totalidad del apartado primero de la Instrucción 21/1996[14], por entender que además de regular la creación y mantenimiento de una base de datos en el ámbito penitenciario, FIES, contiene normas de carácter general sobre la seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y/o inadaptados que afectaba a los derechos y deberes de los mismos, por lo que conculca los principios constitucionales de reserva de ley y jerarquía normativa recogidos en los artículos 17.1, 25.2,9.3 y 103.1 de la Carta Magna. En consecuencia, concluye el Tribunal Supremo, manifestando que

[13] CERVELLÓ DONDERIS, V., Revisión de legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES, La Ley, 72, junio 2010, p. 7.

[14] Esta STS de 17 de marzo de 2009, casa a su vez la dictada por la Audiencia Nacional de fecha 1 de marzo de 2004, con ocasión del recurso contencioso-administrativo de la Asociación "Madres Unidas contra la Droga de Madrid" frente a la decisión del Ministerio del Interior de denegar la nulidad del apartado primero de la I 21/1996. En esta ocasión la Audiencia Nacional, sólo acordó una nulidad parcial: la del apartado B1 A13 de la mentada Instrucción. Declara la nulidad de pleno derecho, por entender que además de regular la creación y mantenimiento de una base de datos en el ámbito penitenciario, Ficheros de Internos de Especial Seguimiento (FIES) contiene normas de carácter general sobre la seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y/o inadaptados que afectaba a los derechos y deberes de los mismos, por lo que conculca los principios constitucionales de reserva de ley y jerarquía normativa recogidos en los artículos 17.1, 25.2,9.3 y 103.1 de la Carta Magna. En consecuencia, concluye el Tribunal Supremo, manifestando que la regulación contenida en la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, *se excede del cometido y finalidad de los denominados reglamentos administrativos o de organización para adentrarse en el ámbito reservado a la ley y a sus reglamentos ejecutivos, rodeados estos de unas garantías en su elaboración y requisitos de publicidad de los que aquélla carece.*

la regulación contenida en la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, se excede del cometido y finalidad de los denominados reglamentos administrativos o de organización para adentrarse en el ámbito reservado a la ley y a sus reglamentos ejecutivos, rodeados estos de unas garantías en su elaboración y requisitos de publicidad de los que aquélla carece.

Hay autores[15] que entienden que estos ficheros no han implantado un régimen prisional especialmente duro, sino que concede un instrumento eficaz de seguimiento de determinados internos que, en sus estadios finales de desarrollo, en nada quebranta sus derechos, dado que es un instrumento de información acumulada y director de algunas actuaciones con ciertos internos, actuaciones que regula, periodifica o matiza, pero no innova. Por tanto, no establece nada contrario a lo previsto en la LOGP o en sus Reglamentos. Distingue los supuestos en los que desde el Centro Directivo se ordenasen determinadas actuaciones con respecto a algunos internos incluidos en los FIES que pudieran resultar cuestionables desde el punto de vista de la legalidad vigente. Pero ésta no es la línea mayoritaria.

4. Tipología del fichero

Se incluyen diferentes grupos en atención a los delitos cometidos, repercusión social de los mismos, pertenencia a banda organizada y criminal, peligrosidad… Así pues, el FIES se clasifica en cinco grupos:

- *... FIES 1 (CONTROL DIRECTO)*

  Referido a personas especialmente peligrosas y conflictivas, protagonistas e inductoras de altercados regimentales que hayan puesto en peligro la vida de los demás internos, funcionarios, autoridades u otras personas ya sea en el interior o en el exterior del centro penitenciario.

- *... FIES 2 (NARCOTRAFICANTES)*

  Referidos a internos relacionados con delitos contra la salud pública (tráfico de drogas o estupefacientes) u otros delitos íntimamente relacionados con los mismos (blanqueo de dinero…) cometidos por grupos organizados nacionales o extranjeros, y aquéllos que, a través de informes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se considera necesaria su inclusión al colaborar o apoyar a estos grupos.

- *... FIES 3 (BANDAS ARMADAS)*

[15] ARRIBAS LÓPEZ, La Ley, 72, 2010, pp. 7 y 8.

Referidos a internos vinculados a bandas armadas o elementos terroristas y, aquéllos que, a través de informes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se considera necesaria su inclusión al colaborar o apoyar a estos grupos.

- *... FIES 4 FUERZAS DE SEGURIDAD Y FUNCIONARIOS DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS)*

  Referidos a internos que pertenecen o han pertenecido a este colectivo personal y por ello su integridad física se puede ver comprometida en el interior del centro penitenciario.

- *... FIES 5 (CARACTERÍSTICAS ESPECIALES)*

  Se incluyen diversos grupos de internos que, dadas sus características criminológicas o penitenciarias, precisan de un especial seguimiento, por razones de seguridad:

  – *Internos con un historial penitenciario de alta conflictividad, evasiones o violencia grave.*

  – *Autores de delitos graves contra las personas, la libertad sexual o relativos a la corrupción, que hayan generado gran alarma social.*

  – *Pertenecientes o vinculados a colectivos o grupos violentos*

  – *Internos, que sin estar procesados o condenados por terrorismo islamista, destaquen por su fanatismo radical, por su afinidad al ideario terrorista y por liderar o integrar grupos de presión o captación en el centro penitenciario.*

  – *Condenados por un Tribunal Internacional.*

  – *Colaboradores de la Justicia contra bandas terroristas u otras organizaciones criminales.*

5. Alta y baja en el fichero

De conformidad con la Instrucción 12/2011[16], tras recibirse en el Centro el acuerdo sobre la inclusión del interno en el FIES, habrá de procederse a su notificación; así como a informarle sobre la posibilidad de ejercitar sus derechos de rectificación y demás previstos en la LOPD; comunicarle quién es el responsable del fichero y la posibilidad que posee de acudir en queja al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. En la portada del expediente personal, se hará constar la inclusión en la base de datos y las diferentes documentaciones que se remitan a las Unidades de la Secretaría General y a otros Establecimientos Penitenciarios, antepuesta al nombre y apellido.

Desconocemos si realmente siempre se les notifica su inclusión, dado el oscurantismo que preside la materia. En la Resolución E/00471/2003, no se verifica esta notificación. Se trataba de un supuesto en el que el propio interno relata cómo se le

[16] En los mismos términos que la Instrucción 6/2006.

obliga a facilitar el número de teléfono de sus interlocutores en las comunicaciones telefónicas que efectuaba, descubriendo posteriormente la razón de ello: su desconocida inclusión en el fichero FIES.

6. Seguridad en el FIES

En atención a lo expuesto *ut supra* sobre el *status quo* del cuadro normativo que regula esta materia, cada uno de los diferentes ficheros penitenciarios que afectan a los internos cuentan con su propio nivel de seguridad, graduado de básico a alto, en función de la naturaleza de los datos incluidos en los mismos. Los funcionarios al servicio de la Administración Penitenciaria que necesitan para el desempeño de su labor acceder a los datos de carácter personal recogidos en los citados ficheros, cuentan con su clave de usuario para acceder a los mismos en función de su nivel de responsabilidad.

El fichero FIES posee un nivel de seguridad medio. Inicialmente, esta asignación resulta congruente con la estructura de datos oficial recogida en la Instrucción 12/2011, pues aparentemente ninguno de ellos va relacionado con los datos para los que el apartado 3 del artículo 81 del RDLOPD exige un nivel de seguridad alto.

La situación se torna preocupante tras examinar el último de los datos o elementos, que según la precitada Instrucción ha de contener el fichero: *datos procedentes de otras fuentes.* Si acudimos al apartado *fuentes* de las que se nutre el fichero según la Instrucción 12/2011, observamos cómo una de ellas es *otros informes.* Dentro de ellos se encuadrarían los que han de emitir los Subdirectores de Seguridad, o en su defecto, los Subdirectores de Régimen a la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria.

Tras la lectura del apartado de *Mantenimiento y actualización* de la citada Instrucción 12/2011, se vislumbra que uno de los extremos sobre los que los reseñados Subdirectores deben realizar sus informes es un concepto bastante indeterminado que convendría concretar: *cualquier otra información de interés.* La entidad de los datos que contenga esa información, podría precisar una elevación del nivel de seguridad.

III. BIBLIOGRAFÍA

ARRIBAS LÓPEZ, E., Fichero de internos de especial seguimiento y régimen cerrado, La Ley, 2010.

CERVELLÓ DONDERIS, V., Revisión de legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES, La Ley, 72, junio 2010.

SIERRA RODRÍGUEZ, J., Manual de Políticas Públicas Penitenciarias, ed. Editum, 2011.

SOLAR CALVO, P., Ficheros FIES y LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales. Una oportunidad para su legalización, La Ley Digital, 1991/2019.

SOLAR CALVO, P., El acceso al expediente penitenciario. El necesario tránsito de la forma al fondo, La Ley Digital, 9160/2019.

* * * * * *

Diego Martín Fernández

Abogado. Doctorando. Socio de la FICP.

~Respecto de la posibilidad de desarrollar un trabajo remunerado por parte de los penados~

Resumen.- Por medio de la presente ponencia efectuaremos una breve aproximación al concepto de trabajo que se puede desarrollar en los establecimientos penitenciarios, con especial mención a la imposibilidad de imposición de trabajos forzados, como consecuencia de lo establecido en el artículo 25.2 de la Constitución Española; así como a la evolución del mismo a lo largo de los siglos.

De otro lado, y en relación a la situación actual, analizaremos la finalidad que atiende el desarrollo laboral en el entorno de la prisión. Más concretamente, respecto de la finalidad resocializadora de tal trabajo. Todo ello en unión de las directrices marcadas por la Ley Orgánica General Penitenciaria, directamente en sus artículos 26 y 27, y el articulado correspondiente del Reglamento Penitenciario.

Palabras clave.- Trabajo –Prisión – Resocialización – obligación – derecho - tratamiento

I. INTRODUCCIÓN.

Por medio del presente estudio efectuaremos una breve aproximación a la posibilidad de desarrollar un trabajo remunerado, por parte de los penados, en el establecimiento penitenciario durante el cumplimiento de su pena.

Así, y aunque ya desde la antigua Roma se preveía la posibilidad de realización de trabajos forzosos por parte de los penados, tal y como nos indica GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, y que, tradicionalmente, se venía asimilando el concepto de trabajo en prisión con el de castigo o devolución o retribución a la sociedad de parte del mal que había desarrollado el penado por medio de la realización de trabajos forzosos[1], se vino sustituyendo su finalidad real.

Concretamente, tal retribución y su forma de desarrollo también se ha venido modificando a lo largo de los siglos, pues lo entendido en un principio como forma de desarrollar un castigo, sin más finalidad que éste, se vino transmutando en la realización de trabajos u obras públicas, tal y como nos indica LÓPEZ MELERO[2], que tenían una importante finalidad; tal como la realización de obras, edificios, palacios, … Finalidad que se ha venido realizando hasta no hace demasiado tiempo en Europa y que, a día de hoy, se continúa desarrollando en distintos lugares del planeta.

[1] Véase GUDÍN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS, F.: Diario La Ley 1813/2007, 2007, p. 4.
[2] Véase LÓPEZ MELERO, M.: La Ley 8902/2013, 2013, p. 1.

Y, así, respecto de Europa, no será sino hasta mediados del siglo pasado, cuanto se procedió a la prohibición por la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 a la prohibición de los trabajos forzados.

Prohibición, la de los trabajos forzados, que en la actualidad, y respecto del sistema jurídico español, se encuentra expresamente establecida en el artículo 25.2 de la Constitución Española, en la que, de otro lado, se establece la reeducación y la reinserción como las finalidades de la pena[3]; y que viene a indicar, también, la posibilidad de desarrollar, el penado, un trabajo remunerado. Siendo esta posibilidad de desarrollo la que será objeto de estudio por medio de la presente ponencia.

II. CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO AL TRABAJO POR PARTE DEL PENADO.

Como se ha adelantado anteriormente, y consecuencia de lo establecido en el citado artículo 25.2 de la Constitución Española, se sostiene la existencia del derecho fundamental al trabajo por parte del penado. Extremo que se viene a desarrollar por parte de la Ley General Penitenciaria en su artículo 26, en el que, no obstante, se establece, también, como un deber. Si bien tal concepto, el de deber, será analizado más adelante a fin de poder sostener que no se trata de un deber jurídico.

No debiendo confundir, en ningún caso, tal derecho al trabajo por parte del penado con la obligación que éste tiene de contribuir al orden, limpieza e higiene del establecimiento penitenciario, en los términos establecidos en el artículo 29 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, tal y como nos manifiesta VICENTE DE GREGORIO[4].

Derecho al trabajo que tiene su fundamento, también, en que la pena de prisión lleva consigo la privación de la libertad de deambulación, así como la de residencia y la propia libertad en sentido general, pero, en ningún caso se debe privar de otros derechos a los penados que, en tal condición, sí están en posibilidad de desarrollar, sobre todo, el derecho al trabajo. Derecho que, tal y como afirma LÓPEZ MELERO, constituye una de

[3] Constitución española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978). Artículo 25.2:
"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".

[4] VICENTE DE GREGORIO, M.: Cuestiones básicas de derecho penitenciario y de ejecución de penas privativas de libertad*",* 2015, pp. 82 y 83.

las bases fundamentales del tratamiento en prisión, junto a la educación[5]. Así como que tal posibilidad resulta determinante en la finalidad resocializadora del penado.

Trabajo que, conforme a lo establecido en el artículo 26 de la Ley Orgánica General Penitenciaria no podrá tener carácter de aflictivo ni de corrección, así como tampoco podrá ir contra la dignidad del sujeto, debiendo tener un carácter formativo, entre otros extremos.

Estableciéndose en el artículo 27 del mismo texto legal que tal trabajo habrá de estar comprendido dentro de la modalidad de formación profesional, dedicación a estudio, ocupación propia del tratamiento, prestación personal en servicios auxiliares, así como artesanales, intelectuales u otras similares.

Estableciéndose, en todo caso, que tal desarrollo se tendrá que efectuar bien en forma de trabajo dependiente, por cuenta ajena o en la modalidad de cooperativa, tal y como nos indica CASTAÑÓN ÁLVAREZ, quien nos añade, además, que fruto de lo anterior, la relación laboral ha de ser de conformidad a lo establecido en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores y, por ello, cumplir con las características de personal, ajeneidad, dependencia, voluntariedad y retribución[6].

Extremo que resulta de aplicación tanto a los penados de nacionalidad española como para los penados extranjeros, con base en lo establecido en el artículo 13.1 de la Constitución Española y el Real Decreto 782/2001, tal y como nos manifiesta LEGANÉS GÓMEZ[7].

Esto es, tal y como nos manifiesta ARIAS DOMÍNGUEZ, podríamos sostener que tal posibilidad de trabajo en prisión es una cuestión de orden jurídico, que se encuentra relacionada con la posibilidad y el derecho que asiste al penado a desarrollar un trabajo, pues éste se ha de entender como un derecho primario del sujeto[8].

Pero, no obstante lo anterior, y si nos estamos a la dicción literal del artículo 26 y 29 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, observamos como tal derecho también se configura como una obligación. Por lo que bien podríamos preguntarnos si el trabajo supone solamente un derecho del penado o si, por el contrario, y a pesar de lo indicado

[5] Véase LÓPEZ MELERO, M.: La Ley 864/2014, 2014, p. 1.
[6] Véase CASTAÑÓN ÁLVARES, M.J.: La Ley 6604/2015, 2015, p. 3.
[7] Vid. LEGANÉS GÓMES, S.: La Ley 1123/2006, 2006, p. 23.
[8] Véase ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: Revista Doctrinal Aranzadi Social 5/2012, 2012, p. 3.

en el articulado de la Constitución, viene a suponer de algún modo, también una obligación.

Si bien, nada más lejos de la realidad, ya que, como acertadamente sostiene la doctrina, éste se ha de entender como un deber moral, que no jurídico, de forma parecida a como viene establecido en la Constitución Española en su artículo 35.1, en el que se hace mención a dicho deber genérico de trabajar que incumbe a todos y cada uno de los españoles[9]; ya que en el supuesto contrario nos encontraríamos ante un sistema represivo y aflictivo[10].

Más al contrario, de la propia lectura del artículo 25.2 de la Constitución Española se podría concluir que el Estado, como quiera que el penado tiene derecho a desarrollar un trabajo retribuido, tiene la obligación de proporcionárselo cuando éste lo solicitase. Máxime si tenemos en consideración que tal precepto se configura como un derecho fundamental de los ciudadanos; tal y como se ha planteado, también, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS[11]. Cuestión que, como indica el anterior, ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional en Sentencias 82/1986, 2/1987 y 172/1989, entre otras, y en las que se ha venido a sostener que tal derecho lo es de aplicación progresiva. Esto es, en la medida en que al Estado le resulte posible tal aplicación.

Trabajo, a desarrollar por el penado en el ámbito penitenciario, que se ha de entender una finalidad evidentemente dirigida hacia la reinserción, tal y como sostiene LAMARCA PÉREZ[12], al igual que la pena.

O, más aún, tal y como sostiene también LÓPEZ MELERO, no deberemos olvidar que el trabajo conlleva también una formalización en el sujeto de determinado orden y economía, que supone una mejora en el tratamiento del interno y una adecuación a lo que se encontrará una vez abandone el establecimiento penitenciario, y haya cumplido su pena correspondiente[13]. Indicándonos la misma, que, incluso, el Tribunal Constitucional viene a sostener que los beneficios propios de la Seguridad Social, fruto del trabajo realizado por el interno, también se encuentran entroncados con las finalidades de reeducación y reinserción del penado.

[9] Véase CASTAÑÓN ÁLVARES, M.J.: La Ley 6604/2015, 2015, p. 8.
[10] Véase LÓPEZ MELERO, M.: La Ley 864/2014, 2014, p. 7.
[11] Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS, F.: Diario La Ley 1813/2007, 2007, pp. 6-7.
[12] Vid. LAMARCA PÉREZ, C.: en Prieto Sanchís, L., Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados, 1994, p. 96.
[13] Véase LÓPEZ MELERO, M.: La Ley 864/2014, 2014, p. 7.

Y, es que, todo lo anterior, va encaminado a lograr que el penado no cometa futuros delitos, esto es, tiene, también, una finalidad de prevención general; que ha de ser la finalidad propia de todo sistema jurídico penal de nuestra época, tal y como sostiene ARRIBAS LÓPEZ[14].

III. EL PENADO Y TAL FINALIDAD.

Como hemos visto a lo largo de todo el texto precedente, sostiene la doctrina que el derecho a un trabajo remunerado por parte de los penados supone dar cumplimiento a la finalidad de resocialización y reinserción del sujeto, por cuanto no solamente le dotará de mayores posibilidades al momento de abandonar la prisión, para poder encontrar un puesto de trabajo y no tener que caer nuevamente en la delincuencia; sino, también, por el hecho relativo a que tal desarrollo de un trabajo en el seno de prisión le dota de determinados valores como el sometimiento a disciplina y horario, el ver que fruto de su trabajo puede conseguir una retribución económica, …

Pero deberíamos preguntarnos si tales finalidades son compartidas, en cierto modo, por los propios penados. Esto es, si también ellos conciben el desarrollo de tal trabajo en el seno de prisión como una oportunidad encaminada a la resocialización y a tener una mejor vida el día de mañana, una vez cumplan su sanción.

Y, a tal fin, resulta sumamente ilustrativo el trabajo realizado por los profesores ALÓS MONER, MARTÍN ARTILES, MIGUÉLEZ LOBO y GIBERT BADÍA, en relación a si el trabajo es entendido por los penados como una oportunidad encaminada a la reinserción[15].

Así, si acudimos al citado estudio podremos observar cómo, cuestionados respecto de por qué trabajan un gran número de presos de Cataluña, la mayor parte de ellos manifestaron que realizaban el trabajo con la finalidad de obtener dinero, o de evitarse el estar en el patio de la prisión. Extremos que, en principio, parecen bien alejados de tal finalidad resocializadora o de reinserción que se supone conlleva el desarrollo de un trabajo en el seno de prisión.

Si bien, y cuestionados ya respecto de si entendían que el trabajo les ayuda a aprender algo para el día de mañana, una vez estén fuera de prisión, sí contestan afirmativamente un gran número de penados; sin que sea desdeñable, tampoco, el

[14] ARRIBAS LÓPEZ, E.: Revista Aranzadi Doctrinal 8/2017, 2017, p. 7.

[15] ALÓS MONER, R./MARTÍN ARTILES, A./Otros: *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)*, 2009, pp. 19-21.

número de ellos que contestaron manifestando que la ayuda que les prestaba el trabajo residía en que les hacía más llevadero el tiempo. Contestando, también, en casi idéntico porcentaje, respecto que les favorecía a un horario y organización.

Parece, así, que sí se puede sostener, finalmente, que se cumpla con tal finalidad, pero la misma no es concebida de forma original o primigenia por parte del penado que desarrolla un trabajo durante el cumplimiento de la pena, ya que para que admita tales finalidades se le debe cuestionar expresamente sobre ellas, sin que nazca de él de una forma instintiva la propia de la resocialización.

IV. CONCLUSIÓN.

Conforme a lo expuesto a lo largo del presente documento, podremos concluir que:

- PRIMERA.- Nuestro ordenamiento jurídico prohíbe el desarrollo de trabajos forzaos por parte de los presos.

- SEGUNDA.- No obstante lo anterior, sí admite nuestro ordenamiento, y la propia Constitución Española, la posibilidad de desarrollo, por parte de los penados, de un trabajo remunerado.

- TERCERA.- Tal trabajo remunerado ha de cumplir con las características de personal, ajeneidad, dependencia, voluntariedad y retribución, al igual que el resto de trabajadores.

- CUARTA.- La finalidad propia del trabajo por parte del penado radica en la resocialización y reinserción. Características propias, también, de la pena; ya que facilitarán al penado su vida una vez abandone el establecimiento penitenciario, pudiendo acogerse a los beneficios de la Seguridad Social, en igualdad al resto de trabajadores, así como facilitando su acceso a un puesto de trabajo que le aleje del círculo de delincuencia; dotándole, también, de un sometimiento a un horario y a una disciplina que le beneficiará fuera de la prisión.

- QUINTA.- Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, no es menos cierto que, cuestionados los presos al respecto, entienden que la principal finalidad del desarrollo por su parte de un trabajo en el seno del cumplimiento de su pena radica en la obtención de dinero o en la de evitar estar en el patio, de tal forma que se les haga más llevadera su estancia en prisión.

- SEXTA.- De lo anterior se deduce que se debe incidir más por parte de la administración en la concienciación a los penados de la importancia que tiene para ellos,

más allá de la obtención de ingresos económicos, la realización de un trabajo durante el cumplimiento de la pena, en relación con la facilitación de la reinserción y resocialización del sujeto. Dándose así cumplimiento, también, a la finalidad de prevención del sistema jurídico penal.

V. BIBLIOGRAFÍA.

ALÓS MONER, R./MARTÍN ARTILES, A./otros: ¿Sirve el trabajo penitenciario para la reinserción? Un estudio a partir de las opiniones de los presos de las cárceles de Cataluña, Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis), 2009.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: Fundamentos del trabajo penitenciario, Revista Doctrinal Aranzadi Social, 5/2012, 2012.

ARRIBAS LÓPEZ, E.: Sobre la urgente necesidad de cambiar los hábitos de producción normativa, Revista Aranzadi Doctrinal, 8/2017, 2017.

CASTAÑÓN ÁLVARES, M.J.: El Trabajo penitenciario, La Ley 6604/2015, 2015.

GUDÍN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS, F.: El trabajo penitenciario visto bajo la luz de las nuevas tecnologías, Diario La Ley 1813/2007, 2007.

LAMARCA PÉREZ, C.: Los derechos de los presos, en: Prieto Sanchís, L., Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados, Escuela libre editorial, Madrid, 1994.

LEGANÉS GÓMES, S.: Extranjeros en prisión, La Ley 1123/2006, 2006.

LÓPEZ MELERO, M.: Especial consideración del tratamiento penitenciario a través del trabajo, La Ley 8902/2013, 2013.

LÓPEZ MELERO, M.: La Educación y el trabajo como parte del tratamiento penitenciario en la legislación española, La Ley 864/2014, 2014.

VICENTE DE GREGORIO, M.: Cuestiones básicas de derecho penitenciario y de ejecución de penas privativas de libertad, Ed. LIDL, Madrid, 2015.

* * * * * *

Dra. María Jesús Muñoz Company

Abogado Fiscal Sustituta adscrita a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Socia de la FICP.

~La reinserción social. Especial análisis de las comunicaciones y visitas. Aplicación de las nuevas tecnologías~

Resumen.- El presente trabajo de investigación parte de la reinserción social de los internos para profundizar en el estudio del régimen de las comunicaciones y visitas que se regula tanto en la LOGP, como en el RP y en la Instrucción 4/2005, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, relacionándolo todo ello con un estudio sobre la influencia de las nuevas tecnologías en este ámbito; y todo ello, con la finalidad de reseñar la situación actual y proponer mejoras en el sistema al objeto de conseguir una efectiva reinserción en la sociedad actual de los internos.

I. INTRODUCCIÓN.

La Constitución Española dispone en su art. 25.2 que *"las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social"*, y el sistema penitenciario español concibe el tratamiento penitenciario como el conjunto de actuaciones directamente dirigidas a la consecución de este fin, partiendo de una concepción de intervención en sentido amplio, que no sólo incluye las actividades terapéutico-asistenciales sino también las actividades formativas, educativas, laborales, socioculturales, recreativas y deportivas. En este sentido, la Administración Penitenciaria orienta su intervención y tratamiento hacia la promoción y crecimiento personal, la mejora de las capacidades y habilidades sociales y laborales y la superación de los factores conductuales o de exclusión que motivaron las conductas criminales de cada persona condenada.

La Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, (en adelante, LOGP) en su Exposición de Motivos, refiere que *"…al defender en primer término la finalidad resocializadora de la pena, la ley pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma"*. Igualmente, la Exposición de Motivos del Reglamento Penitenciario, Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, (en adelante, RP), habla de la *"apertura de las prisiones a la sociedad –que formula crecientes demandas de participación y se implica cada vez más, en la actividad penitenciaria- para potenciar la acción de la Administración con los recursos existentes en la sociedad y para fortalecer los vínculos entre los delincuentes y sus familias y la comunidad, en línea con las conclusiones de la reunión de Tokio de 1.990"*.

La pena de prisión supone la privación de la libertad ambulatoria del sujeto responsable de un delito por el tiempo que dure la condena[1], por ello es indispensable que el penado tenga la posibilidad de continuar en contacto con su mundo exterior y que a la vez, el tiempo que está en prisión le sirva para reeducarse, reinsertarse y prepararse para la vuelta en libertad.

Partiendo del análisis de la reinserción social de los penados en los centros penitenciarios, lo que se persigue con el presente trabajo de investigación es profundizar, en concreto, en el estudio del régimen de las comunicaciones que se regula tanto en la LOGP, como en el RP y en la Instrucción 4/2005, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, de actualización de la Instrucción 24/96, de 16 de diciembre sobre comunicaciones y visitas (en adelante, Instrucción 4/2015), para finalizar con un estudio sobre la influencia de las nuevas tecnologías en este ámbito; todo ello, con el fin de reflejar la situación actual y proponer mejoras en el sistema al objeto de conseguir una efectiva reinserción en la sociedad actual de los internos.

II. LA REINSERCIÓN SOCIAL.

La reinserción social es un proceso sistemático de acciones que se inician desde el ingreso de una persona a la cárcel, durante el período de cumplimiento de la condena y prosigue cuando la persona retorna a su vida en libertad. Esta etapa, que incluye nivelación educacional, intervención psicosocial, capacitación e inserción laboral, además de actividades deportivas y culturales, busca incidir efectivamente en los factores individuales y sociales que mediaron para que una persona se haya involucrado en actividades delictuales[2].

El art. 1 LOGP determina cual es el fin primordial de las Instituciones Penitenciarias y así dispone que *"Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados".* Para alcanzar dicha finalidad reeducadora y de reinserción social, la LOGP regula el tratamiento penitenciario como: el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la

[1] FERNÁNDEZ DÍAZ, C. R. Las relaciones del interno con el mundo exterior y su importancia para la reeducación y reinserción social, RECPC 17-07, 2015, p. 1-26.

[2] BERNAL CIGARROA, A. Trabajando por la reinserción social. Disponible en: www.minjusticia.gob.cl/reinsercion-social/

intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, 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, asimismo, el art. 71.1 LOGP establece una clara prioridad del tratamiento frente a las normas de régimen, disponiendo que estas últimas no son finalidades en sí mismas, sino un medio para lograr el también adecuado para el éxito del tratamiento[3].

Los internos gozan de una serie de derechos que se reflejan en la CE, y así podemos resaltar, por el hecho de ser ciudadanos, los siguientes:

- Fundamentales. Entre otros, derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15); derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14); libertad religiosa (art. 16.1), o dignidad humana e intimidad (art. 18.1).
- Civiles. Tales como el derecho a la plena propiedad (art. 33) o la protección familiar (art. 39.1). • Sociales. Tales como el derecho a la educación y el acceso a la cultura (arts. 27 y 44), o el derecho al trabajo (art. 35).
- Políticos: como pudieran ser la participación en asuntos públicos (art. 23); petición individual y colectiva (art. 29); sufragio y referéndum (arts. 23 y 92), o ejercicio de la acción popular y participación en la Administración de justicia mediante la institución del Jurado (art. 125).

Asimismo, existen derechos como consecuencia de la condición inherente al recluso, propios de los detenidos y presos, y otros relativos a la condición de penados, según los casos[4].

El artículo 4 del RP añade otra serie de derechos entre los que se encuentran:

> *"d) Derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las medidas que se les programen con el fin de asegurar el éxito del mismo.*
>
> *e) Derecho a las relaciones con el exterior previstas en la legislación.*
>
> *f) Derecho a un trabajo remunerado, dentro de las disponibilidades de la Administración penitenciaria.*
>
> *g) Derecho a acceder y disfrutar de las prestaciones públicas que pudieran corresponderles.*

[3] DE VICENTE GREGORIO, M. Cuestiones básicas de Derecho Penitenciario y de ejecución de penas privativas de libertad. Ed. LDL, Madrid, 2015, p. 57.

[4] FERNÁNDEZ BERMEJO, D. Derecho Penitenciario, Ed. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2016, p. 319.

h) Derecho a los beneficios penitenciarios previstos en la legislación.

i) Derecho a participar en las actividades del centro.

j) Derecho a formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias, judiciales, Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal, así como a dirigirse a las autoridades competentes y a utilizar los medios de defensa de sus derechos e intereses legítimos a que se refiere el capítulo V del título II de este reglamento.

k) Derecho a recibir información personal y actualizada de su situación procesal y penitenciaria".

Formando parte del derecho a las relaciones con el exterior, se encuentra el régimen de comunicaciones y visitas que es el objeto principal del presente trabajo, en la medida en la que todas ellas se configuran como un derecho de los internos[5], que tiene como base fundamental la consideración de que éstos no son unos seres separados de la sociedad, sino que aunque se encuentren internos en un establecimiento penitenciario siguen en contacto con la misma y formando parte de ella, ya que a ella habrán de volver en el momento en el que cumplan la condena impuesta. Por ello, es preciso que el interno no rompa, en ningún momento, los lazos que le unen con dicha sociedad[6].

III. LAS COMUNICACIONES Y VISITAS.

1. Regulación legal y naturaleza.

Partiendo del principio reseñado anteriormente, que queda expresado en el art. 4 del RP[7] como se ha reseñado anteriormente, los internos pueden mantener el contacto con el exterior a través tanto de contactos directos como indirectos. Los primeros son los que se pueden tener fuera del establecimiento penitenciario: permisos de salida; y, los segundos, son aquellos que se articulan a través de las comunicaciones escritas y telefónicas y con los medios de comunicación.

La regulación de las comunicaciones y visitas en prisión se regula en varios de los ya citados textos legales. Así, la LOGP en sus arts. 51 a 53 recoge una serie de previsiones generales sobre ambas; el art. 51 prevé en su párrafo primero que "*los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos…*", estableciendo, además, en su

[5] FERNÁNDEZ ARÉVALO, L./NISTAL BURÓN, J. Derecho Penitenciario, Aranzadi, S.A., Pamplona, 2016, p. 782; DE VICENTE GREGORIO, M. Cuestiones básicas, p. 73; FERNÁNDEZ DÍAZ, C. RECPC 17-07, 2015, p.3.

[6] FERNÁNDEZ ARÉVALO, L./NISTAL BURÓN, J. Derecho Penitenciario, 2016, p. 782.

[7] Art. 4, 2 e) Derecho a las relaciones con el exterior previstas en la legislación.

párrafo segundo que "*estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento*". Los siguientes párrafos del citado artículo prevén las comunicaciones con abogados y otros profesionales, reconocen la posibilidad de efectuar las comunicaciones de forma telefónica con las garantías que el RP determine y establecen las condiciones en las que pueden darse la suspensión o intervención de las comunicaciones orales y escritas.

El RP, en sus arts. 41 a 49, junto a la Instrucción 4/2005, son los textos legales que desarrollan las previsiones generales recogidas en la LOGP. Asimismo, la Instrucción 3/2010, de protocolo de actuación en materia de seguridad, recoge también una serie de previsiones que están indirectamente relacionadas con las comunicaciones y visitas en prisión[8].

El art. 41 recoge las comunicaciones de los internos, ya sean preventivos o penados, como un derecho, que no dependerá, en sus mínimos de comunicación (LOGP art. 42.2 d), R.P. art. 233.2 b), del comportamiento o del grado de clasificación del interno. Siendo las únicas limitaciones las que establezca la LOGP y el RP. Como reglas generales, se establecen que las comunicaciones podrán ser orales o escritas. Se desarrollarán en la lengua del interno, y respetando al máximo la intimidad. Las limitaciones de las comunicaciones se acordarán atendiendo a razones de seguridad, interés del tratamiento y buen orden del centro y mientras esté decretada la incomunicación judicial. El interno tiene derecho a comunicar a su familia y abogado su ingreso en el centro penitenciario y su traslado a otro establecimiento. Todas las comunicaciones son anotadas en un libro registro donde se hace constar día, hora, datos de identidad de los comunicantes y relación con el interno. Además de las comunicaciones ordinarias, se prevé la posibilidad de conceder comunicaciones especiales y extraordinarias adicionales como recompensa (art. 263 RP). Se regulan las visitas de los internos extranjeros, con el fin de atender a las necesidades concretas de sus familias[9].

Los principios generales que presiden el derecho de los internos a las

[8] FERNÁNDEZ DÍAZ, C. RECPC 17-07, 2015, pp.3 y 4.
[9] GARCÍA CASTAÑO, C. Cuadernos de Derecho Penitenciario, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 5, 2000, pp. 7-9.

comunicaciones y visitas son:

- El derecho de todos los internos a mantener comunicaciones y visitas, con independencia de su situación procesal y penitenciaria, salvo los sometidos a incomunicación judicial, medida que solo puede adoptar la autoridad judicial.
- La necesidad de mantener dichas comunicaciones con la periodicidad que esté determinada reglamentariamente.
- La posibilidad de mantener estos contactos con una relación de personas cuya determinación queda bastante abierta en la regulación normativa.
- La posibilidad de que estas comunicaciones se sometan a ciertas restricciones en cuanto a controles por parte de la Administración Penitenciaria, por razones de seguridad, del interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento.
- En la celebración de las comunicaciones debe haber respeto a la intimidad del interno y sus allegados[10].

Considero que las comunicaciones que mayor trascendencia tienen son las que el interno realiza con sus allegados más cercanos, ya que son las que cuando recupere la libertad, serán determinantes para su incorporación a la sociedad y el desarrollo de su vida fuera de la prisión. Además, es necesario tener en cuenta que dichas relaciones y el contexto socio-familiar del interno, son relevantes para la valoración que realiza la Junta de Tratamiento acerca del pronóstico de reinserción social del interno para la concesión de permisos de salida y libertad condicional. De conformidad con lo acordado en los Criterios de actuación, Conclusiones y Acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (en adelante, JVP) en sus XXVII reuniones celebradas entre 1981 y 2018: Texto refundido y depurado actualizado a mayo de 2018, se estará a lo manifestado por el interno en cuanto al concepto de "allegado", siempre que el número de los así calificados sea razonablemente reducido y que el interno formule, respecto del origen de la relación, alegaciones fiables y susceptibles de verificarse[11].

Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento. Las comunicaciones ordinarias y extraordinarias que se efectúen

[10] FERNÁNDEZ ARÉVALO, L./NISTAL BURÓN, J. D. Penitenciario, 2016, pp.782 y 783.
[11] Encuentro de JVP celebrado en A Coruña los días 28 al 31 de mayo de 2018.p. 16.

durante las visitas que reciba el interno se anotarán en un libro de registro, en el que se hará constar el día y hora de la comunicación, el nombre del interno, y el nombre, domicilio y reseña del documento oficial de identidad de los visitantes, así como la relación de estos con el interno. Además, se podrán conceder otras de carácter extraordinario como recompensa y por urgentes e importantes motivos debidamente justificados en cada caso. Las comunicaciones y visitas se organizarán de forma que satisfagan las necesidades especiales de los reclusos extranjeros, en igualdad de condiciones con los nacionales[12].

Por último, en cuanto a la naturaleza jurídica de las comunicaciones y visitas, decir que si se atiende a su ubicación sistemática en la LOGP, habría que incluirlas dentro del régimen penitenciario; sin embargo, constituyen una parcela de actividad penitenciaria de reinserción social de los internos, en la medida en que son vehículos de contacto del recluso con el mundo exterior, contribuyendo así a paliar los efectos nocivos del internamiento[13].

2. Clases.

Dentro de la Primera Sección del Capítulo IV del Título II del RP, se recoge la siguiente clasificación:

1. Comunicaciones:
    a. Por la forma de celebrarse:
        i. Las orales.
        ii. Las escritas.
        iii. Las telefónicas.
    b. Por las personas con las que se pueden mantener:
        i. Con los familiares.
        ii. Con los amigos.
        iii. Con los allegados.
        iv. Con los abogados.
        v. Con personal judicial.

[12] FERNÁNDEZ BERMEJO, D. Penitenciario, 2016, p. 323.
[13] FERNÁNDEZ ARÉVALO, L./NISTAL BURÓN, J. D. Penitenciario, 2016, p. 783.

vi. Con diversos profesionales.

vii. Entre los propios internos.

2. Visitas:

a. Las familiares.

b. Las íntimas.

c. Las de conveniencia.

d. Por enfermedad grave.

e. En hospitales extrapenitenciarios.

La diferencia entre ambos de relaciones del interno con el mundo exterior (comunicaciones y visitas) radica en que en las primeras no existe un contacto físico directo entre el comunicante y aquel –están separados por un cristal-, y en las visitas no existe ninguna barrera intermedia entre ambos comunicantes, aunque es cierto que existen determinadas comunicaciones que pueden realizarse con inmediación física, como las que se realizan con los miembros del Ministerio Fiscal, o autoridades judiciales[14].

3. Comunicaciones Orales.

Estas comunicaciones se regulan en los arts. 42 a 44 del RP y en el apartado segundo de la Instrucción 4/2005. Este tipo de comunicaciones, a diferencia de las especiales, no se consideran beneficios penitenciarios, ya que su concesión no depende de la solicitud del interno o de su mala o buena conducta, sino que son un derecho que corresponde a todos los internos[15].

Son, por ello, el tipo de comunicaciones que con mayor frecuencia se celebran y es por eso que su regulación es más extensa que la prevista para el resto. Se trata de las denominadas en el lenguaje cotidiano penitenciario "comunicaciones con cristales" o en cabinas.

El RP en su art. 42 regula las directrices básicas que presiden las comunicaciones orales que los internos de un centro penitenciario pueden disfrutar. En su apartado primero establece que los internos dispondrán de dos comunicaciones semanales, las

[14] FERNÁNDEZ ARÉVALO, L./NISTAL BURÓN, J. D. Penitenciario, 2016, pp. 784 y 785.
[15] JUANATEY DORADO, C. Manual de Derecho Penitenciario, Iustel, Madrid, 2013, p. 182.

cuales se celebrarán durante el fin de semana. Estas tendrán una duración mínima de veinte minutos, pudiendo comunicar un máximo de cuatro personas simultáneamente con el mismo interno (apartado segundo) y teniéndose en cuenta para la organización de las mismas las dificultades en los desplazamientos de los familiares (apartado cuarto). El número tercero prevé que el tiempo de estas dos visitas semanales pueda acumularse en una sola, si las circunstancias del establecimiento lo permitieran. Por último, en su apartado quinto, se fijan los requisitos que han de darse para que un familiar o allegado pueda quedar autorizado para comunicar con el interno, debiendo acreditar su parentesco con el mismo, el primero, y obtener autorización del Director del establecimiento, el segundo.

No se olvida el RP de regular las visitas de los internos que se encuentren enfermos, ya sea en la enfermería del Centro Penitenciario o en un Centro Hospitalario de la Seguridad Social. Su regulación se realiza en los arts. 216 y 217 del RP, dentro del Capítulo Primero "Asistencia Sanitaria e Higiene" del Título IX. Se permite la visita de uno o dos familiares o allegados. Si el interno se encuentra en el centro penitenciario la visita la acuerda el Director a propuesta del médico y en caso de razones de seguridad puede estar sometida a vigilancia[16].

El apartado segundo de la Instrucción 4/2005, por su parte, recoge una extensa serie de previsiones desde la letra *a)* a la *u)*, donde desarrolla de forma más detallada algunas de las directrices básicas del Reglamento y abarca numerosos aspectos no previstos en él, que están relacionados con la forma y formalidades de la solicitud de comunicaciones, posibles cambios que sobrevengan, los casos de ausencia de algún visitante, la reseña de visitas, el control al que los visitantes han de someterse, las visitas de amigos o las de familiares de internos que residan fuera de España, entre otros[17].

4. Comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia.

Son las tres clases de comunicaciones orales que se regulan en la normativa penitenciaria, tanto en el art. 45 del RP como en el art. 53 LOGP.

Se las denomina también comunicaciones especiales, porque a diferencia de lo que ocurre con las comunicaciones orales, han de realizarse bajo la previa solicitud del

[16] GARCÍA CASTAÑO, C. Cuadernos, p. 10.
[17] FERNÁNDEZ DÍAZ, C. RECPC 17-07, 2015, pp.3 y 4.

interno o interesado[18].

Por lo que se refiere a las c*omunicaciones íntimas*, el Consejo de Dirección es el encargado de la organización de las mismas, estableciendo su horario. El Centro Penitenciario debe contar con uno o varios locales adecuados para desarrollar la misma Se concede como mínimo una al mes con una duración entre una y tres horas. Su concesión se realiza previa solicitud del interno, que deberá acreditar su relación de afectividad, exigiéndose una relación es estabilidad de seis meses de duración[19]. Realmente, sorprende la existencia de un límite temporal (seis meses) para considerar que una relación es estable, y tener la posibilidad de mantener relaciones sexuales, ya que no deja de ser una decisión que afecta a la libre voluntad del interno.

El TC se ha pronunciado al respecto en este tipo de comunicaciones. En STC 89/87 de 3 de junio considera que:

> *"el mantenimiento de relaciones íntimas no forman parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser precisamente, una manifestación de la libertad a secas (...) La autorización para la comunicación íntima restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad (...) pero esa restauración episódica es resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad*".

Los JVP, en sus criterios de actuación, acordaron que estas comunicaciones son compatibles con las distintas opciones sexuales de los internos. Asimismo, acordaron que el hecho de que los dos miembros de una pareja estén en prisión no obsta por sí al derecho a las comunicaciones íntimas. Por otro lado, fijaron que en las comunicaciones de convivencia habrán de concurrir los hijos menores de diez años y que no hay inconveniente en que la visita íntima tenga lugar con una persona (esposa o novia actual) y las comunicaciones de convivencia tengan lugar con los hijos, incluso acompañados de persona distinta de la anterior (antigua esposa o novia)[20].

Las *comunicaciones con familiares y allegados* se concederán una vez al mes como mínimo, deberán celebrarse en locales adecuados y tendrán una duración de entre una y tres horas. Su función específica es fomentar las relaciones familiares y de amistad para que el interno pueda recibir apoyo afectivo. La Instrucción 4/2005 las regula junto a las íntimas en el apartado tercero párrafo primero letra a), donde establece que se concederán dos (una íntima y otra familiar) al mes a aquellos internos que no

[18] FERNÁNDEZ DÍAZ, C. RECPC 17-07, 2015, p. 6.
[19] GARCÍA CASTAÑO, C. Cuadernos de Derecho Penitenciario, 5, 2000, p. 11.
[20] FERNÁNDEZ BERMEJO, D. Penitenciario, 2016, p. 327.

disfruten de permisos de salida habitualmente.

Por último, las *comunicaciones de convivencia* se concederán al interno con su cónyuge o persona ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años de edad, en virtud del art. 45.6 RP y se celebrarán en locales o recintos adecuados, teniendo una duración máxima de seis horas. Entiendo que resulta injustificado el límite de diez años de edad que se establece para los hijos menores que pueden disfrutar de estas comunicaciones. Se ha señalado[21] que este tipo de visitas se introdujeron en el Reglamento de 1996 para paliar el perjuicio que supuso rebajar de seis a tres años la edad de los menores que podían acompañar a sus madres en prisión. Teniendo en cuenta, sin embargo, que el fundamento de estas comunicaciones es permitir unas horas de convivencia en familia, no se explica el porqué de establecer dicho límite. Estas comunicaciones, por lo demás, son compatibles con el resto de los tipos previstos en el RP, tanto en el art. 42, como en los párrafos 4 y 5 del art. 45.

5. Comunicaciones escritas.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 46 RP, la correspondencia de los internos se ajustará a las siguientes normas:

1.- No se establecerán limitaciones en cuanto al número de cartas o telegramas que puedan recibir y remitir los internos, salvo cuando hayan de ser intervenidas por las mismas razones que las comunicaciones orales.

2.- Toda la correspondencia que los internos expidan, salvo en los supuestos de intervención, se depositará en sobre cerrado donde conste siempre el nombre y apellidos del remitente y se registrará en el libro correspondiente.

3.- Las cartas que expidan los internos cuyo peso o volumen excedan de lo normal y que induzcan a sospecha podrán ser devueltas al remitente por el funcionario encargado del registro para que en su presencia sean introducidas en otro sobre, que será facilitado por la Administración. En la misma forma se procederá cuando existan dudas respecto a la identidad del remitente.

4.- La correspondencia que reciban los internos, después de ser registrada en el libro correspondiente, será entregada a los destinatarios por el funcionario encargado de este servicio o por el de la dependencia donde se encuentre el interno, previa apertura

[21] CERVELLÓ DONDERIS, V. Derecho Penitenciario, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 255.

por el funcionario en presencia del destinatario a fin de comprobar que no contiene objetos prohibidos.

En los casos en que, por razones de seguridad, del buen orden del establecimiento o del interés del tratamiento, el Director acuerde la intervención de las comunicaciones escritas, esta decisión se comunicará a los internos afectados y también a la autoridad judicial de que dependa si se trata de detenidos o presos, o al JVP si se trata de penados. Cuando el idioma utilizado no pueda ser traducido en el establecimiento, se remitirá el escrito al centro directivo para su traducción y curso posterior[22].

6. Comunicaciones telefónicas.

La regulación de las comunicaciones telefónicas está prevista, en primer lugar, en el art. 47 del RP, el cual autoriza las mismas exclusivamente en dos casos: cuando los familiares residan en localidades alejadas o no puedan desplazarse para visitar al interno y cuando este último haya de comunicar algún asunto importante a familiares, abogado defensor o a otras personas. Si bien el Reglamento sigue en vigor, dicha limitación fue eliminada con la Instrucción 4/2005, cuyo apartado séptimo en su párrafo primero letra a) prevé que "*se autoriza, con carácter general, a todos/as los/as internos/as, un máximo de cinco llamadas telefónicas a la semana, cada una de cinco minutos de duración, sin que puedan ser acumulables de una semana a otra, ni el número de llamadas ni el tiempo de duración*".

Asimismo, el RP establece en su art. 47.4 que las comunicaciones telefónicas se celebrarán en presencia de un funcionario, lo cual entiendo que no se respeta unas condiciones mínimas de intimidad que habrían de regir todo tipo de comunicación; aunque es cierto que es necesario mantener un control sobre el orden en las cabinas y que estas estén a la vista de los funcionarios, el hecho de que estén abiertas, escuchándose así las conversaciones telefónicas[23], conculca el derecho a la intimidad de los internos.

IV. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

Las personas que ingresan en los centros penitenciarios se ven privadas de su libertad, pero no necesariamente deberían verse privadas de la comunicación, y menos con respecto a sus redes afectivas, las cuales pueden suponer un apoyo muy importante

[22] DE VICENTE GREGORIO, M. Cuestiones básicas, 2015, p. 77.
[23] FERNÁNDEZ DÍAZ, C. RECPC 17-07, 2015, p. 11.

en su proceso de reintegración y reeducación. Si las nuevas tecnologías que se utilizan en los Centros Penitenciarios para controlar a los presos, se utilizaran para desarrollar métodos educativos novedosos y mejorar la comunicación de los reclusos con el resto de la sociedad y acercar las prisiones a la comunidad, la reinserción de estas personas sería más rápida, efectiva y positiva.

Una de las cuestiones que caracterizan a las nuevas tecnologías, es que no son un medio de comunicación lineal en el que los usuarios son meros consumidores de información, sino que la comunicación es circular y los usuarios pueden ser creadores a la vez que consumidores. Esto supone un factor muy importante para los reclusos, pues gracias a los nuevos medios de comunicación pueden acceder a nuevos canales donde ser creadores de sus propios contenidos, pueden ser reconocidos por su trabajo, valorados por sus experiencias y conocimientos y tenidos en cuenta dentro de la sociedad. Esto supondría un gran paso en cuestiones educativas y psicológicas, pues una persona que se siente integrada (aunque sea de forma virtual), y valorada, tendrá muchas más facilidades para desenvolverse en el mundo actual, además facilitará la reintegración a la sociedad porque esa persona se sentirá de algún modo incluida en ella. De este modo, como afirma ELVIRA-VALDÉS[24] para los estudiosos de la comunicación, este proceso fundamental abarca diversas funciones entre las que se mencionan: satisfacer necesidades, fortalecer y mantener el sentido de identidad, cumplir con las obligaciones sociales, desarrollar relaciones, intercambiar información e influir en otros, por lo que se puede concluir que el proceso comunicativo es esencial para lograr estos objetivos. En definitiva, las nuevas tecnologías no sólo nos proporcionan recursos para poder mejorar los procesos educativos, sino que nos permiten llevar a cabo acciones que anteriormente no podríamos ni imaginar. Dentro de los establecimientos penitenciarios, pueden suponer un punto de cambio muy importante, acercando estos espacios al resto de la sociedad y estableciendo lazos comunicativos y de aprendizaje que ayuden a las personas que se encuentran internas en ellos.

La implementación de las innovaciones de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) ha ofrecido un contexto óptimo para garantizar este derecho a los reclusos sin amenazar la seguridad de los Centros Penitenciarios y reduciendo las opciones de delinquir o dirigir actos contrarios a la ley cuando se está en régimen de

[24] ELVIRA-VALDÉS, M.A. Presos 2.0: comunicación y Tic's en contextos de encarcelamiento, Perspectivas de la Comunicación, Vol. 7, nº 1, 2014, pp. 84-96.

prisión. En este sentido, los avances de los sistemas de telefonía y de software, han estimulado el desarrollo de sistemas específicos automatizados para establecimientos penitenciarios que se apoyan en nuevas regulaciones de las telecomunicaciones de los internos, lo que favorece la implantación de sistemas de control y de gestión de llamadas, así como le blindaje de las telecomunicaciones en las prisiones a muy bajo coste.

Un ejemplo de estas nuevas aplicaciones es el Proyecto AlfaDigital, que se inició hace más de una década en las prisiones de la Generalitat de Cataluña y que convierte a los internos en blogueros que crean sus propios contenidos[25]. Si bien es cierto que los internos no tienen permitido el acceso a redes informáticas por razones de seguridad, sin embargo, el avance de la tecnología ha hecho que ese uso controlado cada vez les permita hacer más cosas. En la actualidad, en los nueve centros penitenciarios de régimen ordinario de Cataluña, hay un total de 79 aulas de informática con unos 750 ordenadores, de los cuales 360 cuentan con acceso a la red. Por razones de seguridad y de régimen interno, todas las comunicaciones interactivas con el exterior quedan restringidas. Sin embargo, esto no impide que, con ayuda de los profesionales de los centros, se puedan desempeñar en internet como auténticos blogueros o "youtubers". Se trabaja mucho con la expresión oral de los internos para que aprendan a contar historias, y con esa metodología también aprendan a grabarse en el ordenador, a editar la voz o hacer una combinación de voz con otro sonido, música, efectos, etc... Algo a resaltar que se ha conseguido con este programa es la comunicación dentro y fuera que se ha abierto con los comentarios que dejan los internautas que además de servirles para ver la repercusión de lo que hacen, les permite crear una especie de correspondencia con familiares o personas cercanas, otros centros, ya sea con internos que están haciendo actividades parecidas o profesionales que un día fueron sus tutores.

V. CONCLUSIONES.

La reinserción social es uno de los fines de las penas privativas de libertad, tal y como se recoge en nuestra Constitución, de modo que tanto el tratamiento penitenciario como el régimen interno de los establecimientos penitenciarios deben girar en torno al mismo.

Las comunicaciones y visitas son un derecho de los internos que contribuyen de

[25] http://www.eduso.net

forma significativa a conseguir ese fin de reinserción, en tanto que aquellos continúan en contacto con su círculo más cercano, que es el que les va a acoger cuando finalicen el cumplimiento de dichas penas privativas de libertad.

Es cierto que hay restricciones y formalidades recogidas en la regulación que he analizado, como los seis meses necesarios para conceder estabilidad a una relación sentimental al objeto de poder comunicar de forma íntima, o los diez años como tope de edad de los hijos menores a fin de poder comunicar con sus padres/madres internos, que no facilitan precisamente esa reinserción y que deberían ser modificadas y adaptadas a la situación social actual.

Las nuevas tecnologías ayudan de una forma fácil, rápida y eficaz, al mantenimiento de ese contacto necesario, ofreciendo a los internos un cauce que evita que se desenganchen de un proceso que va a toda velocidad en la sociedad y que les va a aportar un conocimiento extra que les ayudará a comprender los cambios acontecidos en el ámbito tecnológico. Pueden así sentir que pertenecen a la sociedad, y además, les ayuda a mantener el contacto no solo con su círculo más cercano, sino con aquella en general, lo que facilita en gran medida esa reinserción de una forma continuada. Por ello considero necesario mantener y fomentar estos proyectos, al objeto de mejorar la calidad de vida de los internos y la relación de estos con el exterior.

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL CIGARROA, A. Trabajando por la reinserción social, www.minjusticia.gob.cl/reinsercion-social/

CERVELLÓ DONDERIS, V. Derecho Penitenciario, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

DE VICENTE GREGORIO, M. Cuestiones básicas de Derecho Penitenciario y de ejecución de penas privativas de libertad. Ed. LDL, Madrid, 2015.

ELVIRA-VALDÉS, M.A. Presos 2.0: comunicación y Tic's en contextos de encarcelamiento, Perspectivas de la Comunicación, Vol. 7, nº 1, 2014.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L./NISTAL BURÓN, J. Derecho Penitenciario, Aranzadi, S.A., Pamplona, 2016.

FERNÁNDEZ BERMEJO, D. Derecho Penitenciario, Ed. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2016.

FERNÁNDEZ DÍAZ, C.R. Las relaciones del interno con el mundo exterior y su importancia para la reeducación y reinserción social, RECPC 17-07, 2015.

GARCÍA CASTAÑO, C. Cuadernos de Derecho Penitenciario, nº 5 Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2000.

JUANATEY DORADO, C. Manual de Derecho Penitenciario, Iustel, Madrid, 2013.

* * * * * *

Crescencia del Pozo Prieto

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia de la FICP.

~El juez de vigilancia penitenciaria como órgano jurisdiccional de ejecución de penas y medidas de seguridad~

Resumen.- A través de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, Ley General Penitenciaria, se introdujo en nuestro derecho la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, regulándose dicha figura como un órgano jurisdiccional independiente de la Administración Penitenciaria y como órgano integrado en el Poder Judicial pero separado del órgano sentenciador. Su naturaleza jurídica ha sido objeto de múltiples controversias entre la doctrina, existiendo opiniones divergentes en relación a dicha cuestión. En cuanto a las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria vienen determinadas por una legislación dispersa.

I. ORIGEN NORMATIVO DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA.

Si bien los jueces de vigilancia penitenciaria[1] no son una figura desconocida para la doctrina, pues existen numerosos precedentes en el Derecho Comparado[2], su regulación en nuestro país se llevó a cabo a través de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, Ley General Penitenciaria, creándose así un órgano jurisdiccional encargado de la ejecución de las penas privativas de libertad y ejerciendo por tanto potestades jurisdiccionales propias distintas de las atribuidas al tribunal u órgano sentenciador.

La necesidad de crear un órgano específico encargado de ejecutar las penas privativas de libertad derivaba de la necesidad de que la labor de los órganos jurisdiccionales que habían dictado la sentencia debía cesar una vez que el reo ingresaba en prisión, lo que por otro lado es lógico, pues el órgano sentenciador debe desvincularse de una fase posterior cual es la de cumplimiento de lo establecido en la sentencia condenatoria[3].

[1] En la Exposición de Motivos de la LOGP se empleaba tanto la denominación de "Juez de Vigilancia" como la de "Juez de Ejecución de Penas".

[2] Fue Brasil el primer país que reguló la figura del Juez de Ejecución de penas en su Ley Federal de 1922, posteriormente otros países regularon dicha figura, así en Francia se crearon las Comisiones de Vigilancia en 1810, que evolucionaron hasta el juez de ejecución penas regulado en el Código de Procedimiento Penal, en Italia el Juez de Vigilancia aparece por primera vez en el Código Penal de 1930, ampliando sus competencias hasta llegar a la Ley Penitenciaria de 1975.

[3] Nuestra legislación concibe al Juez de Vigilancia Penitenciaria como un órgano especializado dentro de la jurisdicción penal, que es autónomo e independiente de cualquier otro órgano judicial, que se encarga de controlar la ejecución de las penas, medidas de seguridad postdelictuales, pero aplicando el derecho penitenciario.

Esta atribución al juez de vigilancia penitenciaria de unas funciones jurisdiccionales[4] específicas, se desprende también de la Ley Orgánica del Poder Judicial, LO 6/1985, de 1 de julio, pues dicha Ley distingue tres fases en la persecución del delito: la fase de instrucción, encomendada a los jueces de instrucción, la de enjuiciamiento atribuida a distintos órganos juridiciales y la fase de ejecución, correspondiendo esta última fase a los jueces de vigilancia penitenciaria en cuanto al cumplimiento de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad[5].

La LOPJ fue la que atribuyó a dicho órgano la denominación de Juez de Vigilancia Penitenciaria y consideró al mismo como órgano unipersonal que ejerce de forma exclusiva las funciones propias de la ejecución de las penas privativas de libertad así como de sus incidencias y la ejecución de las medidas de seguridad.

La propia Constitución Española en el artículo 117.3 establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, de tal forma que de tal regulación se desprende con claridad, que son los jueces de vigilancia penitenciaria los que deben ejecutar las penas que suponen privación de libertad, y ello como consecuencia directa de la independencia del poder judicial.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA.

En principio pudiera pensarse que la naturaleza jurídica del JVP es clara, pues como indica su propia terminológica, "juez", esto debería llevar a la conclusión de que se trata de un órgano jurisdiccional, sin embargo, es esta, la de determinar su naturaleza jurídica, una de las cuestiones que más problemas ha planteado en la doctrina, de tal forma que son numerosas las opiniones respecto a tal cuestión, en este sentido, GARCÍA VALDÉS era partidario de que el JVP en nuestra legislación se regulara como un órgano judicial especializado e independiente, apoyándose en el siguiente argumento: "*es necesario que quede diáfana la separación entre las atribuciones de la administración penitenciaria y la de los JVP y no puede producirse una invasión de aquellas por las de*

[4] El Juez de Vigilancia Penitenciaria viene regulado en el Titulo V de la Ley General Penitenciaria, en sus artículos 76 a 78. El carácter jurisdiccional del Juez de Vigilancia Penitenciaria viene determinado en el artículo 94.1 de la LOPJ.

[5] En este sentido MARTÍN DIZ. El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Edición Comares 2002, p.62

éste pues sería como venir a reconocer facultades de dirección del establecimiento a toda autoridad judicial "[6].

Este autor trataba de evitar que se mantuviera una concepción híbrida del JVP como órgano judicial-administrativo, entendiendo esta concepción que el JVP tenía conocimiento de daciones de cuenta de actos administrativos. Los partidarios de la concepción híbrida de los JVP se basaban en la idea de que dicho órgano ejercía funciones de propuesta de mejora organizativa, de propuesta de revisión de medidas de seguridad y finalmente atribuyendo a dicho órgano funciones de daciones de cuenta de actos administrativos[7].

Sin embargo, lo relevante es que la doctrina mayoritaria, entre ellos RACIONERO CARMONA, reconoce la naturaleza jurisdiccional[8] del JVP, función jurisdiccional que deriva por un lado del principio de legalidad que en el supuesto de ejecución de las penas privativas de libertad tiene como finalidad evitar que la Administración penitenciaria pueda variar el fallo condenatorio y de otro lado, de la competencia exclusiva que atribuye la Constitución Española a los Jueces y Tribunales de ejecutar lo juzgado.

Tras el análisis de las diferentes posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del JVP debe concluirse que el hecho de que el JVP controle la legalidad de la actividad penitenciaria no convierte a dicho órgano judicial en órgano administrativo, pues el JVP no puede intervenir en la gestión de los centros penitenciarios.

III. COMPETENCIAS ATRIBUIDAS AL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA.

1. Precisiones.

Son muchas las lagunas orgánicas y procesales en la legislación penitenciaria española, siendo necesario la existencia de un cuerpo legal de aplicación a los incidentes en la ejecución de las penas privativas de libertad, pues no existe en nuestro derecho un verdadero derecho de ejecución penal, debiendo acudirse a distintas normas para determinar las competencias de los JVP.

[6] GARCÍA VALDÉS, Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Necesidad de asumir nuevas competencias. En cuadernos de Derecho Judicial- Nº XVII. Derecho Penitenciario II 2003.

[7] FERNÁNDEZ ARÉVALO/ NISTAL BURÓN, Manual de Derecho Penitenciario, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2012

[8] RACIONERO CARMONA, El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Historia de un Afán. Minorías y Prisión. Revista Eguzkilore, Nº 12 San Sebastián 1998

En general los JVP tienen las funciones que les atribuye la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, salvaguardar los derechos de los internos, corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse y resolver los recursos que se interpongan contra las resoluciones por ellos adoptadas en el ejercicio de sus funciones.

2. Competencias previstas en la Ley Orgánica General Penitenciaria[9].

El artículo 76 de la LOGP establece:

"1.*El juez de vigilancia penitenciaria tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.*

2. Corresponde especialmente al juez de vigilancia:

a) Adoptar todas las decisiones necesarias para que ellos pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los jueces y tribunales sentenciadores.

b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.

d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de superior a catorce días.

e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.

f) Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.

[9] La Ley Orgánica General Penitenciaria tan sólo dedica tres artículos a regular las funciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, los artículos 76, 77 y 78.

g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos.

h) Realizar las visitas a los establecimientos que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo el Juez Central de Vigilancia penitenciaria recabar para el ejercicio de dicha función el auxilio judicial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que radique el establecimiento que ha de ser visitado.

i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado.

j) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del Establecimiento."

Conforme a dicho precepto se pueden resumir las funciones atribuidas por referida ley al Juez de Vigilancia Penitenciaria en el sentido de afirmar que dicho órgano debe hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos relativos a las modificaciones de la pena con arreglo a lo que dispongan los reglamentos y las leyes, salvaguardar los derechos de los internos y corregir abusos y desviaciones que puedan producirse.

El artículo 77 regula la potestad que tienen los Jueces de Vigilancia Penitenciaria para formular propuestas a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias relativas a la organización y desarrollo de servicios de vigilancia, ordenación de la convivencia en los establecimientos, organización y actividades de taller, escuela, asistencia médica y religiosa entre otras.

La LOGP, es un tanto parca, en la regulación de las funciones del JVP, dedicando tan sólo a esta cuestión tres preceptos[10].

3. Competencias previstas en el Código Penal.

El Código Penal en su artículo 98 alude a funciones encomendadas al Juez de Vigilancia Penitenciaria, tales como, el control de ejecución de las medidas de

[10] En este sentido véase, FERNÁNDEZ BERMEJO, Régimen disciplinario y Juez de Vigilancia Penitenciaria. Este autor entiende que la facultad protectora de los JVP no puede abarcar todos los derechos reconocidos en la LOGP.

seguridad, de tal forma que dicho órgano debe informar al órgano sentenciador sobre el cumplimiento de dichas medidas remitiendo a éste último propuestas anuales sobre el mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida.

El artículo 36.3 del mismo cuerpo legal, y previo informe del Ministerio Fiscal, de instituciones penitenciarias, podrá acordar la progresión a tercer grado por motivos humanitarios.

El artículo 90 del CP atribuye al JVP la competencia para acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión concediendo la libertad condicional al penado si este cumple los requisitos fijados en dicho precepto.

Igualmente y conforme establece el artículo 106 del CP el Juez de Vigilancia deberá con al menos dos meses de antelación a la extinción de la pena privativa de libertad elevar propuesta al órgano sentenciador para determinar el contenido de la medida de libertad vigilada fijando las obligaciones o prohibiciones que deberá observar el condenado.

4. Competencias previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esta norma es la que creó los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria[11] y la encargada de regular la distribución territorial de dichos órganos, estableciendo que en cada provincia habrá uno o más juzgados de vigilancia penitenciaria[12] y atribuyendo a dichos órganos competencias en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad así como emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimientos mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

IV. RECURSOS CONTRA RESOLUCIONES DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA.

Los recursos son los medios de impugnación de las resoluciones dictadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria. En principio todas la resoluciones dictadas por el JVP son recurribles excepto las resoluciones contra las que no cabe recurso alguno.

1. Recurso de reforma.

Se trata de un recurso potestativo y puede interponerse contra todos los Autos del

[11] El juzgado de Vigilancia Penitenciaria fueron creados por la LOPJ y entraron en funcionamiento en el año 1981 tras los acuerdos del Consejo General el Poder Judicial de fecha 9 y 22 de julio de 1981.

[12] Los recursos vienen regulados en la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ modificada por LO 5/2003, de 27 de mayo.

JVP excepto contra aquellos que sean irrecurribles. El recurso debe interponerse en el plazo de tres días a contar desde la última notificación y ante el mismo JVP, por el propio interno o por el Ministerio Fiscal no siendo necesario ni abogado ni procurador, dicho recurso será resuelto por el JVP. El recurso tendrá efecto suspensivo si se interpone contra autos en materia disciplinaria, salvo lo establecido en el artículo 44.3 LOGP.

El recurso de reforma es previo a la interposición del recurso de apelación pero pueden interponerse conjuntamente en el mismo escrito y de forma subsidiaria, de tal forma que en caso de desestimación del recurso de reforma se tendrá por interpuesto el de Apelación y se remitirá por el JVP a la Audiencia Provincial o a la Audiencia Nacional para su resolución.

2. Recurso de Apelación.

Según se acordó por los JVP en la reunión XXVII celebrada en mayo de 2018, el procedimiento para tramitar los recursos contra las resoluciones del JVP debe ser breve, flexible, garantizador, específico y autónomo[13].

Las resoluciones contenidas en el apartado 2 y 3 de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ son recurribles en apelación salvo las que se refieran a materia disciplinaria. El recurso debe interponerse en el plazo de cinco días ante el JVP y será resuelto en su caso por el Tribunal sentenciador, por la Audiencia Provincial o por la Audiencia Nacional en su caso. Para la interposición de dicho recurso están legitimados el interno y el Ministerio Fiscal, siendo necesario que el interno esté asistido de Letrado para poder interponer el recurso, pudiendo el letrado asumir la representación de su defendido en caso de que no se nombrase Procurador.

Las resoluciones de los JVP en materia de ejecución de penas son recurribles en apelación ante el Tribunal Sentenciador, entre estas materias podemos citar la liberta condicional, los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, clasificación penitenciaria etc. Entre las materias recurribles ante la Audiencia

[13] Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en su XXVII reunión celebradas entre 1981 y 2018. Texto Refundido y depurado actualizado a Mayo de 2018

Provincial o ante la Audiencia Nacional están los permisos, las quejas de los internos al amparo del artículo 76.2 d) LOGP[14].

3. Recurso de Queja.

Se interpone frente a las resoluciones del JVP que rechacen la admisión de un Recurso de Apelación de conformidad con lo establecido en el apartado 4 de la Disposición Adicional 5 de la LOPJ. Es necesario para su interposición la asistencia de letrado, debiendo interponerse el recurso ante el Tribunal Sentenciador y será resuelto por el tribunal que deba resolver la apelación.

4. Recurso de Casación.

Este recurso se interpone por infracción de ley[15] y para unificación de la doctrina pudiendo ser interpuesto por el Ministerio Fiscal y el letrado del penado y será resuelto por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Frente a los autos dictados por la Audiencia Provincial y la Audiencia Nacional resolviendo un recurso de apelación podrá interponerse recurso de casación para la interpretación de la doctrina cuando no quepa casación ordinaria[16].

El recurso para unificación de la doctrina, como así lo entiende CORONA TORRES, solamente podrá fundarse en la existencia de contradicción entre la doctrina establecida en el auto recurrido y la mantenida en las resoluciones alegadas para fundamentar el recurso[17], pudiendo el Tribunal Supremo optar por cualquiera de las doctrinas (la doctrina plasmada en el auto recurrido, o la doctrina alegada en contradicción con aquella) o adoptar otra postura distinta que en ningún caso afectará a las resoluciones (sentencias) dictadas con anterioridad.

5. Recurso de Amparo.

Este recurso tiene el carácter de recurso extraordinario y puede interponerse contra las resoluciones dictadas en Apelación por la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional, cuando se alega lesión o vulneración de un derecho fundamental[18],

[14] VICENTE DE GREGORIO, Cuestiones Básicas de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas Privativas de Libertad. Madrid 2015

[15] Apartado 7 de la Disposición Adicional 5 de la LOPJ .

[16] Apartado 8 de la Disposición Adicional 5 de la LOPJ

[17] CORONA TORRES, La Garantía de Ejecución Penal a cargo del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, Volumen 11, Diciembre 2015.

[18] Solamente la vulneración de derechos fundamentales susceptibles de amparo abrirá la vía del recurso de Amparo.

recurso que se interpondrá ante el Tribunal Constitucional por el Ministerio Fiscal o el interno.

Es necesario poner de manifiesto que además de los recursos que han sido objeto de análisis en el presente capítulo, cuando se han agotado todos los recursos y la persona se encuentra cumpliendo la condena aparezcan nuevo datos o pruebas de tal relevancia que puedan determinar que de haber sido conocidas en el momento de juicio y del dictado de la sentencia condenatoria esta hubiera sido de índole contraria, por lo que ante la existencia de pruebas que puedan determinar la inocencia del penado este podrá interponer recurso de revisión ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo aportando las nuevas pruebas.

Igualmente cabe poner de manifiesto que la Ley 4/2015, de 27de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en su artículo 13 concede a la victima del delito la posibilidad de interponer determinados recursos contra algunas resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria.

V. CONCLUSIONES.

El JVP ha quedado configurado de forma clara como un órgano jurisdiccional, incardinado en el poder judicial como órgano independiente del resto de órganos judiciales y en particular del órgano sentenciador, estando igualmente, y como el resto de órganos judiciales, sometido al principio de legalidad.

Las funciones que tiene atribuidas el JVP son fundamentalmente la ejecución de penas y medidas de seguridad, controlar la legalidad de la actividad penitenciaria, la salvaguarda de los derechos de los internos, la resolución de los recursos que sean de su competencia así como corregir los abusos y desviaciones que en el ámbito del régimen penitenciario puedan producirse.

A pesar de la importancia y trascendencia de las funciones atribuidas a los JVP su regulación en la legislación española es parca y dispersa. Así, como ya hemos analizado, la LOGP tan sólo dedica tres artículos a regular dicho órgano, no siendo esta la única ley que regula a los JVP, pues también otras leyes recogen en su articulado las funciones del JVP, esta dispersión normativa hace necesario la promulgación de una ley específica que regule su ámbito, funciones o procedimientos a seguir para resolver incidentes de ejecución de las penas privativas de libertad entre otras cuestiones.

La necesidad de completar esta regulación ha llevado a que en muchas ocasiones sean los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial los que vengan a completar esa parca regulación.

Si bien es cierto que las reuniones que celebran periódicamente los JVP, también vienen paliando algunas de las lagunas procesales de la legislación penitenciaria, estas reuniones no son la solución a largo plazo para solventar los problemas que se plantean en relación con un órgano judicial de importante transcendencia en el control y cumplimiento de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad.

BIBLIOGRAFÍA

RACIONERO CARMONA, El juez de vigilancia penitenciaria. Historia de un afán. Minorías y Prisión. Revista Eguzkilore Nº 12, San Sebastián, 1998

GARCÍA VALDÉS, Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Necesidad de asumir nuevas competencias. Cuadernos de Derecho Judicial. Nº XVII. Derecho Penitenciario II, 2003.

FERNÁNDEZ ARÉVALO/NISTAL BURÓN, Manual de Derecho Penitenciario, Editorial Thonsom Reuters Aranzadi, Pamplona 2012.

FERNÁNDEZ BERMEJO, Derecho Penitenciario, editorial Centro de estudios Financieros, pág 378 a 389. Régimen disciplinario y Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los JVP en su XXVII reuniones celebradas entre 1981 y 2018.

MARTIN DIZ, El juez de vigilancia penitenciaria. Garante de los derechos de los reclusos. Editorial Comares, 2002.

VICENTE DE GREGORIO, Cuestiones Básicas de Derecho Penitenciario y Ejecución de penas privativas de libertad, 2015, editorial, Líneas de distribución logística de papel S.L

* * * * * *

Sacramento Ruiz Bosch
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.
Socia de la FICP.

~La libertad vigilada. Aplicación a sujetos imputables~

I. INTRODUCCIÓN

Sin entrar a ahondar sobre antecedentes históricos en nuestro ordenamiento jurídico ni en las diversas medidas que en la actual regulación de la responsabilidad penal de los menores se asimilan ésta, la introducción de la medida de libertad vigilada en el Código Penal de 1995 se realizó por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

La entrada de la medida de libertad vigilada como complemento de la pena privativa de libertad supuso una importante novedad en el catálogo de medidas de seguridad contenidas en el Código Penal actual, viniendo a modificar de modo excepcional el camino marcado por el sistema vicarial de aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad exclusivamente en los casos de semiinimputabilidad[1].

La gran novedad del sistema introducido por la LO 5/2010 consiste en que, en el caso de la aplicación complementaria de la medida de libertad vigilada tras la pena privativa de libertad no existe vicarialidad, es decir, no se dará el cumplimiento priorizado de la medida de seguridad con abono de su duración al de la pena.

En efecto, su introducción supuso que por primera vez se pudiera imponer una medida de seguridad a sujetos imputables, ejecutándose en estos casos acumulativa y sucesivamente a la pena. La medida de libertad vigilada, tal y como aparece configurada en la actualidad, resulta de aplicación tanto a sujetos inimputables (o semiimputables) como a sujetos imputables[2]. En palabras de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 "La novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa".

[1] CÁMARA ARROYO, S., La libertad vigilada en adultos: naturaleza jurídica, modos de aplicación y cuestiones penitenciarias, La Ley Penal, 96-97, septiembre-octubre 2012, p. 1 (versión *on line* autonumerada).

[2] LEAL MEDINA, J., Opciones terapéuticas, Diario La Ley, Nº 8739, 12 de Abril de 2016, p. 2

Así pues, tras la reforma de 2010, el Juez o Tribunal sentenciador podrá imponer la medida de libertad vigilada como consecuencia jurídica al delito conforme a dos posibilidades:

a) Como medida de seguridad autónoma para sujetos inimputables y semiinimputables. El artículo 105 del Código Penal prevé la medida de libertad vigilada para supuestos de condenados inimputables o aquellos a los que se les hubiera aplicado una eximente incompleta[3]. Así, en los supuestos previstos en los artículos 101 a 104 del Código Penal, al imponer una medida de seguridad privativa de libertad o durante su ejecución, el Juez o Tribunal podrá imponer la medida de libertad vigilada (entre otras que el precepto prevé).

b) Como medida de seguridad complementaria a la pena de prisión para sujetos imputables[4]. El art.106.2 del Código Penal aborda el supuesto en que la libertad vigilada se aplica a un condenado imputable y por tanto, culpable, ordenando su cumplimiento para después de la pena privativa de libertad[5].

En el caso de los sujetos semiimputables o inimputables podrá imponerse la libertad vigilada conforme a la regulación general para medidas de seguridad prevista en el artículo 95.1 y 2 del Código Penal. En estos supuestos deberán concurrir las siguientes circunstancias: a) Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito; b) Que el sujeto esté exento total o parcialmente de responsabilidad criminal conforme a lo previsto en los arts. 20.1, 20.2 y 20.3 CP; y c) que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos[6].

II. LA LIBERTAD VIGILADA COMO MEDIDA DE SEGURIDAD COMPLEMENTARIA A LA PENA DE PRISIÓN

En el caso de los sujetos imputables, la medida de libertad vigilada podrá imponerse con carácter complementario a la pena de prisión. La medida no se establece con carácter alternativo a la pena de prisión, sino que se impone en sentencia junto a la

[3] SOLAR CALVO, P., Comentarios a la figura de la libertad vigilada a raíz de la STS de 11 de noviembre de 2014, La Ley Penal 123, noviembre-diciembre 2016, p. 4.
[4] CÁMARA ARROYO, S., La Ley Penal 96-97, 2012, p. 7.
[5] SOLAR CALVO, P., La Ley Penal 123, 2016, p. 5.
[6] CÁMARA ARROYO, S., La Ley Penal 96-97, 2012, p. 7.

pena privativa de libertad para su cumplimiento posterior a ésta, y se hará o no efectiva en función del pronóstico de peligrosidad[7].

El artículo 106.2 del Código Penal establece que el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta, siempre que así se disponga de manera expresa en la Parte Especial. Se trata, por tanto, de una medida de seguridad que se impone además de la pena[8].

La reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, amplió el catálogo de delitos cometidos por sujetos imputables a los que se les puede imponer la medida de libertad vigilada tras el cumplimiento de la pena[9]. La reforma de 2010 preveía su imposición únicamente respecto de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual o delitos de terrorismo. Tras la reforma de 2015 se podrá imponer también en todos los delitos contra la vida, y en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica (artículos 140 bis, 156 ter y 173.2 del Código Penal).

Para LEGANÉS GÓMEZ el motivo de esta nueva figura penal no es otro que "la incapacidad, en ocasiones, para que las condenas de prisión consigan el fin de la reinserción del delincuente a la sociedad, lo que hace necesario la adopción de medidas complementarias que permitan el tratamiento y control de estas personas después de cumplida la pena privativa de libertad"[10].

1. Modalidades de aplicación de la libertad vigilada complementaria a la pena privativa de libertad

En la Parte Especial del Código Penal se prevé la imposición de la medida de libertad vigilada en unos casos carácter preceptivo y en otros con carácter facultativo. En este segundo supuesto se deja al arbitrio del Juez o Tribunal la imposición de la medida, a diferencia de lo que sucede cuando la imposición es preceptiva.

[7] OTERO GONZÁLEZ, P., La libertad vigilada aplicable a ¿imputables?: presente y futuro, Dykinson, Madrid, 2010, p. 39.

[8] LEGANÉS GÓMEZ, S., Enfermedad mental y delito (Perspectiva jurídica y criminológica), La Ley Penal 76, noviembre 2010, Ley Orgánica 5/2010 (I), p. 32.

[9] SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., La respuesta punitiva frente al enemigo tras las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, La Ley Penal 132, mayo-junio 2018, pp. 7-8.

[10] LEGANÉS GÓMEZ, S., La Ley Penal 76, 2010, Ley Orgánica 5/2010 (I), p. 34.

Así por ejemplo, el artículo 140 bis del Código Penal recoge la posibilidad de imponer a los condenados por alguno de los delitos contemplados en el Título I del Libro II (dedicado al homicidio y sus formas) la medida de libertad vigilada, y el artículo 156 ter del Código Penal recoge una previsión similar para los delitos del Título III del Libro II (relativo a las lesiones) cuando la víctima fuere alguna de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 173 del mismo Cuerpo legal. CÁMARA ARROYO aprecia una importante amplitud en la cláusula del art. 156 ter del Código Penal "ya que lo lógico hubiera sido hacer referencia expresa a los delitos de lesiones que contienen los fundamentos de la lucha contra la violencia doméstica y de género (arts. 148.4 y 153 CP)"[11].

Su imposición preceptiva junto a la pena de prisión se establece, por ejemplo, en el artículo 192.1 del Código Penal que prevé la necesaria imposición de la medida de libertad vigilada (que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad) para los delitos comprendidos en el Título VIII (delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales), con una duración de cinco a diez años si alguno de los delitos fuera grave, y con duración de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. También se recoge con carácter preceptivo en el artículo 579 bis.2 del Código Penal, que prevé su imposición al condenado a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos de los comprendidos en el Capítulo VII (De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo) del Título XXII (Delitos contra el orden público), por tiempo de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave.

La STS 853/2014, de 17 de diciembre, estableció que, al imponer la medida de libertad vigilada, para la determinación de si se está ante un delito grave o menos grave, hay que tener en cuenta la pena en abstracto imponible y no la pena en concreto impuesta.

Dada su naturaleza jurídica, cuando su imposición es imperativa, la medida de libertad vigilada no participa de los límites derivados del principio acusatorio, de manera que deberá imponerse por el Juez o Tribunal sentenciador aunque no sea solicitada por las acusaciones (STS 2/2016, de 9 de enero).

[11] CÁMARA ARROYO, S. La más criminal de las políticas: La revisión permanente de la prisión, el asesinato del Título del homicidio, supresión de las faltas y blindaje político (notas críticas sobre la reforma penal en España), La Ley Penal 116, septiembre-octubre 2015, p. 20.

En los supuestos en la medida de libertad vigilada aparece como facultativa, su imposición requiere de un plus de motivación por parte del Juez o Tribunal sentenciador. Esta medida se impone en respuesta a la peligrosidad subsistente en el sujeto tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad, es decir, que deberá cumplirse una vez agotada ya la dimensión retributiva de la pena, lo que demanda del Juzgador la realización de un juicio y un pronóstico de peligrosidad criminal, que debe entenderse como una probabilidad de comportamiento futuro de comisión de nuevos delitos. En la sentencia que imponga la medida de seguridad el Juez o Tribunal deberá dejar constancia expresa del juicio de peligrosidad realizado, es decir, de los elementos que le han conducido a apreciar la peligrosidad criminal del acusado (como pueden ser los informes facultativos, psiquiátricos y/o psicológicos). Una vez realizado el pronóstico de peligrosidad, el Juez o Tribunal sentenciador deberá justificar la imposición de la libertad vigilada y, en atención a las circunstancias personales del sujeto, determinar cuáles son las medidas de entre las que se establecen en el artículo 106 del Código Penal, que se consideren como las más adecuadas para conseguir la rehabilitación del condenado.

Los artículos 192.1 y 579 bis.2 del Código Penal ofrecen al Juzgador unos criterios hermenéuticos a tener en cuenta a la hora de decidir sobre la imposición facultativa de la medida de libertad vigilada.

En el primero de estos artículos se establece que en el caso de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales que tengan la consideración de menos graves, podrá valorarse por el Juez o Tribunal la imposición de la medida de libertad vigilada atendiendo a los siguientes criterios: 1) que se trate de un solo delito; 2) que se haya cometido por un delincuente primario; 3) que se atienda a la menor peligrosidad del autor.

En el artículo 579 bis.2 del Código Penal se faculta al Juez o Tribunal para no imponer la medida de libertad vigilada a los condenados por delitos de terrorismo en atención a los siguientes criterios: 1) que se trate de un delito que no sea grave; 2) que el autor hubiere delinquido por primera vez; 3) y a la menor peligrosidad del sujeto.

2. Contenido de la medida de libertad vigilada. El artículo 106.1 del Código Penal

El contenido de la medida de seguridad de libertad vigilada se perfila en el artículo 106.1 del Código Penal, que impone un sometimiento a control judicial a través de una o varias de las once medidas previstas. Como hemos adelantado, se trata de una medida de seguridad no privativa de libertad que consiste en el sometimiento a una serie de obligaciones y prohibiciones, o en palabras de la Ley, "en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas" de las medidas recogidas en el precepto.

Siguiendo a SÁNCHEZ BENÍTEZ podemos realizar la siguiente clasificación de las medidas que integran el contenido de la libertad vigilada[12]:

a) Medidas genéricas de control y aseguramiento.

En este primer grupo se incluyen:

1) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

2) La presentación periódica en el lugar que se establezca por el Juez o Tribunal.

3) La de comunicar inmediatamente por el plazo máximo y por el medio que se establezca por el Juez cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.

4) La prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización judicial.

b) Medidas que pretenden evitar factores que precipiten la comisión de nuevos delitos.

En este segundo grupo podemos incluir:

1) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.

2) La prohibición de residir en determinados lugares.

3) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecer o facilitar al condenado la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza, es decir, el desempeño de actividades el penado pueda aprovechar para tales fines.

[12] SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., La Ley Penal 132, 2018, p. 8.

c) Medidas de protección a las víctimas y su entorno.

En este tercer grupo se incardinan las prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

d) Medidas enfocadas en la reeducación o corrección del condenado.

Podemos incluir en este último apartado las obligaciones de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares y la obligación inocuizadora de seguir tratamiento médico externo o de someterse a un control médico periódico.

Si se hubieren impuesto por diversos delitos varias medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, se cumplirán sucesivamente, sin perjuicio de las facultades del Juez o Tribunal sentenciador sobre modificación, reducción o cese de las medidas impuestas.

3. El control judicial de la medida de libertad vigilada. Funciones del Juez o Tribunal sentenciador y del Juez de Vigilancia Penitenciaria

En el ámbito de las garantías individuales del principio de legalidad penal, el artículo 3.2 del Código Penal recoge la garantía de ejecución cuando dispone que "La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes". La garantía jurisdiccional, como otra de las vertientes del principio de legalidad, se recoge en los artículos 24 y 117.3 de la Constitución, pues corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, así como en el artículo 3.1 del Código Penal cuando dispone que no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme, y en los artículos 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 9.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[13]. Es decir, que conforme al principio de legalidad de la ejecución penal, no podrá ejecutarse ninguna pena ni medida de seguridad de modo distinto a establecido en la ley y los reglamentos, debiéndose incluir en dicha garantía de ejecución, además de las disposiciones previstas en la referida normativa, las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica 1/1979, de

[13] LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio de Derecho Penal. Parte General, Dykinson, Madrid, 1997, pp.41-47.

26 de septiembre, General Penitenciaria y el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

El control judicial de la medida de libertad vigilada, como se deduce de la propia redacción del artículo 106 del Código Penal, se integra en la esencia misma de la medida, por cuanto ésta consiste en el sometimiento del condenado al control judicial del cumplimiento de alguna o algunas de las medidas establecidas en el precepto.

La libertad vigilada es una medida de cumplimiento posterior a la ejecución de la pena privativa de libertad, previéndose en la Ley la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria en su ejecución.

Por ello, podemos distinguir entre las funciones del Juez o Tribunal sentenciador y las del Juez de Vigilancia Penitenciaria en la ejecución de la medida de libertad vigilada.

Conforme al artículo 106.2 del Código Penal corresponde al Juez o Tribunal sentenciador imponer la medida en sentencia y concretar su contenido, y durante la fase de ejecución, y de conformidad también con los artículos 97 y 98 del Código Penal, le corresponde decretar el mantenimiento, el cese, la sustitución o la suspensión de la medida, reducir la duración de la libertad vigilada, poner fin a la misma, dejarla sin efecto y en caso de incumplimiento de una o varias obligaciones, a la vista de las circunstancias concurrentes, modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas[14].

Son dos los supuestos en que la Ley otorga competencias al Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de libertad vigilada (art. 98.1 CP): a) en aquellos casos en los que la medida de seguridad se impone como complemento al internamiento, según las previsiones del 105.2 del Código Penal, y b) cuando se impone como complemento a la pena de prisión, conforme al artículo 106.2 del Código Penal[15].

El artículo 106.2 del Código Penal establece que al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98 del Código Penal, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que concretará el contenido de la medida fijando las

[14] SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., La Ley Penal 132, 2018, pp. 8-9.
[15] CÁMARA ARROYO, S. La Ley Penal 96-97, 2012, p. 8.

obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 del artículo 106 del Código Penal que habrá de observar el condenado.

El informe del Juez de Vigilancia Penitenciaria no será vinculante para el Juez o Tribunal sentenciador, pues establece el artículo 106 del Código Penal que se respetará lo dispuesto en el art. 97, es decir, que la decisión final de mantenimiento, modificación o cese de la medida corresponderá al Juez o Tribunal sentenciador[16].

Si el condenado lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, el momento de la extinción de la pena a los efectos de la elevación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, se entenderá referido a aquél en que concluya el cumplimiento de todas las penas privativas de libertad impuestas.

Y el artículo 98.1 del Código Penal establece que en los casos de libertad vigilada (y también en los supuestos en que se haya impuesto una medida de seguridad privativa de libertad) que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar, al menos anualmente, al Juez o Tribunal sentenciador, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular esta propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes, y en su caso, el resultado de las actuaciones que a este fin ordene.

Entiende CÁMARA ARROYO que las potestades del Juez de Vigilancia Penitenciaria parecen tener un carácter primario informativo sobre la situación del penados. Se le confieren además otras competencias de supervisión que dependerán, en última instancia, de la decisión del Juez sentenciador (mantenimiento, modificación y cese de la medida). Partiendo de lo anterior, considera el autor que "nuestra actual regulación convierte al Juez de Vigilancia Penitenciaria en un improvisado agente de libertad vigilada"[17].

4. Intervención de la administración penitenciaria en el cumplimiento de la medida de libertad vigilada

Según el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General

[16] CÁMARA ARROYO, S., La Ley Penal 96-97, 2012, p. 8.
[17] CÁMARA ARROYO, S., La Ley Penal 96-97, 2012, p. 7.

Penitenciaria, la actividad penitenciaria deberá desarrollarse "con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales". La garantía de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales deriva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución.

Todo lo relativo al cumplimiento de las penas o medidas alternativas a la prisión, las medidas de seguridad privativas y no privativas de libertad y el sistema de ejecución de las obligaciones o deberes impuestos por el Juez en la Sentencia en los casos de suspensión de ejecución de la pena, deben ser organizados bajo la cobertura de la Administración Penitenciaria[18].

En desarrollo de la reforma operada en el sistema de medidas de seguridad por la Ley Orgánica 5/2010, se promulgó el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas, vino a reformar el Reglamento Penitenciario, que disciplina la competencia de la Administración Penitenciaria para el cumplimiento de las medidas de seguridad. Este Real Decreto "viene a fijar de forma clara y detallada en su Exposición de Motivos la necesidad de adaptar la actividad de las Instituciones Penitenciarias en relación con las nuevas previsiones legales que se han venido introduciendo en el Código Penal, ahondando en potenciar tanto las penas alternativas a la prisión como las medidas de seguridad no privativas de libertad. Y ello justifica, según esta norma citada, la necesidad de un nuevo marco reglamentario"[19]. MAGRO SERVET destaca respecto de las novedades terminológicas que recoge esta norma la mención de los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, definidas como "unidades administrativas dependientes de la Administración penitenciaria que están configuradas como equipos multidisciplinares en los que se integran los servicios sociales penitenciarios, y que tienen encomendado el cumplimiento de las penas y medidas alternativas a la privación de libertad". En el Capítulo V se regula el procedimiento de ejecución de medidas de seguridad, dividiéndose en dos secciones, la

[18] MAGRO SERVET, V., Competencia de la administración penitenciaria para la ejecución de las medidas de seguridad no privativas de libertad, y penas y medidas alternativas a la prisión (Desarrollo de lo dispuesto en el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio), La Ley Penal, 106, Sección Artículos, Enero-Febrero 2014, p. 3.

[19] MAGRO SERVET, V., La Ley Penal, 106, 2014, p.2.

primera relativa a las medidas de seguridad privativas de libertad, donde se hace una remisión a lo establecido en el Reglamento Penitenciario respecto del cumplimiento en Hospital Psiquiátrico Penitenciario; y la segunda, dedicada a la libertad vigilada postpenitenciaria[20].

Por tanto, es competencia de la Administración Penitenciaria todo lo que se refiera a: a) la coordinación y ejecución del cumplimiento de las penas de localización permanente en centro penitenciario, y de trabajos en beneficio de la comunidad; b) la libertad vigilada, porque a ella se refiere el art. 23 del citado Real Decreto; c) la sustitución y suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; y además, d) La Administración Penitenciaria sigue siendo competente para la ejecución y control de los trabajos en beneficio de la comunidad[21].

Para los supuestos en que se haya impuesto al penado la medida de libertad vigilada de cumplimiento posterior a una pena privativa de libertad, el artículo 23 del Real Decreto 840/2011 prevé que la Administración Penitenciaria, antes de finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad y a solicitud del Juez de Vigilancia Penitenciaria, elevará a éste un informe técnico sobre la evolución del penado, a los efectos previstos en el artículo 106.2 del Código Penal. Este informe será elaborado por la Junta de Tratamiento, u órgano autonómico equivalente, del Centro Penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional.

La Instrucción 19/2011 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias ha otorgado especial importancia a la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario como principal informadora de la progresión del interno y su pronóstico de peligrosidad de cara a concretar el contenido de la libertad vigilada post-prisión[22]. La instrucción prevé que, tres meses antes de la extinción de la condena, se elevará por la Junta de Tratamiento un informe técnico al Juez de Vigilancia Penitenciaria a estos efectos[23].

5. La libertad vigilada como posible regla de conducta durante el periodo de libertad condicional

Las medidas que integran la libertad vigilada, en cuanto deben cumplirse con

[20] MAGRO SERVET, V., La Ley Penal, 106, 2014, pp. 4-5.
[21] MAGRO SERVET, V., La Ley Penal, 106, 2014, p. 3.
[22] CÁMARA ARROYO, S., La Ley Penal 96-97, 2012, p. 7.
[23] ROCA POVEDA, M., La libertad vigilada. Notas desde una visión penitenciaria, La Ley Penal 96-97, septiembre-octubre 2012, p. 8.

posterioridad a la pena de prisión, no podrán tener efecto durante el cumplimiento de la privación de libertad, ni en el régimen abierto, ni en la libertad condicional, ni en ninguno de los permisos (ordinarios o extraordinarios) de los que pueda disfrutar el penado[24]. De manera que la libertad vigilada operará como medida de seguridad una vez cumplido el período de libertad condicional y, por ende, extinguida la pena de prisión.

No obstante lo anterior, de acuerdo con el artículo 90.2 del Código Penal, el Juez de Vigilancia Penitenciaria al decretar la libertad condicional de los penados podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del Código Penal, y una de las medidas del artículo 96.3 es la libertad vigilada. Para ROCA POVEDA "parece razonable que, ya desde la libertad condicional, como regla de conducta, la libertad vigilada se gestione con las obligaciones o prohibiciones que procedan a fin de no hacer al liberado ni de mejor ni de peor condición que, cuando extinguida la pena, deba asumir la libertad vigilada", pues "otra cosa no tendría coherencia, impediría comprobar su evolución y significaría desconocer la libertad material que supone la libertad condicional"[25].

6. El incumplimiento de la medida de libertad vigilada

Con carácter general, el artículo 100 del Código Penal establece para los casos de quebrantamiento las medidas de seguridad distintas al internamiento, que el Juez pueda acordar su sustitución por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad. Además se deducirá testimonio por el quebrantamiento de la medida.

En relación con la medida de libertad vigilada impuesta a sujetos imputables como complemento de la pena de prisión, el apartado 4 del artículo 106 del Código Penal dispone que, en caso de incumplimiento de una o varias obligaciones que conforman el contenido de esta medida de seguridad, el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468 del Código Penal.

[24] CÁMARA ARROYO, S., La Ley Penal 96-97, 2012, p. 8.
[25] ROCA POVEDA, M., La Ley Penal 96-97, 2012, p. 8.

De la interpretación conjunta de los artículos 100 y 106 del Código Penal parece deducirse que sólo el incumplimiento "reiterado o grave" del cumplimiento de la medida de libertad vigilada podrá dar lugar al delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal.

El Título XX del Libro II del Código Penal contiene los delitos contra la Administración de Justicia. El Capítulo VIII recoge las diversas modalidades de quebrantamiento de condena. En el artículo 468 del Código Penal se tipifica el delito de autoquebrantamiento, que presenta las siguientes modalidades:

a) El tipo básico, consistente en el quebrantamiento de determinadas resoluciones judiciales en el ámbito penal por parte del propio afectado con carácter general.

b) Un tipo cualificado referido a supuestos en los que el afectado está privado de libertad.

c) Otro tipo cualificado cuando se trate de penas de las contempladas en el artículo 48 del Código Penal o se trate de medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en un proceso seguido por un delito en el que sea ofendido alguna de las personas referidas en el art.173.2 del Código Penal o del quebrantamiento de la medida de libertad vigilada de artículo 106 del mismo Texto legal. Explica MUÑOZ CONDE que con la reforma llevada cabo por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se dio un tratamiento diferenciado y agravatorio al quebrantamiento de las penas contempladas en el artículo 48 del Código Penal, o de una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, cuando ha sido impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal, y la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha extendido también este tratamiento agravatorio al quebrantamiento de la medida de libertad vigilada[26].

d) Además, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha tipificado la conducta de quienes inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento. La jurisprudencia viene afirmando que el precepto establece una nueva modalidad de delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar consistente en la realización de posibles conductas relacionadas con

[26] MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 883.

el uso de dispositivos técnicos utilizados para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares adoptadas en procesos penales. Recordemos que el artículo 106.1.a) del Código Penal establece como medida integrante del contenido de la libertad vigilada la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan el seguimiento permanente. La inutilización o perturbación del funcionamiento de estos aparatos, o el hecho de no llevarlos consigo o no mantenerlos en condiciones de normal funcionamiento, podrá dar lugar a la comisión del delito previsto en el artículo 468.3 del Código Penal.

Especifica el artículo 100 del Código Penal que no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido, pero no obstante, se podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al sujeto de que se trate. Una de las medidas de la libertad vigilada es la obligación recogida en 106.1.k) del Código Penal de seguir tratamiento médico externo o de someterse a un control médico periódico, por lo que, en caso de negativa del penado a someterse a esta medida no cabrá la deducción de testimonio por quebrantamiento de condena, sino que el Juez o Tribunal sentenciador deberá optar por sustituirla por otra medida de seguridad prevista en la Ley.

III. CONCLUSIONES

La doctrina resalta que si se analizan las diferentes prohibiciones y obligaciones establecidas en el artículo 106.1 del Código Penal se puede comprobar "que su finalidad es meramente asegurativa, pero en pocas de ellas se establece un verdadero seguimiento o vigilancia del penado[27]".

Por otro lado, si partimos de que con "la figura de la libertad vigilada se pretende dar una solución en términos de respuesta penal a aquellos penados, condenados por determinados delitos, que habiendo extinguido su responsabilidad criminal siguen presentando un alto nivel de peligrosidad, entendida como grave riesgo de reincidencia" (SAP Cuenca, Sección 1ª, 23/2018, de 19 de septiembre), parece, en opinión de ÁLVAREZ DOYLE, que con el establecimiento de esta medida el Legislador acepta que la pena carcelaria no tiene efectos resocializadores, o abandona *a priori* el principio de resocialización durante la ejecución de la pena, pues da prácticamente por sentada la

[27] CÁMARA ARROYO, S. La Ley Penal 96-97, 2012, p. 9.

existencia de un pronóstico positivo de reiteración o reincidencia delictiva al finalizar su cumplimiento. Si las penas privativas de libertad se orientan, por mandato constitucional, a la resocialización del condenado, deben cubrir el objetivo de neutralización de la eventual peligrosidad del condenado[28].

Por otra parte, expone CÁMARA ARROYO que la medida de libertad vigilada se sumó al elenco de medidas penales que tomadas sin atender a los recursos materiales y personales necesarios para su puesta en marcha, y no se recoge en la nueva regulación mención alguna acerca de la figura del Agente de Libertad Vigilada[29].

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DOYLE, D., Sobre la ilegitimidad de la medida de libertad vigilada (o seguimiento socio judicial) para delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho (1), La Ley Penal nº 135, noviembre-diciembre 2018.

CÁMARA ARROYO, S., La libertad vigilada en adultos: naturaleza jurídica, modos de aplicación y cuestiones penitenciarias, La Ley Penal nº 96-97, septiembre-octubre 2012.

CÁMARA ARROYO, S. La más criminal de las políticas: La revisión permanente de la prisión, el asesinato del Título del homicidio, supresión de las faltas y blindaje político (notas críticas sobre la reforma penal en España), La Ley Penal nº 116, septiembre-octubre 2015.

LEAL MEDINA, J., Opciones terapéuticas en el derecho penal español: tratamientos médico-asistenciales desde la peligrosidad o culpabilidad. Posibilidades tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, Diario La Ley, Nº 8739, Sección Doctrina, 12 de Abril de 2016, Ref. D-152, Editorial La Ley, La Ley 1886/2016.

LEGANÉS GÓMEZ, S., Enfermedad mental y delito (Perspectiva jurídica y criminológica), La Ley Penal nº 76, noviembre 2010, Ley Orgánica 5/2010 (I).

LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio de Derecho Penal. Parte General, Dykinson, Madrid, 1997.

MAGRO SERVET, V., Competencia de la administración penitenciaria para la ejecución de las medidas de seguridad no privativas de libertad, y penas y medidas alternativas a la prisión (Desarrollo de lo dispuesto en el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio), La Ley Penal, Nº 106, Sección Artículos, Enero-Febrero 2014, Editorial La Ley, La Ley 342/2014.

MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

NISTAL BURÓN, J., El cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad. Problemática que genera la escasa regulación normativa al respecto, Diario La Ley, Nº 7865, Sección Doctrina, 24 de Mayo de 2012, Año XXXIII, Ref. D-213, Editorial La Ley, La Ley 5388/2012.

OTERO GONZÁLEZ, P., La libertad vigilada aplicable a ¿imputables?: presente y futuro, Dykinson, Madrid, 2010.

ROBLEDO VILLAR, A., Las medidas de seguridad, Actualidad Penal, Sección Doctrina, 1998, Ref. XXXIII, pág. 583, tomo 2, Editorial La Ley, La Ley 2771/2001.

[28] ÁLVAREZ DOYLE, D., Sobre la ilegitimidad de la medida de libertad vigilada (o seguimiento socio judicial) para delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho (1), La Ley Penal 135, noviembre-diciembre 2018, p. 7.

[29] CÁMARA ARROYO, S., La Ley Penal 96-97, 2012, p. 10.

ROCA POVEDA, M., La libertad vigilada. Notas desde una visión penitenciaria, La Ley Penal nº 96-97, septiembre-octubre 2012.

SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., La respuesta punitiva frente al enemigo tras las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, La Ley Penal nº 132, mayo-junio 2018.

SOLAR CALVO, P., Comentarios a la figura de la libertad vigilada a raíz de la STS de 11 de noviembre de 2014, La Ley Penal nº 123, noviembre-diciembre 2016.

* * * * * *

M.ª Adoración Ruiz Rodríguez

Abogada. Talavera de la Reina (Toledo). Socia de la FICP.

~Derechos fundamentales de los reclusos~

I. INTRODUCCIÓN

El art. 25.2 de la Constitución española dice que las personas que estuvieren cumpliendo una pena de prisión gozarán de los derechos y libertades fundamentales del capítulo segundo del título primero, salvo que expresamente hayan sido limitados por: «el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria».

Además, especifica que «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».

Con esta declaración de principios, sistemáticamente ubicada en la parte más noble de nuestro Texto Constitucional, los derechos fundamentales, se pretende evidenciar que el preso es, como el resto de los ciudadanos[1], un sujeto de Derechos a exigir de la Administración penitenciaria.

El problema, el nudo gordiano de la cuestión, en lo que alcanzamos a ver, descansa en que tal postulado es cierto en tanto en cuanto, como se encarga de matizar el propio artículo 25.2º de la CE, su ejercicio por el recluso no se vean afectados por el sentido de la pena, el contenido del fallo condenatorio y la Ley penitenciaria.

Tal trilogía hace que en la praxis, este paralelismo en el ejercicio de los derechos fundamentales entre el ciudadano libre y el preso no sea, ni mucho menos, tan diáfano como pudiera desprenderse en una primera lectura del Texto constitucional.

En el marco de la LOGP son los artículos 3 y 6, sin perjuicio de ulteriores desarrollos en otros artículos tanto de la Ley como del Reglamento, los preceptos troncales del estatuto jurídico del recluso[2], siendo tradicional en la doctrina su exposición distinguiendo entre tres grandes categorías; en primer lugar, los derechos fundamentales del recluso; en segundo lugar, derecho como ciudadano y, finalmente, los derechos estrictamente penitenciarios.

[1] FERNÁNDEZ APARICIO, J. M. Derecho penitenciario. Comentarios prácticos. Edit. Sepin. Madrid, 2007, P. 18.

[2] Por su parte, es el artículo 4 del RP el que, con mejor sistemática, cataloga el conjunto de derechos de los internos

Dentro de esta segunda categoría, pueden esbozarse aún dos nuevos bloques. El primero, referido a los derechos en relación al tratamiento penitenciario; el segundo, los derechos regimentales.

En esta comunicación expondremos sucintamente cada uno de estos distintos derechos de los reclusos, dedicando una atención especial a la una cuestión de especial significación cual es la protección de la vida-salud de los reclusos por parte de la Administración penitenciaria

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL RECLUSO

La propia Exposición de Motivos de nuestra LOGP proclama que «el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo», al abordar la cuestión de los derechos fundamentales del recluso, bien podríamos concluir con una remisión expresa al artículo 25.2 de la CE, en cuya virtud, como bien se sabe, el preso goza de todos los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, no puede resultar extraño que el artículo 3 de la LOGP y, ulteriormente el artículo 3 del RP, disponga que «la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los recluidos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecer diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza».

Más en concreto, el apartado 4 del citado artículo 3 de la Ley, proclama el deber y, correlativamente, el derecho de los internos, a la vida, integridad y la salud de los internos, como plasmación de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 15 de la CE.

Y como proyección directa de este derecho a la vida, integridad y la salud de los reclusos, a lo largo del texto legal se van articulando ulteriores obligaciones de la Institución penitenciaria, entre las que cabría colacionar: la obligación de prestar alimentos (art. 21.2 LOGP), la obligación de ofrecer a los internos un vestuario adecuado (art. 20.1), la obligación de acometer un régimen higiénico suficiente (art. 19.2 LOGP), así como la asistencia sanitaria necesaria (art. 36).

Sí nos situamos en el ámbito del Derecho al honor y a la intimidad del art. 18 de la CE, debemos aludir al derecho de los reclusos a ser designados por su nombre (art. 3.5) y a comunicarse en su propio idioma (art. 51.1 LOGP).

El derecho a la intimidad, no viene expresamente enunciado en el artículo 3 de la Ley, a diferencia del artículo 4. 2 b) del RP, en el que si se apela al derecho a que se preserve su dignidad, así como su intimidad. No obstante, si puede afirmarse que es este derecho el que se erige en un límite impuesto a la Administración respecto de actividades tales como los traslados (art. 18 LOGP), los cacheos y requisas (art. 23 LOGP), el empleo de métodos de tratamiento (art. 66.2 LOGP), la intervención o suspensión de las comunicaciones (art. 51.5 LOGP).

Igualmente, otra de las proyecciones del derecho a la intimidad, en su vertiente de habeas data, lo encontramos en la regulación contenida en el RP de cuanto afecta al respecto del tratamiento de datos de carácter personal de los ficheros penitenciarios, concretamente en sus artículos 6 y siguientes.

Como concreción del derecho a la dignidad humana ha de aludirse a la interdicción de cualquier clase de malos tratos a los internos, de obra o de palabra, en los términos contemplados en el artículo 6 de la Ley.

Finalmente, en lo que afecta al derecho a la libertad religiosa reconocido en el artículo 15 de la CE, en el marco de nuestra LOGP debemos acudir a su artículo 54LOGP, en el que se proclama que «la Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse». A tal efecto, la propia Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, consciente de la transcendencia que para la vida del recluso puede tener esta parcela de la libertad, ha desarrollado las posibilidades de que las distintas Confesiones religiosas puedan asistir a los internos a través de la Circular 4/1997, de 27 de marzo.

III. DERECHOS DEL RECLUSO COMO CIUDADANO

El penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, tal y como expresaba la Exposición de Motivos. Para recopilar, ahora, los derechos del recluso en cuanto ciudadano, podemos partir del contenido del artículo 3.1 de la LOGP, precepto en el que se declara que:

«los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de su condena».

Desde una perspectiva más concreta, en lo que a los derechos civiles se refiere, habría que incluir en este grupo, tanto el derecho a la propiedad (art. 33.1 de la CE) como al derecho a la protección familiar del art. 39.1 del Texto Constitucional. El primero de ellos, a nuestro juicio, evidencia una vez más que las motivaciones de orden y seguridad, son las prevalentes en el ámbito penitenciario, por cuanto las restricciones regimentales del derecho a la propiedad del interno son en exceso formalistas. Así, si bien es cierto que el artículo 22.1 de la LOGP contempla la posibilidad de que el recluso pueda disponer de su patrimonio, tal regla deviene en la praxis en excepción. Piénsese, en la imposibilidad del uso de dinero en el interior del Centro penitenciario, sustituido por el peculio[3], en la prohibición de poseer alhajas, u otros objetos de valor no autorizados[4], la imposibilidad de poseer artículos tan usuales como teléfonos móviles, o las serias trabas para la utilización de ordenadores personales[5] etc...

En cuanto a las manifestaciones del derecho a la protección familiar en el ámbito penitenciario, qué duda cabe que nos encontramos, entre otros, con el derecho del recluso a mantener el contacto familiar a través del régimen de comunicaciones y visitas, previsto en el art. 51.1 de la LOGP; con la obligación de informar al interno del

[3] Dispone a tal efecto el artículo 301 del RP lo siguiente: «1º- Queda prohibido a los internos el uso de dinero de curso legal, salvo en los Establecimientos de régimen abierto o en situaciones excepcionales debidamente autorizadas por el centro directivo. Las normas de régimen interior de cada centro penitenciario establecerán la obligatoriedad para los internos de efectuar las compras en los Establecimientos mediante tarjeta-valor, tarjeta magnética, tarjeta con microchip u otros sistemas análogos». Asimismo, el artículo 319 del RP, es el encargado de disciplinar el peculio de los reclusos, indicando que «1º- el fondo de peculio se constituirá con las cantidades que los reclusos tengan en su poder al ingresar en el Establecimiento y con las que reciban posteriormente por cualquier concepto de procedencia legítima»

[4] El artículo 70 de la LOGP y, ulteriormente, el artículo 317 del RP, prevén la intervención del dinero, alhajas u otros objetos de valor no autorizados, así como los objetos que se entiendan peligrosos para la seguridad o convivencia ordenada o de ilícita procedencia.

[5] En particular, en lo que afecta a la disposición de ordenadores personales, el artículo 129 del RP dispone lo siguiente: «1º- Cuando razones de carácter educativo o cultural lo hagan necesario o aconsejable para el desarrollo de los correspondientes programas formativos se podrá autorizar que el interno disponga de un ordenador personal. Con este fin, se exigirá que el interno presente una memoria justificativa de la necesidad avalada por el Profesor o Tutor. 2º- El uso del ordenador y del material informático se regulará en las correspondientes normas de régimen interior y, en todo caso, quedará prohibida la transmisión de cintas o diskettes y la conexión a redes de comunicación. 3º.- El Consejo de Dirección podrá retirar la autorización concedida cuando existan fundadas sospechas de que se está haciendo un mal uso de la misma o cuando la autorización no se corresponda con una necesidad real del interno. En todo caso se entenderá que existen sospechas de un mal uso del ordenador cuando el interno se niegue a mostrar el contenido de la totalidad de los archivos del mismo, previo requerimiento del Consejo de Dirección».

fallecimiento o enfermedad grave de algún familiar próximo (art. 52.2 de laLOGP), así como en los permisos extraordinarios en casos de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, contemplados en el art. 47.1 de la LOGP.

Por su parte, en el plano de la maternidad, cabría colacionar la previsión de las Unidades de Madre (arts. 178 a 181 del RP) y el correlativo derecho de las internas a tener en su compañía a los hijos menores de tres años y, ulteriormente, el derecho a mantener contacto con los hijos menores de 10 años que no convivan con la madre a través de un régimen específico de visitas, previstos, respectivamente, en los artículos 38.2 de la LOGP y 17 del RP.

Del mismo modo, también entraña la protección a la familia cierto papel en la previsión contenida en el artículo 12 de la LOGP, referida a que la ubicación territorial de los distintos establecimientos penitenciarios por la Administración penitenciaria deberá procurar satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social. Con todo, lo anterior no genera per se un auténtico derecho del recluso a ser internado en el Centro penitenciario de su provincia[6].

Entrando en lo que se conceptualizan como derechos sociales del recluso, hay que referirse, esencialmente, al derecho-deber al trabajo, en los términos enunciados en el artículo 26 de la LOGP[7], y al derecho a la educación y al acceso a la cultura, reconocidos tanto en el art. 25.2º de la CE como en los artículos 55 a 58 de la LOGP, pudiendo resaltar que en cada establecimiento penitenciario deberá existir una escuela en la que se desarrollará la instrucción de los internos, esencialmente, los analfabetos y los jóvenes (art. 127 RP), así como que la Administración penitenciaria dará las máximas facilidades para que aquellos internos que no pueden seguir cursos en el exterior, lo puedan hacer por correspondencia, radio o televisión.

Por último, en el grupo de los derechos políticos de los reclusos debemos incardinar el derecho al sufragio y el derecho a formular peticiones y quejas.

Respecto del primero, téngase en cuenta, no obstante, que el artículo 41 del CP contempla como pena la inhabilitación absoluta que, entre otros derechos, priva al

[6] RÍOS MARTÍN, J. C./AA.VV. Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel. Edit. Colex. Madrid, 2010, pp. 71 y ss.

[7] Sobre el alcance y contenido de este derecho-deber a trabajar de los reclusos, STC 116/2002, de 20 de mayo.

sujeto del derecho de sufragio pasivo para ser elegido cargo público durante el tiempo de condena.

Por su parte, es el artículo 4.2 j) del RP el que establece el derecho a formular quejas y peticiones ante las Autoridades Penitenciarias, judiciales, ante el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, así como a utilizar los medios de defensa de sus derechos e intereses legítimos a que se refiere el Cap. V. del Tit. II de este Reglamento, en el que, en lo que ahora interesa, se prevé en su art. 54 (RP) que

«los internos podrán formular directamente las peticiones o quejas o interponer recursos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria en los supuestos a los que se refiere el art. 76 de la LOGP, esto es, respecto del procedimiento de ejecución de la pena, respecto de los derechos de los internos y, finalmente, respecto de los abusos o desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse».

Por último, para cerrar el espectro de los derechos políticos de los internos, cabría aludir al derecho a acceder y disfrutar de las prestaciones públicas que pudieran corresponderle, reconocido en el artículo 4.2 g) del RP.

IV. DERECHOS ESTRICTAMENTE PENITENCIARIOS

Si el anterior catálogo de derechos de los reclusos se deducía de su condición de ciudadanos del Estado, debemos ahora examinar sucintamente los derechos que ostentan los reclusos en cuanto internos de un Centro penitenciario o, si se prefiere, derechos derivados de la relación jurídica penitenciaria[8], caracterizados por ser creación del Legislador y susceptibles, como veremos, de graduación, revocación y objeto de autorización por parte de la Administración penitenciaria o el JVP, según los casos. En la órbita de este nuevo haz de derechos de los reclusos, en un intento de sistematizarlos, podríamos distinguir dos grupos: el primero, referido a los derechos en relación al tratamiento penitenciario; el segundo, a los derechos regimentales.

En el bloque de derechos relativos al tratamiento penitenciario, hay que partir de que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 59 de la LOGP, el tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y la reinserción social de los penados.

[8] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coordinadores). Manual de Derecho penitenciario. Edit. Colex. Madrid, 2001, p. 154.

Efectuada la anterior precisión terminológica, ha de indicarse, sin solución de continuidad, que quizás el tratamiento sea el derecho del recluso por antonomasia. Así, de una parte, señala el artículo 4.2 d) del Reglamento, el derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las medidas que se les programen con el fin de asegurar el éxito del mismo.

Y, de otra parte, se remarca igualmente su carácter voluntario, al preverse en el artículo 112.3º del RP que «el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado».

Y al aludir a los derechos de los internos respecto del tratamiento penitenciario, no podemos dejar de mencionar el derecho del interno a las progresiones de grado, indicando sobre este extremo que, conforme dispone el art. 72.4º de la LOGP, «en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión».

Si examinamos ahora los derechos regimentales, podemos comenzar mencionando al derecho del recluso a recibir información sobre el régimen del establecimiento penitenciario, sus derechos y deberes, las normas disciplinarias, así como de los medios para formular peticiones, quejas y recursos, tal y como prevé el artículo 49 de la LOGP[9].

Con distinta finalidad se contempla asimismo el derecho a ser informado acerca de su expediente personal, relativo a su situación procesal y penitenciaria (art. 15.2 LOGP y 4. 2 k) RP).

Si algo sobra en la prisión es tiempo; probablemente por ello sea un tanto superfluo que en los artículos 25.2 y 33.1 de la Ley, se detalle exhaustivamente el sacro santo derecho al descanso o, si se prefiere, derecho a que el horario de actividades de la cárcel no impida el descanso nocturno de 8 horas y el descanso semanal.

En otro plano, nos encontramos con el derecho a las comunicaciones orales, escritas y telefónicas, sea con sus familiares o amigos, sea con sus abogados, procuradores, u otros profesionales (arts. 51 a 53 LOGP).

[9] Sobre este transcendental derecho del recluso, la Instrucción de 5 de febrero de 1996, establece la obligación de facilitar al interno a su ingreso en prisión el folleto denominado «La prisión paso a paso».

Respecto del procedimiento sancionador, se les reconoce el derecho a no ser sancionados sino es por hechos previamente tipificados como infracción administrativa, gozando en todo caso del derecho a ser informado con carácter previo de la infracción concreta que se le impute y del derecho de defensa verbal o escrita, incluyendo la posibilidad de recurrir la resolución sancionadora, en los términos previstos en los artículos 42 y 44 de la LOGP.

Por último, para cerrar el núcleo de derechos del interno relacionados con el régimen del Establecimiento penitenciario, debemos citar el derecho de los internos a participar en las actividades de índole educativa, recreativa, religiosa, deportiva o, incluso, laboral que se desarrollen en el Centro penitenciario, pudiendo intervenir, tal y como indica el artículo 24 de la LOGP, en el desenvolvimiento de los servicios alimenticios y confección de racionados.

V. LÍMITES

Todos y cada una de los derechos del Ordenamiento jurídico son limitados y ello no es una excepción respecto de los derechos de los reclusos; precisamente por ello, el propio artículo 25.2 de la CE, a la par que reconocía a los condenados a penas de prisión el goce de todos los derechos fundamentales, excepcionaba los que se vieran expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria.

Pues bien, con carácter general, cabe indicar que en el desenvolvimiento de la actividad penitenciaria, los parámetros desencadenantes de eventuales restricciones o limitaciones de los derechos de los internos los encontramos en la siguiente trilogía: la peligrosidad o agresividad del recluso, la seguridad, el orden público o el buen orden del Establecimiento penitenciario y, finalmente, las posibilidades reales de la Administración Penitenciaria.

En lo que afecta a la peligrosidad o agresividad del recluso[10], piénsese en la previsión del famoso artículo 10 de la LOGP, en el que se instaura la existencia de Establecimientos de cumplimiento en régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario o abierto. (Cfr. Art. 90.2 RP). De otro lado, el siempre inseguro

[10] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coordinadores). Manual de Derecho penitenciario. 2001, p. 156.

criterio de la seguridad y el orden público», entre otros aspectos más puntuales[11], de conformidad con lo prevenido en la Disposición Final 1ª de la LOGP, permite que

«los derechos reconocidos a los internos en esta Ley podrán ser suspendidos parcial o temporalmente por acuerdos de los Ministerios de Justicia e Interior en los supuestos de graves alteraciones del orden en un centro, que obliguen a la Autoridad Penitenciaria a requerir la intervención de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado».

Por último, tal y como puede constatarse respecto a la aplicación en la praxis tanto del principio celular (alojamiento en celdas individuales), reconocido en el artículo 12 de la LOGP, como del derecho al trabajo remunerado de los internos[12], el tercer gran criterio limitador de los derechos de los internos lo encontramos en la posibilidades reales de la Administración Penitenciaria.

VI. LA PROTECCIÓN DE LA VIDA DE LOS RECLUSOS POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA

El artículo 3.4º de la LOGP, contempla como una de las obligaciones primarias de la Administración penitenciaria, la de velar por la vida, la integridad y la salud de los internos.

Lo que quisiéramos subrayar ahora es que tal obligación que compete a la Administración penitenciaria respecto de los reclusos es, en términos jurídicos, cualitativamente diversa a la que, con carácter general, ostenta el Estado respecto a cualquier ciudadano.

Tal distinción es claramente comprensible si se repara en el hecho cierto de que la cárcel, tal y como dijimos, es una «institución total», en el sentido de que en un Establecimiento penitenciario todos y cada uno de los aspectos de la vida del interno

[11] Piénsese, por ejemplo, en el régimen de suspensión e intervención del derecho al secreto de las comunicaciones, previsto en el artículo 59.1 de la LOGP, que asimismo se remite como presupuestos habilitante para la restricción a la seguridad, el buen orden de establecimiento y, con un marcado carácter residual, a las razones de tratamiento.

[12] SS. TC. 82/1986 y 2/1987, en las cuáles se declara por parte del Alto Tribunal que «el derecho al trabajo remunerado es un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad está condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata».

están minuciosamente reglamentados por la Administración[13], quedando, por así decirlo, el recluso a merced de las garantías que le ofrezca la Administración.

Así, piénsese, por ejemplo, en un ciudadano normal que crea amenazada su vida; éste, a los efectos de preservar su seguridad, podrá elegir entre contratar un guardaespaldas, poner más medidas de seguridad en su casa o, incluso comprarse un pistola.

Por contra, sí extrapolamos la misma situación al ámbito penitenciario, resulta meridiano que el recluso carecerá de toda posibilidad de adoptar medidas de autoprotección[14], al menos como proposición de principio.

Es más: del mismo modo que un ciudadano libre puede llegar a su propia muerte por inanición, tal comportamiento resulta impensable en el marco de la relación jurídica penitenciaria.

Para desarrollar esta última afirmación, en principio, bastaría con acudir a la conocida STC 120/1990, de 27 de junio, en la que se abordó la problemática de la huelga de hambre de los miembros del Grapo[15].

Las ideas centrales de esta sentencia pueden resumirse del siguiente modo:

1º.- El derecho fundamental 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.

2º- Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer de su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del agere licere, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un

[13] Sobre esta caracterización de la prisión como institución total y sus ulteriores repercusiones, vid. AMELUNG. Die Einwilligung des Unfreien (Das problem der Frewilligkeit bei der Einwilligung eingesperrter Personen), en ZstW, 95, 1985, pp. 1 y ss. En la misma línea, SILVA SÁNCHEZ, J. Mª. Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención: el ejemplo del funcionario de prisiones, CPC, 1989, p. 379; el mismo, Muerte violenta del recluso en un Centro penitenciario: ¿sólo responsabilidad patrimonial de la Administración o también responsabilidad penal de los funcionarios?, ADPCP, 1991, II, pp. 561 y ss. También, TAMARIT SUMALLA, J. Mª./GARCÍA ALBERO, R./RODRÍGUEZ PUERTA, Mª. J./SAPENA GRAU, F. Curso de Derecho Penitenciario, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 82 y ss. En la misma línea, aun empleando la formulación de «ambiente total», vid. RÍOS MARTÍN, J. Realidad penitenciaria: La Justicia penal vista desde las consecuencias, en DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Director). Derecho penitenciario II. Edit. CGPJ. Madrid, 2003, p. 486.

[14] SILVA SÁNCHEZ, J. Mª. CPC, 1989, p. 38.

[15] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. Huelga de hambre en el ámbito penitenciario, CPC, 1987, pp. 77 y ss.; LUZÓN PEÑA, D.M. Estado de necesidad e intervención médica (o funcionarial o de terceros), en casos de huelga de hambre. Intentos de suicidio y de autolesión), REP, 238, 1987, pp. 16 y ss.

acto que la Ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial de ese derecho.

3º.- No es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente. 4º.- Además, en el caso contemplado, tampoco podría admitirse que se produce una vulneración de ese pretendido derecho a disponer de la propia vida, puesto que el riesgo de perderla que han asumido no tiene por finalidad causarse la muerte, sino la modificación de una decisión de Política penitenciaria que tratan de obtener incluso a expensas de su vida.

5º.- Por consiguiente, desde la perspectiva del derecho a la vida, la asistencia médica obligatoria autorizada por resolución judicial no vulnera dicho derecho fundamental porque en éste no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida

6º.- La asistencia médica se impone en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los solicitantes de amparo con la Administración penitenciaria y que ésta, en virtud de tal situación especial, viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia. De ahí que, siendo indudable que el ayuno voluntario llevado hasta sus últimas consecuencias genera necesariamente, en un determinado momento, peligro de muerte, la asistencia médica obligatoria para evitar ese peligro se manifiesta como un medio imprescindible que el Estado tiene obligación legal de proteger acudiendo, en último término, a dicho medio coactivo.

7º.- Finalmente, la necesidad de cohonestar el derecho a la integridad física y moral de los internos en un Centro penitenciario y la obligación de la Administración penitenciaria de defender su vida y salud, encuentra en la resolución judicial recurrida una realización equilibrada y proporcionada que no merece el más mínimo reproche, puesto que se limita a autorizar la intervención médica mínima indispensable para conseguir el fin constitucional que la justifica, permitiéndola tan sólo en el momento en que, según la Ciencia médica, corra riesgo serio la vida del recluso, y en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria determine, prohibiendo que se suministre alimentación bucal en contra de la voluntad consciente del interno.

Una vez expuesto lo que antecede, retomando la problemática general que se cierne en torno a la protección de la vida o la salud de los reclusos por parte de la Administración penitenciaria, podemos indicar que, en términos dialécticos, las diversas situaciones fenomenológicas factibles de acontecer en la Cárcel podrían resumirse en las siguientes: 1ª.- Un recluso fallece accidentalmente como consecuencia de una caída en las duchas. 2ª.- Un recluso fallece como consecuencia de la actuación imprudente de otro recluso, por ejemplo, en la práctica de un deporte. 3ª.- Un recluso fallece como consecuencia de la actuación imprudente de algún Funcionario penitenciario, como por ejemplo, el no suministrarle tempestivamente la insulina que requería[16]. 4ª.- Un recluso fallece o resulta herido como consecuencia de la actuación dolosa de otro interno quien lo agrede con un cuchillo. Y, finalmente, 5ª.- un recluso fallece como consecuencia de su propio comportamiento suicida, habiendo presentado previamente síntomas psicológicos suicidas.

No hace falta gran exégesis para concluir que las cinco hipótesis planteadas resultan sin duda diferentes en sus presupuestos y, por ende, también diversa será su consecuencia jurídica.

Con todo, antes de intentar ensayar una propuesta de solución, quisiéramos todavía introducir dos realidades constatables: La primera consiste en que en el marco de la actual doctrina jurisprudencial, resulta ciertamente extraño pronunciamiento alguno que responsabilice penalmente a un Funcionario penitenciario por la muerte, las lesiones o el suicidio de un interno.

La segunda afecta a la constatación del dato de que, no obstante lo anterior, si puede reputarse pacífica y reiterada la doctrina jurisprudencial que reconoce la responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de los servicios públicos, ex art. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público o, en su caso, la responsabilización del Estado como responsable civil

[16] AP. de Málaga, de 27 de febrero de 2001 (JUR 2001/139024), en la que se condenó como autor de un delito de homicidio imprudente a un funcionario de prisiones con ocasión del fallecimiento de un interno, motivada por la falta de suministro de las dosis correspondientes de insulina, obligado en su condición de garante.

subsidiario ex art. 120.3 o 121 del Cp, en todas aquellas situaciones en las que un interno fallece o es lesionado por otros internos o, incluso, se suicida[17].

El fundamento respecto de ambos títulos de imputación de la responsabilidad en, en lo esencial, común y gira en torno a la siguiente argumentación:

«Las Instituciones penitenciarias tienen como fin sustancial la retención y custodia de detenidos, presos y penados, pero tienen también el deber de velar por su integridad, a tenor de los arts. 1, 3, 4 y 8.1º de la LOGP y 1, 5.3º y 23 del RP, lo que se cumple a través de las medidas de vigilancia y seguridad, tendentes a proteger a los recluidos de agresiones por parte de otros compañeros, advirtiéndose, de acuerdo con reiterada Jurisprudencia de esta Sala (SS.TS de 4 de enero de 1991) que los reclusos no son extraños al funcionamiento del Centro penitenciario sino que están integrados en su organización y disciplina y, en este caso, aparece constatado un fracaso del deber elemental de velar por la integridad de las personas sometidas a custodia, atribuible, exclusiva, directa e inmediatamente a un deficiente funcionamiento del Servicio penitenciario, debido a una actuación incompleta y pasiva por parte de la Administración penitenciaria, que propició de modo directo el resultado lesivo producido -STS de 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8298)-"[18].

Una vez expuestas en líneas generales el actual estado de la Jurisprudencia, sin perjuicio de reconocer que no resulta fácil evacuar una opinión generalizable, entendemos, no obstante, que el panorama jurisprudencial resulta reduccionista en exceso, siendo esta cuestión una problemática que ha recibido escaso tratamiento doctrinal.

Con base a todo lo anteriormente dicho, debemos **CONCLUIR** que:

El art. 25.2 de la Constitución española dice que las personas que estuvieren cumpliendo una pena de prisión gozarán de los derechos y libertades fundamentales del capítulo segundo del título primero, con la salvedad de las limitaciones del mismo precepto, sin que por ello, los reclusos los vean afectados por el sentido de la pena, el contenido del fallo condenatorio y la Ley penitenciaria.

[17] STS, de 28 de marzo de 2000 (La Ley 69290/2000) y STS de 26 de noviembre de 1998 (La Ley 1226/1999), en ambas resoluciones se apreció la responsabilidad patrimonial de la Administración ante el suicidio de los reclusos

[18] STS, de 25 de enero de 1997 (RJ 1997/266), STS de 13 de octubre de 2008 (La Ley 152201/2008), STS de 22 de mayo de 2001 (La Ley 1479/2002), STS de 13 de marzo de 2001 (La Ley 3861/2001)

Los reclusos ostentan los mismos derechos fundamentales que el resto de ciudadanos, así como derechos penitenciarios y por supuesto una serie de límites que podrán suspender a los reclusos conforme a su comportamiento dentro de la Institución Penitenciaria.

Por último, hemos visto que, puesto que los reclusos no cuentan en prisión con medidas de autoprotección como cualquier ciudadano de a pie, debe ser la Administración Penitenciaria quien debe velar por los derechos fundamentales de los reclusos, convirtiéndose así los funcionarios encargados de los reclusos en verdaderos garantes de estos derechos, pudiéndoles exigir a estos un responsabilidad penal en comisión en omisión al estar encargados de la seguridad de los internos.

BIBLIOGRAFÍA

AMELUNG. Die Einwilligung des Unfreien (Das problem der Frewilligkeit bei der Einwilligung eingesperrter Personen), ZStW, 95, 1985, pp. 1 y ss.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (coords.), Manual de Derecho penitenciario, Edit. Colex, Madrid, 2001.

CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), Derecho penitenciario II, CGPJ, Madrid, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. Huelga de hambre en el ámbito penitenciario, CPC, 1987, pp. 77 y ss.

FERNÁNDEZ APARICIO, J. M. Derecho penitenciario. Comentarios prácticos. Edit. Sepin. Madrid, 2007.

LUZÓN PEÑA, D.M. Estado de necesidad e intervención médica (o funcionarial o de terceros), en casos de huelga de hambre. Intentos de suicidio y de autolesión), REP, 238, 1987, pp. 16 y ss.

MARTÍNEZ RUIZ, J., La relación jurídica penitenciaria, RECPC, 2017.

RÍOS MARTÍN, J. Realidad penitenciaria: La Justicia penal vista desde las consecuencias, en RÍOS MARTÍN, J. C./AA.VV. Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel. Edit. Colex. Madrid, 2010, pp. 71 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, J. Mª. Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención: el ejemplo del funcionario de prisiones, CPC, 1989.

* * * * * *

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.

~Localización permanente: su cumplimiento e incumplimiento~

Resumen. Aproximación a la pena de localización permanente, su evolución y problemas en su ejecución.

Palabras clave. Localización permanente; prisión; quebrantamiento condena.

I. INTRODUCCIÓN.

La Real Academia Española[1] define la localización permanente como la pena privativa de libertad deambulatoria, de cumplimiento continuado o de fines de semana, por la que se obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en sentencia o posteriormente en auto motivado.

No genera relación jurídica penitenciaria, dado que no se produce (salvo supuestos excepcionales) el ingreso en Centro Penitenciario. Esta pena impone al condenado la obligación de permanecer en un determinado lugar sin poder abandonarlo, por lo que el penado ve restringida su libertad de movimientos.

Está prevista como pena principal para determinados delitos leves, como modalidad de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa por los delitos leves (artículo 53.1 Código Penal) y como sustitutiva de la prisión inferior a tres meses (artículo 71.2 del Código Penal).

Los principales problemas de esta pena han girado en torno a cuál sea la duración temporal, el ámbito espacial y los mecanismo para supervisar su ejecución, es este último aspecto sobre el que versa el presente trabajo.

II. EVOLUCIÓN DE LA LOCALIZACIÓN PERMANENTE DESDE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EN 2003 HASTA 2015.

El Código Penal vigente, tras la reforma por la Ley Orgánica (LO) 1/2015, de 30 de marzo, estableció en su artículo 35 que la pena de localización permanente es una pena privativa de libertad junto con la prisión permanente revisable, la prisión y la responsabilidad personal subsidiaria.

[1] Verificado 5.05.2019 http://www.rae.es

La LO 15/2003, de 25 de noviembre[2], por la que se modificó el Código Penal (CP) suprimió la pena de arresto de fin de semana e introdujo la localización permanente. Según la Exposición de Motivos (apartado II d) "*...la configuración de esta pena permite su aplicación con éxito para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios".*

Fue, tras la multa, la pena más utilizada, funcionaba como alternativa a ésta en la mayoría de las infracciones y aparecía como pena única en la perpetración reiterada de la falta de hurto (derogado artículo 623.1, 2.º inciso CP).

La LO 5/2010, de 22 de junio[3], por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aumentó su límite máximo de duración hasta los seis meses; permitió su cumplimiento en el Centro Penitenciario más próximo al domicilio del penado durante los sábados, domingos y días festivos en caso de faltas reiteradas de hurto; así como ser la alternativa a la prisión, al convertirse en pena sustitutiva de la pena de prisión de hasta seis meses.

Tras la reforma de 2015 aparece en el artículo 33.4 h) CP exclusivamente como pena leve, con una duración de un día a tres meses. Se mantiene como pena principal en los delitos de amenazas (art, 171.7 primer párrafo), coacciones leves (art.172.3 2 párrafo), e injurias y vejaciones injustas de carácter leve (art. 173.4 2 párrafo) contra las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP, exceptuada la violencia de género.

Paradójicamente, se mantiene el artículo 37.1 CP[4], por lo que se produce una descoordinación con lo señalado en el artículo 33.4 h) CP. Además, carece de sentido el mantenimiento del segundo párrafo del art. 37, pues ya no hay ningún supuesto en que la localización permanente esté prevista como pena principal y el precepto disponga la posibilidad de que el juez acuerde su cumplimiento en Centro Penitenciario, al haberse desaparecido el Libro III CP relativo a las Faltas y sus penas, habiéndose derogado el artículo 623.1 del CP falta reiterada de hurto. También se elimina como pena sustitutiva

[2] Verificado 5.05.2019 https://www.boe.es/boe/dias/2003/11/26/pdfs/A41842-41875.pdf
[3] Verificado 5.05.2019 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953
[4] Sobre esta cuestión véase TORRES ROSELL, N., Trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 111-112

a la pena de prisión, salvo cuando estemos ante la pena de prisión inferiores a tres meses resultantes de una bajada en grado (supuesto previsto en el artículo 71.2 CP).[5]

Podemos concluir que tras la reforma de 2015 del CP, la aplicación de esta pena queda limitada a determinados delitos leves como pena principal y al ser privativa de libertad susceptible de ser suspendida, como modalidad de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa impuesta por delito leve (art. 53.1 CP) y como sustitutiva de la prisión inferior a tres meses (art. 71.2 CP).

III. CUMPLIMIENTO DE LA LOCALIZACIÓN PERMANENTE[6].

Su cumplimiento será en días consecutivos, salvo que a solicitud del condenado y por circunstancias justificadas (artículo 37.2 CP), previo informe del Fiscal, pueda decidirse por el juez sentenciador que se cumpla durante los fines de semana o en días no continuos, pues en su cumplimiento regirá el principio de flexibilidad, buscando que la ejecución de la pena no perjudique la situación personal, familiar y laboral del penado[7].

Esta pena según la Circular 2/2004[8], de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, obliga al penado a permanecer en su domicilio o lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o en auto motivado posterior.

Este lugar deberá ser en todo caso cerrado y de características análogas al domicilio, disponiendo de unos mínimos de habitabilidad e higiene[9]. Esta pena no podrá restringir las posibilidades del ejecutoriado de disponer libremente de su tiempo, comunicarse con otras personas o recibir visitas. Pero sí obliga al afectado a permanecer confinado en el lugar que se haya determinado y en el lapso temporal (días) acordados.

---

[5] Artículo 71 CP: ...2. No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente

[6] VICENTE DE GREGORIO, M., Cuestiones básicas de Derecho Penitenciario y de ejecución de penas privativas de libertad, Editorial LDL, San Fernando de Henares (Madrid) 2015, pp. 9 a 11

[7] BARRIENTOS, J.M., Ejecución de la pena de localización permanente y de la responsabilidad personal subsidiaria, V/Lex España, verificado el 4.05.2019 https://practico-penal.es/vid/ejecucion-pena-localizacion-permanente-551804726

[8] Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, verificado el 4.05.2019 https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/cir02-2004.pdf?idFile=3b586d29-257f-480d-be3f-f72f55292b7a

[9] loc. cit Circular 2/2004

Respecto al control de cumplimiento, la Exposición de Motivos Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre anunciaba que "*la pena de localización permanente es una importante novedad...que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología …".* Si bien, no fue hasta la reforma del 2010 donde el artículo 37.4 del CP permite la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo[10].

No obstante, el tradicional medio de control de esta pena es mediante la personación sin aviso previo en los días determinados para el cumplimiento, en el domicilio designado, de miembros de la Policía Judicial, habitualmente Policía Local, comprobando si el penado se encuentra en el mismo. La reforma de la LO 15/2003 pretendió hacer del Juez de Vigilancia Penitenciaria un Juez de ejecución de penas, pero en esta pena de localización permanente corresponde al Juez o Tribunal sentenciador su control de la localización permanente, dada la falta de vinculación del penado a la Administración penitenciaria. Ni el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, ni su sustituto, el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, ambos dedicados a regular las circunstancias de ejecución de la localización permanente, han modificado esta conclusión.

La primera garantía de cumplimiento será la necesaria notificación personal al penado de la liquidación de la condena, especificando con claridad los días concretos de cumplimiento y el lugar, haciendo constar todos los datos individualizadores, con el consiguiente apercibimiento de incurrir en delito de quebrantamiento de condena si no cumple íntegramente la pena.

De no personarse cuando fuere llamado para notificarle la liquidación o para configurar la misma, puede incurrirse en delito de desobediencia, previo apercibimiento de ello.

La liquidación habrá de trasladarse junto con el correspondiente oficio a la Policía Judicial, o, en su caso a los funcionarios de la Policía Municipal, en labores de Policía Judicial a fin de que se personen en el domicilio designado los días de cumplimiento para asegurarse de la presencia del penado en el mismo.

[10] Para ampliar esta cuestión véase a IGLESIAS RIO/ PÉREZ PARENTE, La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónicos, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 14 de julio de 2001 www.juridicas.unam.mx (verificado el 4.05.2019) http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-1.pdf

Cada día concreto señalado en la liquidación habrá de cumplirse desde las cero horas del primer día de la condena hasta las 24 horas.

IV. ¿PENA ACUMULABLE?

Cuando se imponga la localización permanente a penados que ya cumplen o van a cumplir penas privativas de libertad en Centros Penitenciarios pueden generarse disfunciones derivadas de la necesidad de iniciar el cumplimiento de la localización permanente después de extinguidas las penas de prisión[11]. El art. 76 CP está previsto para penas privativas de libertad.

Aunque existen posiciones discrepantes sobre si procede o no la acumulación de la localización permanente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la posibilidad de acumularla[12], pero según la doctrina mayoritaria de la Sala Segunda de la que son exponente las SSTS nº 207/2014 de 11 de marzo (ROJ: STS 1049/2014- ECLI:ES:TS:2014:104); nº 388/2014 de 7 de mayo (ROJ: STS 1930/2014- ECLI:ES:TS:2014:1930), nº 408/2014 de 14 de mayo (ROJ**:** STS 2338/2014- ECLI:ES:TS:2014:2338) y STS nº 520/2014, Penal sección 1 del 25 de junio de 2014 (ROJ: STS 2696/2014- ECLI:ES:TS:2014:2696), aunque se considerara acumulable, dada su diferente naturaleza y, posibilidad de cumplimiento simultaneo (art. 75 CP), solo debería ser acumulada, en su caso, a otras penas de localización permanente y no a las de prisión o responsabilidad personal subsidiaria por multa convertida.

No obstante tal y como afirma BELTRAN PARDO, A.I.[13], en el caso de que se hubiera acordado su cumplimiento en centro penitenciario, podría entenderse que la localización permanente tiene la misma naturaleza que la pena de prisión y, por tanto, sería acumulable a las penas de prisión impuestas al penado, ya que de lo contrario, al

[11] Véase a MORENO VERDEJO, J., Criterios prácticos para la acumulación de las penas, Curso de formación continua de fiscales Fase de ejecución: en especial, acumulaciones y refundiciones libertad condicional e indulto, CEJ, 15 de marzo de 2017 (verificado el 4.05.2019) https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Moreno%20Verdejo%20Jaime%2006-03.pdf?idFile=d5aae257-1f94-4a17-9f60-6b72e4b077bd

[12] La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2015 (ROJ STS 1887/2015) permite acumular a la pena de prisión la de localización permanente, pues …tratándose de la pena de localización permanente lo cierto es que el artículo 76 no la excluye y no puede olvidarse que el Código Penal la califica, en el artículo 35, junto a la prisión y a la responsabilidad personal subsidiaria, como una de las penas privativas de libertad. De ahí que deba considerarse su inclusión entre las penas que pueden acumularse a tenor de lo previsto en el artículo 76 del Código Penal, por lo que debe considerarse correcta la inclusión en este bloque de aquellas sentencias en las que se impuso una pena de localización permanente, como así se ha hecho en el Auto recurrido

[13] BELTRÁN PARDO, A.I., Acumulación de condenas. La doctrina jurisprudencial de los bloques fructíferos Revista Foro FICP 2017-2, septiembre 2017, pp. 264 a 265 (verificado 4.05.2019) https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/06/Betrán.-Comunicación.pdf

estar prevista actualmente sólo para los delitos leves, la necesidad de cumplimiento de las penas por orden de su gravedad podría conllevar que en tanto en cuanto se cumplen las penas más graves, las penas de localización permanente acabaran prescritas, dado que su plazo de prescripción es sólo de 1 año, tal y como dispone el art. 133-1 CP in fine.

V. QUEBRANTAMIENTO DE LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE.

Tres cuestiones a tratar en este apartado:

1. ¿Cuándo se produce el delito de quebrantamiento?[14]

Según el artículo 37.1 CP la pena de localización permanente "*obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado"*, diciendo el apartado tercero que si el condenado incumpliere la pena el Juez deducirá testimonio para proceder por un delito de quebrantamiento de condena.

El delito de quebrantamiento de condena, regulado en el artículo 468 del Código Penal requiere dolo, no está prevista su forma comisiva imprudente.

El dolo criminal está compuesto por el elemento intelectivo y volitivo. El primero de ellos se corresponde con la representación o conocimiento que ha de tener el sujeto del hecho típico, mientras que el segundo se refiere, una vez representado el hecho típico, a la voluntad de cometer la conducta que describe el mismo.

Respecto al primer elemento, es necesario como ya se dijo supra notificar o apercibir al condenado de las consecuencias de su incumplimiento, de la responsabilidad penal en la que podría incurrir, ser constitutivo de otro delito, el de quebrantamiento de condena, cuyo bien jurídico es administración de justicia.

Respecto al segundo elemento integrante del dolo es el elemento volitivo, sostiene[15] que en el delito de quebrantamiento de condena es necesaria una voluntad firme de sustraerse definitivamente al cumplimiento de la pena**,** no quebrantándose la

[14] GÓMEZ VALENZUELA, M. A., El delito de quebrantamiento de condena en relación con la pena de localización permanente: la importancia del dolo, LegalToday, penal 6 de mayo de 2019 (verificado 4.05.2019) http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/el-delito-de-quebrantamiento-de-condena-en-relacion-con-la-pena-de-localizacion-permanente-la-importancia-del-dolo

[15] MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 832.

pena cuando existe en el sujeto ánimo de volver, ya que en estos casos son suficientes las sanciones disciplinarias o añadir un día más de cumplimiento, conforme al principio de intervención mínima**.** En mi opinión en los casos leves deberían ser suficiente con una amonestación o advertencia.

En relación al número de controles realizados y la importancia que tiene respecto al acervo probatorio el informe de la policía sobre las ausencias percibidas, la Circular 2/2004[16], de 25 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado dice que para valorar si el incumplimiento puntual debe ser objeto de reproche penal deberá evaluarse globalmente la entidad de los incumplimientos siendo conveniente analizar conjuntamente el informe de la Policía en el que se especifique el total de los incumplimientos detectados.

2. Incumplimiento de la localización permanente: pena imponer/solicitar en el delito de quebrantamiento [17].

De acuerdo con el artículo 468.1 CP:

"Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos".

La pena de localización permanente es una pena de privativa de libertad, debe por tanto solicitarse la pena de prisión, o por el contrario entender que procede incluirla *en los demás casos.*

La Instrucción 3/1999[18] planteaba que el tratamiento adecuado a aquellas conductas consistentes en el quebrantamiento de una condena a pena privativa de libertad que por razón de algunas de las modalidades de cumplimiento, se lleva a cabo en régimen extra carcelario. Aludía a tres supuestos: penado que no se incorpora al establecimiento penitenciario después de disfrutar un permiso de fin de semana, al que

[16] Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, verificado el 4.05.2019 https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/cir02-2004.pdf?idFile=3b586d29-257f-480d-be3f-f72f55292b7a

[17] Redacción Noticias Jurídicas, Criterios de Fiscalía sobre la pena a solicitar en los casos de quebrantamiento de la pena de localización permanente, 12 de septiembre de 2016 (verificado 4.05.2019) http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11302-criterios-de-fiscalia-sobre-la-pena-a-solicitar-en-los-casos-de-quebrantamiento-de-la-pena-de-localizacion-permanente/

[18] (verificado 4.05.2019) https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ins03-1999.pdf?idFile=5e194d83-ba00-472a-9159-0f1354a478d0

es sometido a una pena de arresto domiciliario y, en general, a todos aquellos otros casos en los que la ejecución de la pena privativa de libertad, en el momento del quebranto, no implica la efectiva situación de privación de libertad.

La Consulta 1/2016 de 24 de junio[19], de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios que deben seguir los fiscales en su petición de pena en los casos de quebrantamiento de una pena de localización permanente, ha encomendado a los fiscales a acomodar sus calificaciones al último inciso del artículo 468.1 del Código Penal, solicitando la pena de multa en los casos de quebrantamiento de condena de la pena de localización permanente a la vez que se reanuda la ejecución de la pena de localización permanente que había sido quebrantada.

Por lo que procede actuar conforme al último inciso del art. 468.1 CP dado que aun tratándose de una pena privativa de libertad, el régimen de cumplimiento no lleve consigo una efectiva situación de privación de libertad. Esta solución también es corroborada, por la propia redacción del tipo que en su modalidad agravada no se refiere a los penados que estuvieran cumpliendo pena privativa de libertad sino de los que estuvieren *privados de libertad*.

Cabe concluir que el quebrantamiento de la pena de localización permanente esta incluida *en los demás casos* del artículo citado, por lo tanto la pena a imponer sería la de multa de 12 a 24 meses.

3. Revocación y archivo o, reanudación de la pena de localización permanente incumplida.

El actual art. 37.3 CP nada dice al respecto, a diferencia de la regulación del arresto de fines de semana que preveía, además de deducir testimonio por quebrantamiento de condena, la posibilidad de ordenar el cumplimiento ininterrumpido del arresto[20].

[19] (verificado 4.05.2019) https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Consulta_1-2016.pdf?idFile=15d85203-85e5-4c5b-9689-6393e0138d0a

[20] En la redacción original del CP, en vigor hasta el 30 de septiembre de 2004, el apartado 3º el artículo 37 preveía que si el penado incurriera en dos ausencias no justificadas, el Juez de Vigilancia, sin perjuicio de deducir testimonio por el quebrantamiento de condena, podrá acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente

La Circular 2/2004[21] establece que los Fiscales mantendrán el criterio de interesar, además de la correspondiente deducción de testimonio, la práctica de nueva liquidación de condena y la reanudación de la ejecución de la pena de localización permanente quebrantada.

Cabe plantearse si ello podría suponer un ataque al principio *non bis in ídem*, por cuanto de un mismo hecho podría suponer dos penas, pero entiendo que uno sería el primario hecho delictivo que vulneraría el bien jurídico correspondiente al delito cometido, y un segundo hecho delictivo (quebrantamiento de condena) que sería el incumplimiento a una resolución judicial. Planteamiento diferente sería que el penado, una vez reanudada la pena de localización permanente, continuara rechazando el cumplimiento voluntario, aquí si que no cabría una segunda deducción de testimonio, porque sí se infringiría el *non bis in ídem*, y necesariamente provocaría el archivo por voluntad renuente del ejecutado.

VI. CONCLUSIONES.

La localización permanente aparece en 2003, aunque ya existían precedentes[22], pensada para infracciones penales leves, su uso se extiende tras la reforma de 2010 y con la reforma de 2015 su uso se reduce prácticamente a una forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.[23]

Quizás un adecuado control (vigilancia electrónica) en su ejecución hubiera permitido un éxito de esta pena, que indudablemente evita los efectos desocializadores y lo que se conoce como el contagio carcelario de las penas de prisión de carácter leves.

Ciertamente, se ha criticado que el cumplimiento de esta pena no cumple funciones de prevención general ni especial, es evidente que estar cumpliendo una pena en tu domicilio no intimida, que no es lo mismo un domicilio con jardín que una persona que carezca de domicilio, que no se tiene en cuenta el perfil de sujeto su posible reincidencia, ni el efecto de inseguridad que se causa en la población. Por ello en el plan de cumplimiento de esta pena debería perseguirse algo más que la mera permanencia en

[21] Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, verificado el 4.05.2019 https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/cir02-2004.pdf?idFile=3b586d29-257f-480d-be3f-f72f55292b7a

[22] No solo el conocido arresto domiciliario, también hay ejemplos en la disciplina militar y en el concurso de personas físicas.

[23] Confróntese con BRANDARIZ GARCÍA, J. A., Las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente, (arts. 40, 48 y 35), en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 253-255.

el domicilio, potenciar que el penado cumpla con sus obligaciones familiares y laborales (en caso de tenerlas), y evitar que vuelva a delinquir haciéndole participe de programas o planes de formación, aunque dado el lapso temporal tan breve es un objetivo difícil de lograr.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

BARRIENTOS, J.M., Ejecución de la pena de localización permanente y de la responsabilidad personal subsidiaria, V/Lex España

BELTRÁN PARDO, A.I., Acumulación de condenas. La doctrina jurisprudencial de los bloques fructíferos, Revista Foro FICP 2017-2, septiembre de 2017

BRANDARIZ GARCÍA, J. A., Las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente, (arts. 40, 48 y 35), en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2a ed. Tirant lo Blanch, Valencia

GÓMEZ VALENZUELA, M. A., El delito de quebrantamiento de condena en relación con la pena de localización permanente: la importancia del dolo, LegalToday, penal 6 de mayo de 2019

IGLESIAS RIO/ PÉREZ PARENTE, La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónicos, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, de 14 de julio de 2011

MORENO VERDEJO, J., Criterios prácticos para la acumulación de las penas, Curso de formación continua de fiscales Fase de ejecución: en especial, acumulaciones y refundiciones libertad condicional e indulto, CEJ, 15 de marzo de 2017

MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

TORRES ROSELL, N., Trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015

VICENTE DE GREGORIO, M., Cuestiones básicas de Derecho Penitenciario y de ejecución de penas privativas de libertad, Editorial LDL, San Fernando de Henares (Madrid) 2015

www.boe.es

www.fiscal.es

www.poderjudicial.es

www.rae.es

http://noticias.juridicas.com

* * * * * *

Daniel Sánchez Romero

Letrado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Jerez. Socio de la FICP.

~Abonabilidad del cumplimiento de la obligación de comparecer periódicamente en relación con la libertad provisional~

I. INTRODUCCIÓN

Estamos hablando de la figura jurídica consistente en la compensación del tiempo pasado en prisión preventiva por días de prisión una vez impuesta la pena privativa de libertad[1]. Podemos identificarla como una operación jurídica que está a la orden del día, incluso aunque la causa por la que se permaneció en prisión provisional sea distinta de la causa en la que el reo se beneficia de dicho abono (siempre que se cumplan los requisitos de los apartados 2 y 3 de dicho artículo). Ahora bien, la **c**ompensación con días de prisión de la obligación de comparecer periódicamente en el Juzgado durante una situación de libertad provisional es algo relativamente reciente, y todo ello motivado por la aparición de un nuevo criterio interpretativo adoptado por el Tribunal Supremo**.**

Del estudio de los artículos 58 y 59 ha llevado más de una vez a preguntarse si la obligación de comparecer ante el Juez o Tribunal[2] (diaria, semanal, quincenalmente…) puede ser compensada por días de prisión una vez exista sentencia firme. Cabría plantearse si tales deberes impuestos a quien se encuentra en libertad provisional son medidas cautelares privativas (restrictivas) de derechos fundamentales, en concreto de la libertad ambulatoria. Y habría que determinar cuáles serán los criterios de equivalencia**,** que en principio quedarán en manos del órgano que dictó la sentencia, que es el que está en mejores condiciones de ponderar dicha conversión, igual que ocurre con el establecimiento del día-multa. Deberá valorar, para ello, el condicionamiento que la medida cautelar ha supuesto en cada caso de cara a decidir la compensación de los días de presentación en el juzgado por días de prisión "a cuenta" de la condena impuesta.

De esta manera, al igual que los jueces tienen que valorar la capacidad económica del condenado para establecer el valor de la multa que se le va a imponer, así también tendrán que valorar sus circunstancias personales (laborales, geográficas, familiares…)

[1] Artículo 58 CP.
[2] Artículo 530 Lecrim.

para decidir cuánto perjuicio le ha causado la obligación de acudir periódicamente al Juzgado. Nos llama poderosamente la atención que en casi 20 años de vigencia del Código Penal no hayan existido pronunciamientos al respecto en relación al art. 59 del Código Penal que, dicho sea de paso, nunca ha sido modificado desde su aprobación en 1995.

II. PRIMER ACERCAMIENTO: LA SENTENCIA DE TS 1045/2013 DE 7 DE ENERO DE 2014

La **primera sentencia que ha aplicado este nuevo Acuerdo** del Pleno No Jurisdiccional, ha sido la **Sentencia 1045/13 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 7 de enero de 2014**, que además da un paso más respecto del Acuerdo al proponer una equivalencia o cálculo del abono, señalando en qué proporción reducir la pena de prisión impuesta, es decir: **cuántos días se ahorrará el condenado a la pena de prisión por haber cumplido la obligación de comparecencia durante la situación de libertad provisional**. La sentencia se dicta con motivo de recurso de casación del Ministerio Fiscal contra un auto de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Tenerife, por el que se estimaba la petición del penado de compensar en parte la pena privativa de libertad impuesta con los días en que hubo de comparecer ante el Juzgado de instrucción para cumplir la obligación *apud acta* de comparecencia para garantizar la libertad provisional. El Supremo considera que la Audiencia ha realizado una compensación equilibrada ("ejemplar", dice la sentencia) y perfectamente **aplicable a otros casos similares**:

> *"Admitida la existencia de un deber legal de compensación de toda restricción anticipada de derechos sufrida con carácter cautelar, la necesidad de operar conforme a criterios de motivada razonabilidad resulta indispensable. Y, desde luego, el criterio proclamado en la sentencia recurrida puede considerarse ejemplar. Las comparecencias quincenales efectuadas durante 18 meses por el acusado han sido compensadas a razón de 1 día de prisión por cada 10 comparecencias, lo que totalizan 4 días a restar de los 3 años de condena que le fueron impuestos a aquél y que ahora han de ser abonados en la liquidación definitiva. Se trata de un cómputo equilibrado, razonable y, por tanto, susceptible de aplicación en supuestos de igual o similar naturaleza".*
>
> *(...)*
>
> *La Sala estima que el criterio de la compensación, además de su indudable apoyo en el significado constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE), tendrá consecuencias benéficas para el sistema de cumplimiento de las penas y para la propia efectividad de las medidas cautelares. De una parte, por cuanto que contribuirá a eliminar la rutinaria aplicación de una medida restrictiva de la libertad cuya ejecución, vigilancia y*

seguimiento jurisdiccional no siempre están siendo ejemplares. De otra parte, porque facilitará el efecto pedagógico asociado a la idea de que el cumplimiento por el imputado de esas comparecencias siempre conllevará la expectativa favorable de su futura compensación".

La STS 1045/2013 de 7 de enero de 2014 fue la primera que estableció doctrina referente a la compensación de las comparecencias del art. 530 de la LECrim, para lo cual se basó en la interpretación de los artículos 58 y 59 del CP, extremo que no deja de sorprender cuando el artículo 59 del CP no ha sido modificado desde su aprobación en 1995. Pese a ello, no es hasta esta sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de enero de 2014 cuando se estableció que debe compensarse el tiempo de libertad provisional, pues toda privación de derechos del imputado durante el proceso se considera un adelanto de la pena que no puede jugar en su contra. Sentencia, por cierto, bastante controvertida, ya que algunos entendían que la obligación de comparecencia *apud acta* no es una medida cautelar, sino una carga procesal, es decir, una obligación inherente a la situación de libertad provisional del imputado.

Llegados a este punto, cabe destacar que hablamos de compensación y no de abono: el abono puede aplicarse cuando nos hallamos delante de penas homogéneas o que son de la misma naturaleza, como la prisión preventiva o la pena de prisión; la compensación puede proceder en el contexto de penas heterogéneas, como la libertad provisional con comparecencias periódicas *apud acta*, la retirada del pasaporte o similares.

Y aquí se abre otro debate: ¿cuáles son los criterios de compensación? La complejidad del proceso es más que evidente, pues se hace difícil establecer criterios generales de compensación que sean útiles para convertir una medida cautelar concreta a los días que se restan a una pena de prisión o a una pena de privación de derechos. Y la polémica está servida desde el momento en que se debe entrar a valorar hasta qué punto y en qué grado el hecho de comparecer periódicamente en el juzgado afecta la libertad del imputado, pues existe una gran cantidad de casuísticas, incluso tantas como personas afectadas por esta condición. Los artículos 58 y 59 del CP establecen que la compensación debe responder a los principios de proporcionalidad y culpabilidad, de modo que hay que actuar en base a criterios de motivada racionalidad.

Así pues, a la respuesta de «cuánto hay que compensar», el Tribunal Supremo no establece una tabla de equivalencias general para su aplicación, sino que determina que tiene que ser el órgano que conoce la ejecutoria quien lo marque. Es cierto que existe

jurisprudencia que indica un cómputo que para algunos parece ser razonable, como la ya mencionada STS 1045/2013 de 7 de enero de 2014, que cuantificó el abono en un día de prisión por diez comparecencias *apud acta*. Y parece ser que ha sido este mismo criterio el utilizado en el caso Otegi.

Pero no se debería tomar este criterio de forma rígida, sino que es necesario tener siempre en cuenta el grado de aflictividad de la medida en relación con la pena que se impone, la naturaleza de la medida y de la pena, la incidencia de la medida cautelar en el conjunto de derechos del imputado e, incluso, las circunstancias personales que puedan influir en los factores descritos.

Aunque parece evidente el establecimiento de la práctica de la compensación en los casos de comparecencias *apud acta* anudadas a la libertad provisional, existen voces disidentes que aluden a la dificultad de establecer criterios generales a los que acogerse, al hecho de que este tipo de comparecencias pueden equipararse a las que llevan a cabo peritos o testigos (de modo que son entendidas como una carga procesal) o a la interpretación literal que se puede hacer de los artículos 58 y 59, según la cual solamente es posible compensar cuando el contenido de las medidas cautelares es el mismo que el de la pena.

III. CONSOLIDACIÓN DE LA DOCTRINA SEGÚN EL ACUERDO DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE FECHA 19 DE DICIEMBRE DE 2013

Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del TS de 19 de diciembre de 2013 ha establecido la siguiente **interpretación de los arts. 58 y 59 del Código Penal en relación a la "abonabilidad del cumplimiento de la obligación de comparecer periódicamente anudada a la libertad provisional"**:

> *"La obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de aflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado."*

El Tribunal Supremo adoptó el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 19 de diciembre de 2013, según el cual se establecía lo siguiente: «La obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar, puede ser compensada

conforme al artículo 59 del CP atendiendo al grado de aflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado.»

El Acuerdo del Pleno de 19 de diciembre de 2013 abría la interpretación a que no se trataba de una obligación, pues se decía «puede ser compensada», pero la STS 52/2015 de 26 de enero y la STS 332/2015 de 3 de junio, ambas posteriores al acuerdo del TS, establecen que «no puede pretenderse que la aplicación del artículo 59 del CP tenga un carácter facultativo, ya que su literalidad no lo permite al afirmar que "el Juez o Tribunal" ordenará […]». Así pues, esta compensación es de carácter obligatorio.

Las comparecencias a las que nos referimos se encuentran reguladas en el **artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**:

> *"El imputado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte."*

El **apartado 4 del artículo 58 del Código penal** declara la aplicabilidad de las reglas de abono a las privaciones de derechos que hayan podido ser acordadas cautelarmente (alejamientos a víctimas, inhabilitaciones, privaciones del derecho a conducir vehículos a motor, suspensiones de empleo o cargo público …). Y el **artículo 59**, por su parte, establece:

> *"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."*

En efecto, la lectura de estos los artículos 58 y 59 ha llevado más de una vez a preguntarse si la obligación de comparecer ante el Juez o Tribunal (diaria, semanal, quincenalmente…, según establece el art. 530 de la LECrim) puede ser compensada por días de prisión una vez exista sentencia firme. Cabría plantearse si tales deberes impuestos a quien se encuentra en libertad provisional son medidas cautelares privativas (restrictivas) de derechos fundamentales, en concreto de la libertad ambulatoria. Y habría que determinar cuáles serán los **criterios de equivalencia**, que en principio quedarán en manos del órgano que dictó la sentencia, que es el que está en mejores condiciones de ponderar dicha conversión, igual que ocurre con el establecimiento del día-multa. Deberá valorar, para ello, el **condicionamiento que la medida cautelar ha**

supuesto en cada caso de cara a decidir la compensación de los días de presentación en el juzgado por días de prisión "a cuenta" de la condena impuesta.

IV. CONCLUSIONES

Hay que subrayar, además, que esta sentencia nace a raíz de la solicitud de abono por parte del penado, pero no hay que olvidar que el art. 59 del Código Penal señala que **los órganos judiciales deberán practicar la conversión de oficio**. Cabe preguntarse, por tanto, si a partir de ahora empezaremos a recibir en las prisiones estos abonos "heterogéneos" en las liquidaciones de condena. O si, al igual que ocurrió con la Sentencia 57/2008 del Tribunal Constiucional, que justificó el "doble abono" de los días de prisión preventiva y que obligó al legislador a modificar el art. 58 del Código penal para evitarlo, la novedosa sentencia de 7 de enero de 2014 va a marcar también **un antes y un después en las liquidaciones de condena de las penas privativas de libertad**.

La realidad es que la compensación ya no depende del arbitrio judicial y que el Tribunal Supremo habla de las consecuencias positivas que tiene el hecho de sistematizar este tipo de compensaciones en el caso de la pena de prisión, pues, por un lado, se enaltece el artículo 1 de la Constitución Española, que establece la libertad como el valor superior del ordenamiento jurídico, y, por otro, podría ayudar a que no se aplicara la libertad provisional de manera indiscriminada y se ejercería un efecto pedagógico en el investigado, que vería en el cumplimiento de las comparecencias *apud acta* una medida positiva y a su favor, de modo que probablemente se evitaría su incumplimiento en un mayor número de casos.

Hay que mencionar que ha sido una **sentencia bastante "reñida"**, emitiéndose sólo tres votos a favor y formulando **voto particular** los otros dos Magistrados (D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca y D. Cándido Conde Pumpido Tourón) al entender que la obligación de comparecencia *apud acta* no es una "medida cautelar" sino una "carga procesal", es decir, una obligación inherente a la situación de libertad provisional del imputado, situación que sí constituye una medida cautelar.

> *"Hasta el momento, la interpretación más generalizada de lo dispuesto en los artículos 58 y 59 del Código Penal, seguida muy mayoritariamente por los órganos jurisdiccionales, sostenía que el contenido propio de una pena sufrido por el imputado como medida cautelar era abonable en el cumplimiento de aquella si eran de la misma naturaleza, y compensable si eran de naturaleza distinta. En consecuencia, la comparecencia apud acta no se compensaba en la*

pena. Últimamente no se ha aprobado norma alguna que aconseje un cambio de criterio.

La Constitución no impone una interpretación de las normas de manera que, en todo caso, cualquier restricción de un derecho fundamental acordada en la correspondiente ley en atención a intereses que en una sociedad democrática puedan considerarse prevalentes, deba encontrar una compensación de algún tipo, que en el ámbito del proceso penal debiera traducirse, cuando se trata del imputado, en alguna clase de efecto sobre la pena.

No existiendo la necesidad de interpretar los preceptos de la ley de manera que no pudiera ignorarse una imposición constitucional con el referido contenido, el significado literal y sistemático de los artículos 58 y 59 del Código Penal vigente, no conduce a afirmar que cualquier restricción de un derecho del imputado acordada como medida cautelar, deba repercutir en forma de compensación en la pena en su caso impuesta. Al contrario, solo la prisión preventiva y las privaciones de derechos coincidentes con penas de esa clase (privativas de derechos), acordadas como medidas cautelares, pueden abonarse en la pena que se imponga, si son homogéneas respecto de la misma, o compensarse de forma racional, si no lo son. Precisamente, porque su contenido es el propio de una pena, el legislador ha previsto que la medida cautelar tenga efectos sobre aquella.

(…)

Y, es claro que, respecto de las "cargas", no está prevista en la ley ninguna compensación por la restricción de los derechos a los que afecten.

(…)

El artículo 59 no puede ser interpretado de forma aislada, sino en relación con el que le precede y, ambos, en relación con el contenido del capítulo en el que se integran.

Así, el artículo 58 regula los supuestos de abono de lo cautelar en la pena impuesta, y se refiere, en un primer momento, al abono de la prisión preventiva en la pena privativa de libertad. La razón de establecer el "abono" es, evidentemente, la coincidencia entre el contenido aflictivo de ambas, pues la privación de libertad que se produce en ambos casos viene a tener un contenido muy similar, aunque sus razones y el mecanismo legal de su imposición sean muy diferentes.

Esta obligación de abonar lo ya sufrido como prisión preventiva en la pena de prisión a cumplir, se extiende en el apartado 4 del mismo artículo 58 a las privaciones de derechos acordadas cautelarmente. De un lado, no se refiere a "medidas cautelares", sino a "privaciones de derechos acordadas cautelarmente". Y, de otro lado, debe entenderse que tampoco a cualquier privación de derechos, sino solo a las coincidentes con las penas privativas de derechos previstas en el Código, pues en otro caso el "abono" no sería posible.

(…)

En ambos preceptos, 58 y 59, el legislador ha previsto que aquello que tiene un contenido propio de una pena y que el imputado sufre en fase de instrucción como medida cautelar, pueda ser abonado o compensado en la que finalmente se

impone. Pero no necesariamente que cualquier restricción de derechos derivada de la necesidad de asegurar el proceso repercuta en la pena impuesta."

Queda, pues, abierto otro interesante debate en el ámbito procesal-penal-Penitenciario: Comparecencias en el Juzgado por días de prisión, ¿sí o no?

* * * * * *

Xènia San José Arévalo
Juez, Gerona. Socia de la FICP.

~Comparecencia *apud acta* y liquidación de condena. Especial referencia al Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2013~

I. INTRODUCCIÓN

La comparecencia apud acta suele acordarse por parte del juez o magistrado del órgano judicial cuando por las circunstancias del caso se decide acordar la libertad provisional del investigado o encausado, al no concurrir, en virtud del artículo 503 Ley Enjuiciamiento Criminal, los presupuestos necesarios que justificaría la adopción de la prisión provisional, resultando necesario, en su consecuencia, adoptar ciertas medidas para asegurar la presencia del investigado durante el proceso y/o para el enjuiciamiento de la causa. Ese aseguramiento será decidido de forma discrecional y podrá establecerse mediante la presentación periódica ante el órgano judicial que conozca de la causa, que será el encargado del control del cumplimiento de la medida. La forma más habitual de establecer las comparecencias son los días 1 y 15 de cada mes, no obstante, no existe limitación legal para adoptar comparecencias mensuales, semanales e incluso diarias si las circunstancias de la causa o la naturaleza del delito así lo requiere.

La presentación apud acta se encuentra regulada en el artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece:

> "El investigado o encausado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte".

Por lo que la comparecencia apud acta no puede imponerse a un investigado cuya libertad no es objeto de medida cautelar alguna, sino necesariamente deberá recaer sobre a quien se haya decidido su libertad provisional.

Sobre su naturaleza se pronunció la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 1989[1] al considerar que se trata de una situación intermedia entre la prisión y la libertad plena. En dicha sentencia se establecía que la libertad provisional es una

[1] Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 1989.

medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado que quedará a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente.

Los obligados, en cumplimiento de la obligación impuesta, podrán acudir al juzgado que le ha impuesto la medida, o al juzgado de guardia correspondiente al lugar de su domicilio, si éste fuera distinto anotándose en un libro de firmas creado al efecto que será custodiado por el Letrado de la Administración de Justicia y que se remitirá periódicamente al juzgado que acordó la medida, para su control. El plazo de comparecencia acordado podrá ser modificado si las circunstancias que llevaron a su adopción hubieran cambiado, debiendo ser solicitada la modificación ante el órgano que acordó la medida.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 1989, declaró que la comparecencia personal no supone una restricción indebida al derecho a la libre circulación y derecho a fijar domicilio. Cabe en ese sentido tener en cuenta que los órganos judiciales en el momento de imponer la medida cautelar de comparecencia apud acta suelen determinar que su cumplimiento se lleve a cabo en el juzgado que corresponda al domicilio del investigado y, en su caso, podría modificarse el lugar de cumplimiento, previa solicitud del obligado.

Sobre los presupuestos para establecer las comparecencias, se pronuncia el Auto del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2004.[2]

> "…La fijación obligatoria de un domicilio y la prohibición de salida del territorio nacional, impuestas en la presente causa a Apostolos por medio de auto de 6 de febrero de 2004, fueron acordadas a raíz de la presentación de la fianza personal para eludir la medida de prisión incondicional impuesta en su día, y responden a la necesidad de asegurar su presencia en el proceso, teniendo en cuenta que no tiene nacionalidad española, ni residencia habitual en nuestro territorio y de que carece de cualquier arraigo en nuestro país. Ambas medidas traen causa de la sustitución de la prisión incondicional por la libertad provisional, medidas cautelares personales que pretenden, como razón última de su injerencia en la esfera de libertad del sujeto, evitar la frustración de las finalidades del proceso y responden a las especiales circunstancias personales del imputado, cobrando especial importancia en este caso las anteriormente indicadas…".

En base a lo anterior, serán inherentes a la medida de comparecencia personal apud acta, la prohibición de salida del territorio y la fijación del domicilio que encuentran se apoyó en el artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que

[2] Auto del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2004.[2]

se impone a la persona que ha de permanecer en situación de libertad provisional la obligación de presentarse cuantas veces sea llamado ante el Tribunal que conozca de la causa, pudiendo acordarse la detención o prisión provisional caso de que el investigado o encausado no cumpliera con su obligación de comparecer. En ese caso, una vez habido se procederá a la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 505 de la Ley Enjuiciamiento Criminal para decidir si procede agravar la medida acordada con la prisión provisional para evitar el riesgo de fuga, que salvo justificación acreditativa y satisfactoria de las razones que llevaron al incumplimiento de la medida, podría quedar perfectamente acreditada. También se podría establecerse una medida menos gravosa que la prisión provisional, tal como establece el citado artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como la retirada del pasaporte o incluso, la prohibición de salida del país, como medidas que afectan a la libre circulación del investigado. Si se acordaran dichas medidas, en la resolución deberá constar que, para su efectividad, se proceda a la retención del pasaporte y a la notificación de la resolución por la que se adopta la medida a las fuerzas y cuerpos de la seguridad del Estado con competencia para el control de fronteras y aeropuertos en aras de evitar el incumplimiento de las medidas acordadas.

II. ¿COMPENSACIÓN, ABONO O CARGA PROCESAL? CRITERIO DE COMPENSACIÓN.- ACUERDO DE PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA DE 19 DE DICIEMBRE DE 2013.

La compensación de las comparecencias apud acta en la liquidación de condena puede afectar al cómputo final del cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta. Ello encuentra justificación legal al considerar que la pena de prisión constituye una intromisión en el ámbito de la libertad del investigado, pero también lo sería la libertad provisional con obligación de comparecencia apud acta como medida de naturaleza también restrictiva, encaminada a asegurar los fines del proceso.

¿Puede entonces considerarse que las comparecencias apud actas constituyen una medida restrictiva, que implica un adelanto de la pena? ¿Si la respuesta es afirmativa, resultaría, por tanto, lógico plantearse la posibilidad de que pudiera ser compensada en la liquidación de la condena?

En ese sentido, el artículo 59 del Código Penal establece que 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. En aplicación de lo indicado puede suceder que después de aplicar un nuevo cómputo del cumplimiento de la pena restando las comparecencias apud acta, en el cómputo correspondiente resulte un avance en la fecha del licenciamiento establecido sin el abono de dichas comparecencias.

Tal como establece Paloma UCELAY, la interpretación más generalizada en la aplicación del contenido de los artículos 58 y 59 del Código Penal, sostenía que la pena sufrida por el investigado como medida cautelar era abonable en el cumplimiento de aquella si eran de la misma naturaleza, y compensable si eran de naturaleza distinta.[3]

El Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha de 19 de diciembre de 2013, establece doctrina referente a la compensación de las comparecencias del artículo 530 Ley de Enjuiciamiento Criminal, en base al artículo 59 del Código Penal, en la liquidación de la condena privativa de libertad que tiene lugar en fase de ejecución de sentencia y establece lo siguiente:

> "La obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar, puede ser compensada conforme al artículo 59 del CP atendiendo al grado de aflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado".

Como puede observarse, el acuerdo del pleno se dictó en el año 2013 y el artículo 58 fue modificado por artículo único de la LO 15/2003 de 25 de noviembre y 59 del Código Penal, no ha sido modificado, no obstante, no fue hasta la STS 1045/2013 de 7 de enero de 2014 que se estableció doctrina referente a la compensación de las comparecencias del artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerarse que debía compensarse el tiempo de libertad provisional, pues toda privación de derechos del investigado durante el proceso, se considera un adelanto de la pena.

En esa misma Sentencia, dos magistrados de la Sala emitieron su voto particular, toda vez que interpretaban que la obligación de comparecencia apud acta no era una medida cautelar, sino una carga procesal, es decir, una obligación inherente a la situación de libertad provisional del imputado.

[3] *Tal como establece* Paloma UCELAY, Jurista del Cuerpo Superior Técnico de Instituciones Penitenciarias. "*Hasta el momento, la interpretación más generalizada de lo dispuesto en los artículos 58 y 59 del Código Penal, seguida muy mayoritariamente por los órganos jurisdiccionales, sostenía que el contenido propio de una pena sufrido por el imputado como medida cautelar era abonable en el cumplimiento de aquella si eran de la misma naturaleza, y compensable si eran de naturaleza distinta. En consecuencia, la comparecencia apud acta no se compensaba en la pena.*"

Por otro lado, el Acuerdo citado también permitía la interpretación del posible carácter facultativo de la compensación al establecer en su redactado la palabra "puede". No obstante, ambas cuestiones quedaron clarificadas a partir de la STS 52/2015 de 26 de enero y la STS 332/2015 de 3 de junio y se concreta en la imposibilidad de que la dicción del artículo 59 del Código penal pueda tener carácter facultativo, al hacer constar que su literalidad utiliza la locución "ordenará".

En su consecuencia procede concluir que la compensación de las comparecencias apud acta resultará de aplicación obligatoria en la liquidación de condena.

Llegados a este punto, cabe destacar que hablamos de compensación y no de abono: el abono puede aplicarse cuando nos hallamos delante de penas homogéneas o que son de la misma naturaleza, como la prisión preventiva o la pena de prisión; la compensación puede proceder en el contexto de penas heterogéneas, como la libertad provisional con comparecencias periódicas apud acta, la retirada del pasaporte o similares. [4]

Como indica José Antonio BLANCO, este acuerdo no jurisdiccional ha sido aplicado y desarrollado en la STS 1045/2013, de 7 de enero de 2014. De hecho, en esta sentencia, como se hace constar en su antecedente séptimo, se prorrogó el plazo para dictar sentencia por acuerdo de la Sala, hasta la celebración del Pleno no Jurisdiccional de 19 de diciembre, teniendo la deliberación y votación del fallo lugar el 12 de septiembre de 2013, y dictado de la sentencia fecha de 7 de enero de 2014.[5]

Esta sentencia es consecuencia del recurso de casación planteado por el Ministerio Fiscal contra el auto de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Tenerife de 30 de enero de 2013, resolviendo la súplica del Ministerio Público contra el auto de la misma sección dictado en fecha 21 de enero de 2013 y, por el que se estimó la petición del penado de compensar la medida cautelar impuesta durante la instrucción de la causa de obligación de comparecer apud acta. Dicha obligación tuvo una extensión de dieciocho meses, que, a dos comparecencias al mes, dieron como resultado un total de 36 comparecencias. La AP de Tenerife accedió la compensación interesada al entenderla adecuada y proporcional a la aflicción padecida el compensar las treinta y seis comparecencias a razón de un día de prisión por cada diez comparecencias, debiendo en consecuencia procederse a una nueva liquidación que contemple el abono

[4] Esther LÓPEZ FERRERAS, Liquidación de condena, 29/09/2014.
[5] José Antonio BLANCO ANES, El abono de las comparecencias "apud acta" en la liquidación de condena de prisión.

de los 4 días. Como se ha indicado, la sentencia confirma la resolución de la Audiencia de Tenerife al que la obligación de comparecencia impuesta apud acta al penado, no puede ser examinada, atendiendo exclusivamente al grado de aflicción que haya causado aquél, al considerar que la comparecencia apud acta es uno de los efectos asociados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal al estatus de libertad provisional y tiene carácter de medida cautelar cuya naturaleza será, por ello, restrictiva y encaminada a asegurar los fines del proceso. La Sala argumenta que la razón de la compensación del cumplimiento de la obligación de comparecencia apud acta, deberá analizarse a través de la restricción de la libertad que implica la adopción de la medida, considerando, con ello que la calificación de provisional no deja de implicar una restricción y una limitación a la libertad. En ese sentido, deberá tenerse en cuenta el valor constitucional proclamado en el artículo 1 de la Constitución Española, siendo que la comparecencia apud acta no puede imponerse a un investigado cuya libertad no estuviera comprometida, es decir, que no sea objeto de la posible aplicación de medida cautelar. La libertad queda afectada porque a partir de la resolución judicial que impone las comparecencias periódicas del imputado, condicionada al cumplimiento de ese deber y a la atención a todo llamamiento judicial.

La libertad provisional, es una medida de naturaleza restrictiva, dado su carácter de provisionalidad, que implica que atendidas determinadas circunstancias esa situación podría variar agravándose la medida y acordándose en su defecto la medida de prisión provisional. Ello, conlleva necesariamente la consideración de limitación de libertad con independencia de los efectos que produzca en el investigado. El abono del tiempo de vigencia de la medida de libertad provisional, con la consiguiente obligación de comparecencia por el imputado, es un deber derivado de los principios que constan en la regulación de los artículos 58 y 59 del Código Penal.

Consecuencia de lo anterior, debe entenderse admitida la existencia de un deber legal de compensación aplicable a toda restricción anticipada de derechos sufrida con carácter cautelar. A partir de aquí resultará necesario determinar los criterios razonables para su correcta aplicación. En ese sentido deberán aplicarse los principios de proporcionalidad y culpabilidad. El primero para establecer una proporción equilibrada entre la restricción de la libertad y el valor que se le dé en base a la aflicción causada y, el segundo, en cuanto a la consideración de que efectivamente toda privación o

restricción de libertad anticipada deberá considerarse parte cumplida de la culpabilidad que finalmente resulte en la sentencia de condena.

La sentencia indicada establece un cálculo de proporcionalidad que comprende 1 día de privación de libertad por cada 10 comparecencias que será computable en la liquidación de condena. Dicho cómputo ha sido considerado por la doctrina como equilibrado y razonable cuya fórmula ha sido aplicada en otras compensaciones de igual o similar naturaleza.

Dicha sentencia determina las consecuencias benéficas para el sistema de cumplimiento de las penas y para la propia efectividad de las medidas cautelares y alude como alcance de esa doctrina el derecho a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico establecido en el artículo 1 de la CE toda vez que contribuirá a eliminar la aplicación de una medida restrictiva de la libertad de forma cotidiana, sino a que ésta sea establecida cuando las circunstancias lo requieran mejorando, a resultas, la ejecución, vigilancia y seguimiento jurisdiccional de esa medida que conlleva el control que sería de esperar. Por otro lado, ostentará un efecto pedagógico al conllevar en el investigado la expectativa favorable de su futura compensación.[6]

Por otro lado, la STS Nº 52/2015, de 26 de enero, determinaría que la compensación de la comparecencia apud acta es obligatoria, especialmente teniendo en cuanta que la expectativa del investigado respecto del final del proceso. No obstante, cuando la espera del final del proceso es larga, véase que las instrucciones de algunas causa son complejas y conllevan más tiempo del deseado en finalizar la tramitación, para el investigado obligado por una medida cautelar restrictiva de libertad pueda resultar excesiva o la frecuencia establecida de comparecencias es también alta, podría solicitar la modificación de la periodicidad acordada y aunque parece como habitual que una vez establecida esa frecuencia resulta muy difícil acreditar razones de importancia para que la misma sea modificada, la STS Nº 332/2015, de 3 de junio establece que, "el art. 530 de la Lecrim no predefine un módulo cronológico para el cumplimiento de la obligación de comparecer"[7], dijo la STS 1045/2013. Esta es exigible "...en los días que le fueren señalados en el auto respectivo". Nada impide que el Juez instructor acuerde una frecuencia semanal, quincenal, mensual, trimestral o diaria, todo ello en

[6] STS 1045/2013, de 7 de enero de 2014, Ponente D. Manuel Marchena
[7] STS Nº 52/2015, de 26 de enero de 2015

relación a los fines que persigue. Incluso, añadimos ahora, ningún impedimento existe para que, en el marco del artículo 530, no se fije la obligación de una comparecencia periódica, limitándose a exigir la obligación de comparecer del imputado cuando fuere llamado [...] es necesario un ejercicio de ponderación en orden a valorar la necesidad de la medida, y su extensión."

En ese sentido, deberá tenerse en cuenta aplicando a su vez criterios de racionalidad y de valoración respecto a la efectiva imposición de la medida cautelar de comparecencia apud acta, teniendo en cuenta que si de la causa no se desprende la existencia de que dicha comparecencia resulte realmente necesaria, puede y debe prescindirse de su aplicación, toda vez que la medida, como restrictiva de derechos, deberá ser ponderada y resultar necesaria para que se fije la libertad provisional con comparecencia apud acta.

III. CONCLUSIONES

Del acuerdo no jurisdiccional de la sala segunda del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2013, ha quedado determinado que el periodo de comparecencia apud acta sufrido deberá ser compensado en la liquidación de condena que se lleve a cabo. Con la declaración de firmeza de la sentencia condenatoria a una pena privativa de libertad se iniciará una pluralidad de actuaciones desarrolladas ante el Juzgado o Tribunal Sentenciador y, en su caso, ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. No obstante, será el propio Tribunal Sentenciador el que, en el seno de la oportuna ejecutoria, habrá de proceder al abono de la comparecencia apud acta en el momento de elaborar de la liquidación de condena. Dicho abono deberá hacerse tanto de oficio como a instancia del propio penado con la necesaria intervención del Ministerio Fiscal.

A partir de aquí procede hacer consideración en cuanto a cuáles serán los criterios de compensación que deberán ser aplicados teniendo en cuenta la valoración que se haga respecto de la afectación que dichas comparecencias han causado al penado cuya pena deba ser compensada.

Queda acreditado que la medida cautelar dictada ha restringido sus derechos al tratarse de una obligación de hacer y ha representado una intromisión en el ámbito de la libertad del investigado. Como se ha dicho, la obligación de comparecencia apud acta es uno de los efectos asociados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal al estatus de libertad provisional del investigado, de naturaleza restrictiva, encaminada a asegurar los

fines del proceso. Dicha medida está siempre presente en la vida privada del investigado con independencia de la intensidad que esa restricción conlleve para quien sea objeto de ella.

Como la pena es una reducción del estatus del autor respecto de sus derechos fundamentales, toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso, constituye un adelanto de la pena que no puede ir contra el acusado. Si se negara esta compensación se estaría vulnerando el principio de culpabilidad, pues se estaría desconociendo que el autor del delito ya ha extinguido una parte de su culpabilidad con dicha pérdida de derechos y que ello deberá serle compensado en la pena impuesta.

Como se ha manifestado, no resulta necesario acreditar la real afectación causada en el investigado. Actualmente debe hacerse una valoración genérica de la afectación que dicha comparecencia ha causado en la vida cotidiana del investigado. Por un lado, la pretensión de la imposición de comparecencia tiene su base y fundamentación en el aseguramiento del investigado en la causa que le provoca la carga de comparecer cada periodo establecido y le comporta la imposibilidad de olvidar que se encuentra investigado en un proceso penal. Ello, ya supone una carga en el sentido de aflictividad, porque resulta indudable que estar pendiente de un proceso judicial conlleva necesariamente una afectación emocional. Si además añadimos que puede afectar a su quehacer diario, para cumplir con la obligación impuesta, puede además afectar de forma patente en su cotidianeidad. Entiendo que en definitiva deberá aplicarse la compensación en base a criterios de racionalidad teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad que resultara de poner en común el tipo y gravedad del delito cometido, las circunstancias personales y la afectación real que dichas comparecencias han causado en la vida del penado.

En su consecuencia, no se precisa acreditar que la aflictividad sea o haya sido gravosa, ya que lo es la propia obligación de comparecer. Dicha aflicción resultará la propia limitación de libertad que ha supuesto el cumplimiento de la medida acordada.

* * * * * *

Inmaculada Serrano Pérez

Juez sustituta adscrita el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

~La pena de trabajos en beneficio de la comunidad~

Resumen.- La sanción de trabajos en beneficio de la comunidad fue introducida por vez primera en el ordenamiento penal español en la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, que promulgo el CP 1995, sanción penal ha sido modificada por las leyes posteriores en el importante proceso de reforma de la legislación criminal, cuyo principal objetivo ha ido encaminado a que la pena de TBC cumpla particularmente una función preventivo-especial, en la medida en que tiene efectos socializadores del penado, combinado la interacción entre trabajo y criminalidad, siendo la principal característica de la pena la necesidad del consentimiento expreso del penado para su imposición

Palabras clave.- Pena, consentimiento, privación de derechos, trabajo, criminalidad.

I. INTRODUCCIÓN

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad se introdujo en nuestro catálogo punitivo en el Código Penal de 1995, inicialmente de una manera tímida, ya que únicamente se previó como sustitutiva del denostado arresto de fin de semana, y como modalidad de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Esta incorporación en nuestro ordenamiento jurídico se produjo con un notable retraso respecto de los países de nuestro entorno, por cuanto, la legislación penal española no siguió la evolución de las diversas modalidades de trabajo gravoso en situación de privación de libertad a una sanción penal de trabajo ambulatorio acaecida en otros ordenamientos. En concreto, la aparición de esta pena en el CP español tuvo lugar cuando otras legislaciones ya llevaban casi dos décadas de utilización de la misma, en algunos casos incluso con reformas que habían corregido su formulación originaria, pues el Derecho Penal español hasta el CP 1995, no ha conocido modalidades de trabajo ambulatorio para fines públicos como sanción criminal. Como excepción, el único antecedente que en nuestra legislación presentaba rasgos de la sanción de trabajos comunitarios tal como hoy se conceptúa fue el art. 179.7ª del CP 1928[1], estableciendo las reglas para el pago de la pena de multa como posibilidad para los insolventes que fuesen declarados *vagos* por su indisponibilidad a buscar o aceptar trabajo, y así la realización de un trabajo remunerado en obras publicas suponía que parte del salario de este modo adquirido seria aplicado al abono de la multa.

[1] ROLDÁN BARBERO, H., El dinero, objeto fundamental de la sanción penal, 1983, p. 51

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA REGULACIÓN DE LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD.

Como hemos indicado, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se introdujo en nuestro catálogo punitivo en el Código Penal de 1995 y se configuraba como pena principal menos grave y leve como alternativa a la pena de privación de derechos incluyendo así la referencia a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en la clasificación de sanciones según su gravedad, art 33 CP[2]; como cumplimiento de la pena de responsabilidad civil subsidiaria en caso de impago de multa proporcional en régimen de trabajos en beneficio de la comunidad, art. 53.2 CP, o como pena sustitutiva de la pena privativa de libertad, siendo necesario en todo caso y como requisito el consentimiento expreso del condenado para su imposición.

Así, con la L.O. 11/2003, de 29 de noviembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, supuso una importante transformación toda vez que determino la superación de un límite que hasta entonces parecía infranqueable pues suprime la pena de arresto de fin de semana y mantiene, adquiriendo mayor protagonismo, la pena de trabajos en beneficio de comunidad. Allí donde el Código Penal hacía referencia a la pena de arresto de fin de semana, ahora se refiere a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad con el establecimiento de estos trabajos como pena originaria, de carácter alternativo, prevista para el delito de malos tratos en el ámbito doméstico[3]. La reforma modifico la consideración de la gravedad de la pena, ahora en virtud de una determinación en días, mejoro su regulación general en el art. 49 CP y estableció, como se acaba de señalar, su función como sustitutivo de la pena de prisión, art. 88 CP. Finalmente, la reforma dispuso la previsión de los trabajos en beneficio de la comunidad como pena originaria de carácter alternativo en 7 artículos de la Parte Especial del Código.

En las posteriores reformas del Código Penal, LO 1/2004, de 28 de diciembre; LO 15/2007, de 30 de noviembre y la LO 5/2010, de 22 de junio, se ha ido ampliando su ámbito de aplicación, y pasará también a ser pena principal en algunos delitos, y sustitutiva directa de la prisión.

En concreto la L.O. 1/2004, de 28/XII, *de medidas de protección integral contra la violencia de género*, introdujo diversas modificaciones en la regulación de la pena de

[2] DE L AMO RUBIO, J., Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código, 1997, p. 153.
[3] BLAY GIL, E., La pena de trabajos en beneficio de la comunidad, 2006, pp. 88 y ss.

trabajos en beneficio de la comunidad en el Código pues modifico la dicción del último párrafo del art. 88.1 CP. De acuerdo con la intención de suprimir las penas de multa del contexto delictivo del que se ocupa la ley, mantiene la exclusividad de los trabajos en beneficio de la comunidad como sustitutivo de la prisión, pero suprimiendo la mención del art. 173.2 CP y proyectándola ahora genéricamente sobre los ilícitos de violencia '*de género*'. La norma modifico en primer lugar, la redacción del art. 153 CP, que tipifica los delitos de malos tratos en contextos de violencia de genero (art. 153.1 CP) o de violencia domestica (art. 153.2 CP), estableciendo en ambos tipos, como pena originaria alternativa a la prisión, la sanción de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días. En segundo lugar, introdujo los delitos de amenaza leve en contextos de violencia de genero (art. 171.4 CP) y de amenaza leve con armas en contextos de violencia doméstica, imponiendo para ambas la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días. En tercer lugar, la L.O. 1/2004 estableció la conminación de los delitos de coacciones leves en contextos de violencia de genero (art. 172.2 CP) con la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días.

La L.O. 15/2007, de 30 de noviembre, que reforma el CP en materia de delitos de seguridad vial, además de mantener dicha sanción en el marco del ilícito de conducción bajos los efectos del alcohol u otras drogas (art. 379.2 CP), ha procedido a su introducción en otros tres injustos de tal familia delictiva. En primer lugar, el art. 384 CP conmina con trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días la infracción de conducción sin permiso, bien por haber perdido los puntos asignados legalmente, bien por privación judicial –de carácter cautelar o definitivo- o por no haber obtenido nunca dicho permiso. En segundo lugar, los comportamientos de peligro para la seguridad vial previstos en el art. 385 CP son sancionados en la actualidad, como pena originaria cumulativa a la multa con trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 40 días. En tercer lugar, el art. 379.1 CP establece la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días, cumulativa a la multa, para la nueva infracción de conducción '*…a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente*'.

Por último, la LO 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal, ha suprimido la configuración inicial que tenían los trabajos en beneficio de la comunidad cuando se introdujeron en el Código Penal de 1995, puesto que se ha modificado profundamente la regulación de la suspensión y de la sustitución de la penas

privativas de libertad, y en concreto, el tradicional régimen de sustitución de la pena ha pasado a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que el juez o tribunal pueden acordar la imposición de una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad, aunque, si bien es cierto que la LO 1/2015, no ha modificado el artículo 49 del Código Penal, manteniéndose la regulación esencial sobre la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, ya que se mantiene lo ya mencionado sobre la necesidad del consentimiento del penado, la no retribución económica de las prestaciones desarrolladas, y la utilidad pública de las prestaciones que se le encomienda al penado, que no podrán supeditarse al logro de los intereses económico, al suprimir el artículo 88 del Código Penal, ha venido a disminuir su aplicación, que se ha paliado con la llamada suspensión con sustitución prevista en el artículo 80.3 del Código Penal.

Con esta modificación del CP llevada a cabo por la LO 1/2015, ha disminuido los supuestos de sustitución al dejar sin contenido el artículo 88 CP. No obstante, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, puede aparecer aún como pena por sustitución en dos supuestos claros:

1. Como modalidad de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del articulo 53.1 CP, donde un día de responsabilidad subsidiaria equivale a un día de trabajos en beneficio de la comunidad.

2. Supuestos de sustitución forzosa previsto en el artículo 71.2 CP, cuando la pena de prisión impuesta sea inferior a 3 meses de prisión, en cuyo caso un día de prisión equivale a un día de trabajos en beneficio de la comunidad.

Se han incrementado el número de tipos de la parte especial en los que se establece la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como sanción principal, previéndose, además de los supuestos en que ya estaba (es decir, delitos contra la seguridad vial, de violencia doméstica y de género, robo y hurto de uso de vehículo a motor, y las modalidades atenuadas de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial), en los nuevos tipos leves de amenazas leves y coacciones leves, en las injurias y vejaciones de carácter leve, y en el delito de acoso del art.172 ter 2. Asimismo, se prevé como pena sustitutiva de la prisión inferior a tres meses, en el art.71.2 CP, y como forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago (art.53.1 CP). Pero sin duda la novedad más importante es la regulación en el art.84 CP de los trabajos en beneficio de la comunidad como una

medida o regla a imponer como condición para acordar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión.

III. REGULACIÓN LEGAL.

El artículo 49 del Código Penal, según redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, recoge los criterios básicos de aplicación de la pena, precepto que fue desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 515/2005, de 6 de Mayo, que ha sido posteriormente derogado y sustituido por el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas.

Se define esta pena en el art. 2.1 del RD 840/2011, de 17 de junio, como pena privativa de derechos «que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares».

La LO 1/15 de 30 de marzo, como se ha dicho, incide en la consideración de dicha pena, toda vez que en su consideración de menos grave, su extensión abarca de los 31 días al año, cuando antes era de 31 a 180 días, en el art. 33.3.l) CP, y como pena leve de 1 a 30 días, al igual que en el texto anterior, art. 33.4 i) CP. El art. 40.4 CP establecía que la duración de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad tendrá la duración de 1 día a 1 año, la reforma de 2015 hace coincidir la extensión máxima de dicha pena en el catálogo general de penas.

En los supuestos del art. 80.3 CP, casos de suspensión de condena excepcionales, en los que los trabajos en beneficio de la comunidad están previstos como medida obligatoria, alternativamente con la multa, se fija su duración en relación a la pena suspendida sin señalar un máximo. El mínimo no podrá ser inferior al que resulte de aplicar los criterios de conversión establecidos en el art. 84.3 (un día de prisión por una jornada de trabajo) sobre un quinto de la pena impuesta. No se fija un límite máximo. En un sistema jurídico integrado, el mismo habrá de fijarse según las pautas del art.

84.1,3ª CP, es decir aplicar el módulo de conversión de un día de prisión por una jornada de trabajo sobre un máximo de dos terceras partes de la pena impuesta, pero con el límite máximo de un año que fija el art. 40.4 CP para los trabajos en beneficio de la comunidad, pues no podemos olvidar que son pena. En otro caso, acudiendo al régimen de conversión posible en el marco del art. 84.1.3ª CP puede llegar a suponer hasta 16 meses de trabajos en beneficio de la comunidad, habida cuenta que es posible la sustitución de penas privativas de libertad de hasta dos años. Y esta duración podría ser aún mayor en los supuestos del art. 80.5 CP referido a penas de hasta cinco años y respecto a los que no están excluidos los trabajos en beneficio de la comunidad como medida o pauta de comportamiento. En estos casos podrían llegar a alcanzar una duración de 40 meses.

La LO 1/15, suprime el art. 88 que regulaba la sustitución e introduce un nuevo art. 84 CP, cuyo apartado 1. 3º permite la suspensión por la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos 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 trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración". Por tanto, existe el límite de las 2/3 partes de la pena de prisión dado el módulo de conversión.

Lo más novedoso en relación a los trabajos, tras la LO 1/15, es su previsión como medida facultativa en el art. 84 CP para todos los casos de suspensión supeditada a que resulte adecuada como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor, y como obligatoria en supuestos de suspensión de la pena del art. 80.3 CP, (incorpora los antiguos supuestos de sustitución de la pena del art. 88). En estos casos participa más bien de la naturaleza de una medida o prestación a cuyo cumplimiento se condiciona la concesión o el mantenimiento de la suspensión acordada. Su configuración como prestación condicionante de la suspensión y su posible duración muy superior al límite fijado en el art. 33.3 l) CP como pena menos grave (1 año), pudiera sugerir que su naturaleza en estos casos no sea la propia de una pena, ni, en consecuencia, su régimen de cumplimiento sea el legalmente previsto para éstas.

IV. NATURALEZA DE LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD EN EL CÓDIGO PENAL.

Algún autor ha cuestionado la naturaleza de los trabajos en beneficio de la comunidad al entender que no se trata de una pena, pues carece de dos rasgos básicos de tal concepto. Por una parte, es voluntaria, en la medida en que ha de ser consentida, con lo que quiebra la nota de coactividad inherente a toda sanción criminal. Por otra parte, es un bien para el condenado, con lo que diverge de las demás penas, que constituyen propiamente un mal. En consecuencia, se trataría más bien de un "*sustitutivo no-penal"* en relación con otras penas. Por todo ello, se recomendó excluir a los trabajos comunitarios de los catálogos de sanciones de los arts. 33 y 39 CP y ubicar su regulación tras el art. 53 CP o tras el art. 88 CP, adecuándose asi a su verdadera naturaleza sustitutiva[4].

V. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

- a) En primer lugar es necesario el consentimiento expreso del penado. Se ha suscitado el problema de la imposición de esta pena sin contar con el consentimiento y la eventual posibilidad de que finalmente no se preste y la sanción impuesta quede sin contenido. Por ello, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2004 instó a los Fiscales para que en los juicios interesaran la previa conformidad con la pena y, en caso contrario, optaran siempre por pedir una pena alternativa a ésta. Esa conformidad expresa del penado para la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad supone, no sólo la voluntad inicial a someterse a dicha pena, sino que requiere su colaboración e intervención activa a lo largo de la ejecución, desde la comparecencia del penado ante la administración penitenciaria (SGPMA) por tener encomendada su ejecución para la realización de una primera entrevista, como para la elaboración y firma del plan de trabajo, como para el desarrollo efectivo de la pena hasta la finalización de la actividad atribuida[5]
- b) La prestación laboral que se desarrolle debe ser gratuita para no competir con actividades laborales propias del mercado de trabajo. Ello no impide que

[4] GARCÍA ARÁN, G., Cuadernos Jurídicos, 38, 1996, p. 43.
[5] GIRALT PADILLA, C., La Ley Penal, 112, 2015, p. 2.

el artículo 11 del RD 840/2011, establezca que están incluidos en la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social a efectos de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por los días de prestación efectiva de dicho trabajo, salvo que realicen el cumplimiento de esta pena mediante su participación en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares, en cuyo caso estarán excluidos de la citada acción protectora. En las mismas condiciones estarán protegidos por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales.

- c) Las actividades a desarrollar habrán de ser de utilidad pública y ya se ha mencionado que podrán tener relación con el bien jurídico lesionado por el delito, consistir en reparación del daño o en actividades de asistencia a las víctimas. En la mayor parte de las ocasiones se han suscrito convenios con las entidades locales para promover este tipo de trabajos, por más que todavía no hayan tenido la extensión deseada debido a las complejidades que presenta la ejecución de esta pena.
- d) El trabajo establecido no puede ofender a la dignidad del penado. Según se dispone en el Real Decreto 840/2011 esta pena se ejecutará con arreglo a las siguientes normas: El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración estatal, autonómica o local, que a tal fin, podrán establecer los oportunos convenios entre sí o con entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública, debiendo remitir mensualmente a la Administración penitenciaria la relación de plazas disponibles en su territorio. La Administración penitenciaria supervisará sus actuaciones y les prestará el apoyo y asistencia necesarios para su eficaz desarrollo.

VI. PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFECIO DE LA COMUNIDAD.

El procedimiento para el cumplimiento de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, viene regulado en el Capítulo II: "Del cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad", del RD 840/2011.

Como hemos indicado, para la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es requisito necesario e imprescindible la conformidad del acusado para la

imposición de los mismos, debe solicitarse en el juicio oral, y si no acepta la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de forma genérica, no procede condenar por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, sino por la alternativa que fije el tipo. No procede por tanto imponer en sentencia la pena de trabajos en beneficio de la comunidad condicionada a su consentimiento en ejecución de sentencia.

Una vez dictada sentencia, y consentida la pena de trabajos en beneficio de la comunidad por el acusado, el Tribunal sentenciador remitirá testimonio de la resolución judicial así como los particulares necesarios (sentencia y liquidación de condena) a la administración penitenciaria (SGPMA) del domicilio donde tiene su residencia el penado, por lo que, la competencia territorial, queda a voluntad del penado, pues con el simple cambio de domicilio y su obligatoria comunicación, cambia la administración penitenciaria competente y el Juez de Vigilancia Penitenciaria encargado del control de la ejecución

Será la Administración penitenciaria estatal, autonómica o local, la que proporcionará el trabajo en beneficio de la comunidad, aunque el penado podrá proponer un trabajo concreto que será valorado, por la Administración penitenciaria, para la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código Penal y en el RD 840/2011, poniéndose en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Los servicios sociales penitenciarios, una vez recibidos el testimonio de la resolución y los particulares necesarios, entrevistarán al penado para conocer sus características personales, capacidad laboral y entorno social, personal y familiar, para determinar la actividad más adecuada. En esta entrevista se le ofertarán al penado las distintas plazas existentes, con indicación expresa de su cometido y del horario en que debería realizarlo y, en los supuestos a los que se refiere el artículo 4.2, se escuchará la propuesta que el penado realice.

Una vez que el penado haya prestado su conformidad con el trabajo que se le propone, los referidos servicios sociales penitenciarios elevarán la propuesta de cumplimiento de la pena al juzgado de vigilancia penitenciaria para su aprobación o rectificación. La no conformidad con el trabajo concreto propuesto o la imposibilidad de llevarlo a cabo por razones personales, sociales o familiares será comunicada por los servicios sociales penitenciarios al juez de vigilancia penitenciaria a los efectos oportunos. Cada jornada de trabajo tendrá una extensión máxima de ocho horas diarias y para determinar la duración de la jornada y el plazo en el que deberán cumplirse, se

tendrán en cuenta las cargas personales o familiares del penado, así como, en su caso, sus circunstancias laborales.

La ejecución de esta pena estará regida por un principio de flexibilidad para hacer compatible, en la medida de lo posible, el normal desarrollo de las actividades diarias del penado con el cumplimiento de la pena impuesta. A tal efecto, cuando concurra una causa justificada, podrá autorizarse por el juez de vigilancia penitenciaria el cumplimiento de la pena de forma partida, en el mismo o diferentes días. Durante el cumplimiento de la condena, el penado deberá seguir las instrucciones que reciba del juez de vigilancia penitenciaria y de los servicios sociales penitenciarios y las directrices de la entidad para la que preste el trabajo. Los servicios sociales penitenciarios comprobarán con la periodicidad necesaria el sometimiento del penado a la pena, así como el cumplimiento efectivo del trabajo impuesto; a tal fin, mantendrán contactos periódicos con la entidad en que se lleve a cabo y adoptarán, en su caso, las medidas procedentes. Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al juez de vigilancia penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena, a los efectos y en los términos previstos en el art. 49.6 y 7 del Código Penal.

El art.80.3 CP, establece que la extensión de los trabajos no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el art.84 CP «sobre un quinto de la pena impuesta». Por su parte, en el art.84.1.3º se establece un módulo de conversión de un día de trabajos por cada día de prisión, y se fija un máximo de 2/3 de su duración. Por lo tanto, cabe entender que tendrá una duración mínima de 1/5 y un máximo de 2/3 de la pena impuesta. Procede advertir de la conveniencia de no imponer una medida excesivamente larga, por estar abocado al incumplimiento, como ha demostrado la experiencia con la antigua sustitución del art.88 CP. Asimismo, debe respetarse a la hora de la concreción de la extensión de la regla o medida la limitación que establece el art.33 CP, que fija una duración máxima de un año, lo cual casa con la posibilidad prevista en el art.84 CP de sustituir una misma pena de prisión por multa y trabajos conjuntamente, y permite respetar dichos límites.

El órgano competente para efectuar el seguimiento y control de la ejecución en el ámbito de la administración penitenciaria son los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas (SGPMA) del Ministerio del Interior, del lugar donde el penado tenga fijada su residencia. Durante el cumplimiento de la condena, el penado deberá seguir las instrucciones

que reciba del Juez de Vigilancia Penitenciaria, de los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, así como las directrices de la Entidad para la que preste el trabajo.

La Administración pública o entidad privada que desarrolle actividades de utilidad pública y que haya facilitado el trabajo al penado, informará periódicamente a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la actividad que va siendo desarrollada por el penado y de las incidencias relevantes durante el desarrollo del plan de ejecución, así como de la finalización del mismo. Efectuadas las verificaciones necesarias, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena. Una vez cumplido el plan de ejecución, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas informarán de tal extremo al Juez de Vigilancia Penitenciaria y al órgano jurisdiccional competente para la ejecución, a los efectos oportunos.

VII. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD ORIGINARIA

Cuando se produce el incumplimiento de esta pena hay que diferenciar dos situaciones:

- si tal incumplimiento se produce antes de que el plan de ejecución se haya aprobado.
- si el incumplimiento se produce cuando el plan de ejecución ya se ha aprobado.

Si el incumplimiento se produce antes de la aprobación del plan de ejecución, es decir, cuando los servicios de gestión de penas y medidas citan al penado para hacerle la entrevista prevista en el artículo 5.2 del R.D. 840/11 y éste no acude, Esa incidencia debe ser puesta en conocimiento del órgano judicial sentenciador. Así lo indicó la Circular 2/2004 de 22 de diciembre de la Fiscalía General del Estado, al establecer que la competencia del Juzgados de Vigilancia Penitenciaria no interviene hasta que formalmente se inicie la ejecución. Podría cometerse un delito de desobediencia grave a la autoridad judicial si, citado por esta para su comparecencia ante los Servicios Sociales Penitenciarios elude la misma sin causa justificada. Para el Juzgado de Vigilancia de Granada sería quebrantamiento pese a que no se hubiese elaborado el plan de ejecución porque viene expresamente previsto así en el artículo 49 C.P.

Una vez aprobado el plan de ejecución, conforme al artículo 49 del CP y del artículo 8 del RD 840/11, la ejecución se realizará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, una vez efectuadas las

verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena, a los efectos de que mantenga el cumplimiento en el mismo centro o en otro centro hasta la finalización de la pena que ha incumplido, y deduzca testimonio por quebrantamiento de pena para que se instruya nuevo procedimiento penal por el mismo en fundamento del artículo 468.1 del CP.

VIII. CONCLUSIONES.

Los TBC son penas privativas de derechos, no de libertad, consistentes en la realización no retribuida de determinadas actividades de cooperación personal por parte del penado y que deben tener una utilidad pública, interés social o valor educativo, además de tender a la reparación social del daño causado por el ilícito penal cometido por el infractor. Se trata de una pena que ha ido ganando en importancia en nuestro ordenamiento jurídico en los últimos años y que tras la última reforma del CP con la LO 1/2015 ha alcanzado mayor relevancia, no atentan contra la dignidad del penado y deriva de la normativa internacional, del artículo 15 CE que prohíbe las penas o tratos inhumanos o degradantes.

IX. BIBLIOGRAFÍA:

BLAY GIL, E., La pena de trabajos en beneficio de la comunidad, Larrauri Pijoan (dir.), Tesis doctoral, Univ. Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 2006. Recurso electrónico disponible en:

https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5084/ebg1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

DEL AMO RUBIO, J., Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código, Bosch, Barcelona, 1997, p. 153.

GARCÍA ARÁN, G., El trabajo en beneficio de la comunidad. Una pena alternativa a la prisión, Cuadernos Jurídicos, 38, 1996.

GIRALT PADILLA, C., Consecuencias del incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, La Ley Penal, 112, 2015.

ROLDÁN BARBERO, H., El dinero, objeto fundamental de la sanción penal, Akal, Madrid, 1983.

* * * * * *

Ángela Viéitez López

Juez sustituta adscrita a los Juzgados de la provincia de Toledo. Máster en derechos fundamentales y libertades públicas. Máster en Derecho Penal. Socia de la FICP.

~Permisos de salida penitenciarios. Examen de los requisitos conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo 2019~

I. PERMISOS DE SALIDA. CONCEPTO Y NATURALEZA.

El artículo 25 de la Constitución Española, en su apartado segundo, reconoce los fines de reeducación y reinserción social que deben llevar aparejados las penas y las medidas de seguridad privativas de libertad[1]. A dicha finalidad reeducativa se asocian los permisos de salida penitenciarios, los cuales, permiten la salida temporal de las personas internas en un Centro Penitenciario para renovar y reafirmar sus vínculos personales y familiares y con la finalidad de constituir un primer paso para permitir la eventual concesión del régimen abierto o en su caso de la libertad condicional además de que se asocian a un mantenimiento del orden en la prisión[2].

En virtud del principio de la actividad penitenciaria, que considera que el penado no es un sujeto apartado de la sociedad, sino que forma parte de la misma, en el artículo 4 del Reglamento Penitenciario se reconocen a los internos de los Centros penitenciarios una serie de derechos entre los que podemos encontrar el derecho a que se facilite a los mismos sus relaciones con el exterior[3]. Conforme a este derecho se regulan los permisos de salida penitenciarios que tienen como finalidad no sólo facilitar las relaciones de los internos con el exterior y con la sociedad a la que después se reintegrarán, sino facilitar dicho reintegro, asegurarse del buen funcionamiento del tratamiento así como incluso comprobar si el mismo está siendo efectivo, reconociéndose por el Tribunal Constitucional una serie de ventajas en la concesión de dichos permisos de salida cuales son cooperar a la preparación para la vida en libertad,

[1] Artículo 25.2 de la Constitución Española: "**2.** *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".*

[2] ROVIRA/LARRAURI/ALARCÓN. La concesión de permisos penitenciarios. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 20-2, pp. 1-26.

[3] Artículo 4.2 e) del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario: "2.En consecuencia los internos tendrán los siguientes derechos: …..e) derecho a las relaciones con el exterior previstas en la legislación…".

fortalecer las relaciones con la familia, reducir las tensiones derivadas de estar el sujeto interno en un centro penitenciario estimulando su buena conducta para favorecer la concesión de los permisos de salida creando en el sujeto un sentido de responsabilidad y proporcionando a su vez información sobre el medio social al que ha de retornar indicando la evolución del penado en el tratamiento penitenciario al que está siendo sometido[4].

II. REGULACIÓN Y TIPOS DE PERMISOS DE SALIDA

Los permisos penitenciarios se introdujeron en la legislación española en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956 modificado por Real Decreto 2273/1977 aludiendo a los mismos como recompensas cuando se reunía por los presos una serie de requisitos[5]. Actualmente se regulan en la Ley Orgánica General Penitenciaria, Ley Orgánica 1/ 1979, de 26 de septiembre, que regula en su Capítulo VI del Título II, artículos 47 y 48 los permisos de salida y hace lo propio el Reglamento Penitenciario, Real Decreto 190/1996 de, 9 de febrero, en su Título VI bajo la rúbrica "De los permisos de salida" en sus artículos 154 a 162.

En nuestra legislación se regulan los siguientes tipos de permisos de salida:

– Ordinarios: que son aquellos que tienen su fundamento en la aplicación del tratamiento penitenciario con la finalidad de preparar al sujeto interno en el centro penitenciario para la vida que tendrá que enfrentar cuando salga en libertad, si

[4] Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1996 de 24 de junio, la cual dispone que *"…Todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que ha de integrarse, e indican cual es la evolución del penado. Pero, al mismo tiempo, constituyen una vía fácil de eludir la custodia, y por ello su concesión no es automática una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley. No basta entonces 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…".*

[5] Real Decreto 2273/1977 de 29 de julio por el que se modifica el reglamento de instituciones penitenciarias, en su artículo 109 dispone que "1.*Los actos que pongan de relieve buena conducta y espíritu de trabajo, serán estimulados en el orden penitenciario mediante recompensas adecuadas. 2. Las recompensas que puedan concederse consistirán en: a) concesión extraordinaria de comunicaciones orales o escritas; b) premios en metálico para su peculio y ahorro; c) permisos en domingos y días festivos, desde las once a las diecinueve horas, para pasarlos con sus familiares en la localidad en donde radique el establecimiento; d) permisos de veinticuatro, cuarenta y ocho o setenta y dos horas y, excepcionalmente, de una semana, cualquiera que sea el grado en que el recluso se encuentre, salvo en el primero, en que los permisos no podrán exceder de cuarenta y ocho horas; e) redenciones especiales o extraordinarias de pena, mediante una racional equiparación al trabajo, a los efectos del artículo 100 del Código Penal; f) cualquier otra análoga, a juicio de la Junta de Régimen, que no contradiga los preceptos reglamentarios.*

bien, ha de cumplir determinados requisitos legales, a los que después se aludirá y están orientados a la reeducación y reinserción social que la pena de prisión tiene constitucionalmente asignada.

- Extraordinarios: Son aquellos que, como opción penitenciaria se utilizan por la Administración para que los presos puedan tener relación con sus familias y cumplir sus obligaciones personales y familiares así como otras obligaciones sociales consideradas de especial importancia y que han de ser concedidos sin exigencia de requisito alguno ya que su concesión tiene una significación personal y social.
- Permisos de preventivos: son aquellos que se conceden en virtud de lo dispuesto en el artículo 159 del Reglamento Penitenciario y que siempre tendrán carácter extraordinario y motivos extraordinarios sin que puedan concederse a los presos preventivos permisos ordinarios.

Los permisos ordinarios se diferencian de los extraordinarios ya que tienen distinta naturaleza jurídica, los ordinarios son potestativos y los extraordinarios son imperativos. Igualmente se diferencian por la necesidad o no del informe del Equipo Técnico, ya que los ordinarios requieren dicho informe y los extraordinarios en vía de urgencia no lo requieren, siendo necesario si no existe dicha urgencia. Existen además distintos requisitos y se aplican a diferentes colectivos penitenciarios ya que los ordinarios sólo se pueden conceder a presos en segundo y tercer grado penitenciario y los extraordinarios se aplican a todo tipo de presos sin exigencia de requisito alguno y por razones urgentes. La finalidad de los permisos también es distinta ya que los ordinarios están dirigidos a la preparación de la vida en libertad y los extraordinarios tienen finalidad humanitaria y asistencial. Y por último se diferencian en los límites temporales señalados legalmente para los permisos ordinarios 36 o 48 días al año sin que exista límite explícito para los extraordinarios que dependerán de la naturaleza del hecho que lo origine o motiva[6]

[6] ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA/RODRÍGUEZ RAMÍREZ. Reglamento Penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación. Madrid, 2012.

III. REQUISITOS PARA LA CONCESIÓN DE LOS PERMISOS DE SALIDA

Para la concesión de permisos de salida extraordinarios, el artículo 47.1 de la LOGP no establece requisito alguno y señala que su concesión no será potestativa sino obligatoria, al disponer que en los casos expresamente fijados han de concederse permisos de salida siempre y cuando no concurran circunstancias excepcionales que lo impidan. La concesión de estos permisos extraordinarios no está sujeta, como decimos, a requisito alguno siendo las situaciones en las que han de concederse legalmente establecidas (artículo 47.1 LOGP)

a) Fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos.

b) Alumbramiento de la esposa.

c) Importantes y comprobados motivos para su concesión.

Dichos permisos se concederán adoptando las medidas de seguridad necesarias y adecuadas y se denegarán cuando concurran excepcionales circunstancias en el interno que impidan, por su carácter, la concesión del permiso solicitado.

Para la concesión de permisos de salida extraordinarios no es necesario el cumplimiento de ningún requisito salvo que examinadas las circunstancias del interno no sea posible, sin riesgo más allá del razonable, conceder dicho permiso, si no se dan dichas circunstancias excepcionales y, por razones de urgencia y humanitarias, han de concederse dichos permisos extraordinarios.

Respecto a los ordinarios han de cumplirse, por el interno, una serie de requisitos objetivos y subjetivos que se hallan regulados en la Ley Orgánica General penitenciaria y en el Reglamento Penitenciario. Señala la ley en el artículo 47 apartado segundo[7] y Reglamento Penitenciario en su artículo 154[8]como requisitos que dan lugar a la

[7] Artículo 47.2 de la LOGP dispone: *"se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta"*

[8] Artículo 154 del Reglamento Penitenciario dispone que "*1. Se podrán conceder, previo informe preceptivo del Equipo Técnico, permisos de salida ordinarios de hasta siete días de duración como preparación para la vida en libertad, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año 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. 2. Los límites máximos anuales de treinta y seis y cuarenta y ocho días de permisos antes señalados, 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.3. Dentro de los indicados límites no se computarán las salidas de fin de semana*

posibilidad de conceder permisos de salida de hasta siete días como preparación para la vida en libertad:

a) Informe favorable al permiso del Equipo Técnico

b) Que se trate de condenados clasificados en el segundo o tercer grado.

c) Que hayan extinguido la cuarta parte de la condena

d) Que no observen mala conducta

Así vemos que, dentro de los requisitos, unos son de carácter objetivo (presos clasificados en segundo y tercer grado, cuarta parte de la condena cumplidas) y otros de carácter subjetivo (informe favorable del Equipo Técnico y que no observen mala conducta). Para la concesión de dichos permisos, Instituciones penitenciarias en su circular 1-2012 sobre permisos de salida y salidas programadas[9], ha señalado que las decisiones que afectan a los permisos de salida, han de descansar, una vez se acredita el cumplimiento de los requisitos anteriormente expuestos, sobre los criterios aportados por los distintos profesionales que a su vez han de fundarse en el conocimiento del interno teniendo en cuenta sus antecedentes penales y penitenciarios, su evolución en prisión así como tener en cuenta el medio externo al que van a retornar para disfrutar del permiso que se le conceda. Se asume en todo caso un riesgo, derivado de la concesión del permiso de salida a un interno, que se traduce en una probabilidad de futuro y que no justifica por sí solo una denegación del permiso en todo caso, pero sí ha de considerarse relevante para no conceder dicho permiso si se estima que excede de un nivel razonable de riesgo. Para el análisis de estas circunstancias existen Tablas de variables de riesgo y Tablas llamadas de Concurrencia de Circunstancias Peculiares, que establecen dichos criterios de riesgo y demás circunstancias concurrentes que permiten la concesión o no del permiso solicitado por el interno. La tabla de Concurrencia de Circunstancias Peculiares ha sido actualizada en el año 2012 añadiendo como criterios a tener en cuenta debida a los delitos que actualmente se dan, la existencia o no de un procedimiento judicial o administrativo de expulsión del territorio así como la comisión de delitos de violencia de género. Con toda la información sobre el interno, y teniendo en cuenta además los múltiples factores que han de estar conectados con el sentido de la

propias del régimen abierto ni las salidas programadas que se regulan en el artículo 114 de este Reglamento, ni los permisos extraordinarios regulados en el artículo siguiente".

[9] Circular 1-2012 de la Subdirección General de tratamiento y gestión penitenciaria de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior del Gobierno de España.

pena y las finalidades que su cumplimiento persigue, así como el deficiente o no medio social en el que ha de integrarse el interno, la falta o no de apoyo familiar o económico, la falta de enraizamiento, en su caso, en España, anteriores quebrantamientos de condena o la persistencia de los factores que influyeron en la comisión del delito el Equipo Técnico ha de valorarlos para realizar el informe favorable o no de la concesión del permiso solicitado por el interno.

IV. EL REQUISITO DE OBSERVANCIA DE BUENA CONDUCTA Y PROBLEMAS JURISPRUDENCIALES QUE PLANTEA: ANÁLISIS DE LA STS 859/2019, DE 8 DE MARZO DE 2019.

Los requisitos objetivos no causan problema alguno, sin embargo, los subjetivos anteriormente señalados, y concretamente la observancia de buena conducta, pueden dar lugar a discusiones que, a su vez, han determinado que el Tribunal Supremo haya procedido a unificar la doctrina al respecto como sucedió en la Sentencia de la Sala Segunda 308/2012, de 27 de abril y en la reciente Sentencia 859/2019, de 8 de marzo que a continuación se procederá a analizar.

En primer lugar se ha de hacer referencia a la STS de 27 de abril de 2012. En el recurso interpuesto en la misma por el Ministerio Público se discute y solicita, se emita jurisprudencia respecto a si se puede considerar que existe buena conducta en el interno con la existencia de un expediente disciplinario activo en el momento de solicitar y posteriormente de decidir sobre el permiso de salida, si ha de considerarse en todo caso que dicho requisito de buena conducta no existe y ha de denegarse dicho permiso o en su caso puede posteriormente no tenerse en cuenta el expediente tanto a la hora de conceder el permiso, como a la hora de denegarlo y posteriormente decidir sobre los recursos interpuestos para la denegación en el caso de que en dicho ínterin tras la denegación del permiso recurrida hasta la resolución del recurso ha transcurrido el plazo o la sanción impuesta se ha cumplido.

En principio, teniendo en cuenta la regla establecida sobre la resolución de los recursos de apelación, no podría ser tenida en cuenta circunstancia, hecho o incidencia distintas a las que hayan entrado en juego en el procedimiento del que versa la resolución que ha sido apelada, esto es, no se pueden tener en cuenta hechos o circunstancias distintas a las analizadas por la resolución recurrida. Si bien esto es así, lo cierto es que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2012 señala que de forma excepcional, en los recursos contra resoluciones denegatorias de permisos de salida,

cuando durante la tramitación del recurso y antes de dictarse la resolución definitiva, se han producido incidencias propias del tratamiento del interno que hubieran sido o pudieran ser relevantes para decidir sobre la concesión del permiso o su denegación, las mismas podrán ser examinadas, sometiéndolas a contradicción, y podrán ser tenidas en cuenta para dictar la resolución que, en su caso, se dicte por el tribunal de apelación[10].

Sobre el mismo requisito se plantea controversia habida cuenta que por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina ya que por un tribunal de apelación se dictó sentencia por la que se concedía un permiso de salida a un interno que tenía activo un expediente disciplinario, no sólo al momento de su denegación inicial, sino que continuaba activo al momento de dictar la resolución de apelación por la que se revocaba la denegación y se concedía el citado permiso.

Respecto a la existencia de un expediente disciplinario activo se podría considerar y así se considera por parte del Ministerio Público en el recurso interpuesto, que su mera existencia implica la falta del requisito de buena conducta del interno y que por ello implicaría la no concesión, de facto, del permiso de salida solicitado. Sin embargo, el Tribunal Supremo en su reciente sentencia, STS 859/2019, de 8 de marzo, considera que la mera existencia de un expediente disciplinario activo del interno, no es óbice para la concesión del permiso de salida, habiéndose de valorar todas las circunstancias en general y en relación con el expediente abierto y activo. Afirma nuestro Alto Tribunal que la individualización del tratamiento penitenciario y la contemplación de los permisos de salida dentro de dicho tratamiento, impide considerar en todo caso de existencia de expediente disciplinario activo, que el permiso ha de ser denegado, toda vez que las infracciones que existen y motivan la apertura de dicho expediente son diversas y los motivos muy distintos por lo que habrá de analizarse la infracción y las restantes circunstancias que dieron lugar al expediente concretamente para valorar la concesión o no del permiso de salida. Las circunstancias de evolución del penado en el tratamiento penitenciario son esenciales para determinar si se da o no buena conducta a los efectos de concesión de permisos, ya que los mismos son elementos incentivadores de conducta y su denegación puede influir negativamente en la evolución del penado, en el resultado del tratamiento recibido. Los instrumentos orientados a obtener un mejor

[10] STS 308/2012 de 27 de abril dispone: "*como regla en la resolución de los recursos de apelación contra autos de Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá estarse a los datos o circunstancias sometidos a consideración de éste, sin perjuicio de que, excepcionalmente de haberse producido durante el trámite del recurso incidencias propias del tratamiento del interno que fueran relevantes para la decisión, éstas puedan ser examinadas contradictoriamente y tenidas en cuenta para dictarla*".

pronóstico de resocialización, como son los permisos de salida, no pueden operar de forma adecuada si se aplican de una manera automática y plana, ignorándose las peculiaridades del tratamiento en el que van a operar, por tanto su aplicación reclama que se contemple el tiempo que el penado lleva sometido al tratamiento así como el esfuerzo apreciado en su desarrollo o los contextos en los que sobrevino el fracaso, siendo también, como elemento a considerar, el tiempo que reste hasta la puesta en libertad del interno por haber cumplido totalmente la pena privativa de libertad que le ha sido impuesta. De este modo, el Tribunal Supremo señala que la privación del permiso de salida por la mera existencia de un expediente disciplinario activo conllevaría la agravación de las consecuencias que se derivan de la conducta negativa del preso por la que se ha producido la apertura del expediente disciplinario, cuya resolución podría dar lugar, además de la sanción que corresponda por la falta cometida, a la privación de los permisos de salida de manera que se privaría de efecto al principio de graduación de sanciones regulado en el artículo 234 del Reglamento Penitenciario[11]. Las finalidades del régimen penitenciario y del tratamiento penitenciario son distintas, toda vez que el régimen penitenciario es presupuesto para la realización de los fines de la actividad penitenciaria y el tratamiento penitenciario presenta una actividad resocializadora y se constituye por actividades diversas en un largo proceso que requiere para refuerzo de sus resultados, de la existencia de beneficios y permisos penitenciarios que son concedidos para la finalidad del tratamiento.

Por último y en la referida sentencia de 8 de marzo de 2019 se ratifica la unificación de doctrina establecida en la sentencia de 2012 y se añade además que el régimen procesal de Vigilancia Penitenciaria para que pueda considerarse funcional a su objeto y conforme al constitucional sentido del tratamiento penitenciario de los presos en los Centros Penitenciarios ha de ser flexible para adecuarse al ritmo del tratamiento y que no se vuelva contra su objeto. Con este fin, el Tribunal Supremo dispone que estando la actuación de los Juzgados de Vigilancia y las Audiencias provinciales dentro del marco constitucional del mandato de *"juzgar y hacer ejecutar lo juzgado"* previsto en el artículo 117 de la Constitución Española, hace que el hecho de la concurrencia de circunstancias sobrevenidas en la evolución del interno hayan de ser tenidas en

[11] Artículo 234 del Reglamento Penitenciario*: "En cada caso concreto, la determinación de la sanción y de su duración se llevará a efecto atendiendo a la naturaleza de la infracción, a la gravedad de los daños y perjuicios ocasionados, al grado de ejecución de los hechos, a la culpabilidad de los responsables y al grado de su participación en aquéllos, así como a las demás circunstancias concurrentes.*

consideración a los efectos de emitir resolución sobre la concesión del permiso, ya que el retraso en la resolución puede dejar el contenido sin objeto. Para poder entrar en el examen de dichas circunstancias, es necesario que la decisión resulte imprescindible por su gran importancia y dicho examen habrá de realizarse respetando, en todo caso, el principio de contradicción que rige el procedimiento y dar, con ello, audiencia a todas las partes implicadas.

Teniendo en cuenta este hecho, el Alto Tribunal termina concluyendo que el mero transcurso del tiempo prefijado en el Reglamento Penitenciario para la cancelación de las sanciones disciplinarias así como el que falte para cumplir el primer cuarto de la condena, requisitos exigidos en los artículos 47.2 de la LOGP y 154 del RP, son presupuestos que se han tenido en cuenta en la resolución impugnada, por lo que no son excepcionales y pueden ser examinados si se consideraron en la decisión que ahora se impugna. Igualmente siendo subjetiva la valoración de la conducta del interno para la concesión de los permisos, las variaciones que se puedan dar fuera del mero transcurso del tiempo podrán ser documentadas en el expediente y ser consideradas en el recurso si bien previamente a someterlas a contradicción entre las partes[12].

V. CONCLUSIONES

Los permisos de salida son instrumentos que forman parte del tratamiento penitenciario para garantizar e impulsar el mismo y sus efectos. La concesión de dichos permisos hace que el penado se implique en el tratamiento penitenciario que le es

[12] Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 859/2019, de 8 de marzo de 2019 señala que "1.º. El requisito de ausencia de mala conducta exigido para la concesión del permiso ordinario penitenciario contemplado en el artículo 47.2 de la LOGP, es un presupuesto de ponderación técnica a partir de todas las circunstancias que hacen referencia al comportamiento y actitud del interno, así como a su implicación en el tratamiento y en el régimen penitenciario que le resulte aplicable. Por ello, cumplida la sanción de privación de permiso por el tiempo que haya sido impuesta, la mera existencia de sanciones graves o muy graves sin cancelar, no comportará la carencia del requisito si se aprecian otras razones objetivas que fundamenten su concurrencia. 2.º. En los casos en los que la falta del requisito de adecuada conducta responda exclusivamente a la existencia de sanciones graves o muy graves sin cancelar, el simple transcurso del tiempo prefijado en el Reglamento Penitenciario para la cancelación de las sanciones disciplinarias, en los casos en los que hubiera sido correctamente computado en la decisión que se impugna, es un presupuesto de hecho ya contemplado en la resolución, de modo que carece de la naturaleza excepcional que permitiría considerar su concurrencia al tiempo del recurso de alzada. 3.º Cuando la falta del requisito de adecuada conducta, más allá de la simple existencia de sanciones penitenciarias sin cancelar, responda a la ponderación de esa y otras circunstancias diversas, la resolución de los recursos de apelación contra autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria también habrá de estar a los datos o circunstancias sometidos a la consideración de éste; sin perjuicio de que, excepcionalmente, de haberse producido durante el trámite del recurso incidencias propias del tratamiento del interno que fueran relevantes para la decisión y que no hubieran sido inicialmente contempladas, puedan ser examinadas en la alzada, siempre tras un debate contradictorio entre las partes intervinientes en el recurso.".

impuesto y de este modo, se puedan cumplir los fines de la pena constitucionalmente reconocidos de reinserción y reeducación social permitiendo, además, con la práctica de los mismos, si el tratamiento está siendo eficaz.

Los permisos pueden ser ordinarios o extraordinarios. Los extraordinarios se concederán en caso de urgente necesidad, a todo tipo de presos sin requisito alguno y únicamente se denegarán en caso de que existan circunstancias excepcionales. Los ordinarios se concederán cuando los presos en segundo o tercer grado, cumplan los requisitos previstos en los artículos 47 de la LOGP y 154 del RP.

Dentro de los requisitos exigidos, unos son objetivos (cumplir la cuarta parte de la condena, estar clasificados en segundo y tercer grado) y otros subjetivos (observancia de buena conducta e informe del Equipo Técnico favorable). Se entiende que el informe del Equipo Técnico es subjetivo porque para elaborar el mismo se han de tener en cuenta determinadas circunstancias personales del sujeto, evolución del tratamiento, medio al que ha de retornar y en el que ha de disfrutar de dicho permiso, así como las circunstancias personales y familiares del mismo por lo que, dicha valoración se considera subjetiva en alguno de sus elementos. Pero el requisito que ha suscitado la controversia que ha dado lugar a pronunciamiento expreso para unificación de doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es el requisito de buena conducta. Es claro que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de proporcionalidad de las sanciones y así se recoge en el reglamento penitenciario por lo que el hecho de tener en cuenta que un expediente sancionar abierto, activo, en contra del interno por haber cometido una falta que da lugar a una sanción, habiendo sida impuesta dicha sanción, implicaría, con la privación del permiso de salida, además de la sanción impuesta, una doble sanción al interno, lo que contradice el principio de proporcionalidad anteriormente referido. Igualmente se determina que el hecho de haber tenido en cuenta la existencia del expediente, hace que dicha circunstancia pueda ser examinada en apelación, con sus vicisitudes y resoluciones posteriores consideradas importantes en la evolución del penado en el tratamiento penitenciario al que está siendo sometido, habida cuenta del dinamismo del procedimiento de Vigilancia Penitenciaria, y teniendo en cuenta que se ha de considerar, como se ha expuesto, sobre todo la evolución del interno en el tratamiento del que formará parte el permiso solicitado, sin que la mera existencia del expediente sancionador activo sea óbice para la concesión del permiso de salida, el cual podrá ser concedido si concurren otras circunstancias favorables que así lo

aconsejen, con independencia de que se efectúe su valoración en apelación siempre que se haga constar en el expediente y en esta fase se respete el principio de contradicción, y con ello se haga partícipe a las partes.

* * * * * *

Silvia Vivó Cabo

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socia de la FICP.

~Prisión permanente revisable. Régimen de ejecución~

Resumen.- La pena de prisión permanente revisable ha sido introducida en el ordenamiento jurídico español por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Constituye la pena más grave contemplada por nuestro ordenamiento penal y, como consecuencia, está prevista para los delitos considerados de especial gravedad. Su principal característica es su duración indeterminada, aunque puede ser objeto de revisión tras el cumplimiento de un elevado número de años en prisión, y siempre que concurran determinadas condiciones y requisitos. Se instaura la aplicación de dicha pena basándose en la demanda de la ciudadanía, su inclusión en países europeos, fortalecer la confianza en la Administración de Justicia y en su excepcionalidad. En el presente trabajo se aborda fundamentalmente el régimen de ejecución de esta pena, así se examinará el acceso al tercer grado, los permisos de salida y el régimen de revisión.

Palabras Clave.- Prisión permanente revisable, ejecución, tercer grado, permisos de salida, revisión.

I. INTRODUCCIÓN

Entre las distintas penas privativas de libertad se encuentra la pena de prisión permanente revisable. El artículo 35 del Código Penal dispone que:

> "*Son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad subsidiaria por impago de multa. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código*".

La incorporación de esta pena al ordenamiento jurídico español ha sido la novedad más mediática y controvertida de la reforma, sin embargo, su aplicación va a ser excepcional, solo para los supuestos de mayor gravedad. Además, es indeterminada[1], es decir, no tiene un mínimo ni un máximo, por lo que a la hora de atender a la participación, el grado de ejecución y las circunstancias modificativas de responsabilidad penal puede plantear problemas. Atendiendo a las reglas generales para aplicación de las penas, se entiende en el artículo 70.4 CP que "la pena inferior en grado de la prisión permanente revisable es de veinte a treinta años, siendo, incluso, superior que el límite fijado para la primera revisión a los 25 años". Por el contrario, se produce una laguna legal en cuanto a la pena superior en grado, pudiendo considerarse contrario al artículo 25.1 CE al establecer el principio de legalidad, que implica certeza y

[1] RUBIO LARA, P.A., Prisión permanente revisable. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial atención a sus problemas de constitucionalidad. Aranzadi doctrinal, 3, 2016, p. 12.

taxatividad, además de seguridad jurídica para que los ciudadanos puedan prever las consecuencias[2].

Por su carácter excepcional, solamente se aplica a determinados delitos. En primer lugar, los asesinatos agravados. En segundo lugar, los homicidios especialmente graves por la calidad del sujeto pasivo (vulnerabilidad de la víctima) o por la finalidad (terrorista). Y en tercer lugar, en los delitos de genocidio y lesa humanidad.

En dichos supuestos, la pena de prisión permanente es preceptiva para el juez. Tal y como se indica en el Expositivo II de la Exposición de Motivos LO 1/2015, de Reforma del Código Penal:

> "(...) *La prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: una vez cumplida una parte mínima de la condena, un tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. La previsión de esta revisión judicial periódica de la situación personal del penado, idónea para poder verificar en cada caso el necesario pronóstico favorable de reinserción social, aleja toda duda de inhumanidad de esta pena, al garantizar un horizonte de libertad para el condenado.*
>
> *En la prisión permanente revisable, cumplida esa primera parte mínima de la pena, si el tribunal considera que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad, se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión de su situación; y si, por el contrario, el tribunal valora que cumple los requisitos necesarios para quedar en libertad, se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control orientadas tanto a garantizar la seguridad de la sociedad, como a asistir al penado en esta fase final de su reinserción social (...)"*; sin embargo, no debe entenderse como "(...) *una pena definitiva en la que el Estado se desatiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión*".

Por otro lado, aunque la pena de prisión permanente revisable ha sido clasificada como pena privativa de libertad grave, existen distintos aspectos de su cumplimiento que la diferencian del resto de las penas privativas de libertad. Tales diferencias se deben principalmente a su peculiar naturaleza, especial gravedad y, en particular, al carácter indefinido o permanente de la misma.

Así, en relación con el régimen de ejecución, tal y como señala CERVELLÓ DONDERIS, todas las figuras que dependen de plazos temporales han tenido que ser

[2] RUBIO LARA, P.A., Aranzadi doctrinal, 3, 2016, p. 32.

expresamente recogidas y adaptadas por el legislador[3] ya que, de lo contrario, no podrían alcanzarse por los penados permanentes. Por tanto, la prisión permanente revisable ha quedado sometida a períodos temporales tasados y especiales propios.

II. ACCESO AL TERCER GRADO.

Uno de las cuestiones relativas a la ejecución de la pena de prisión permanente revisable es el acceso al tercer grado, que se encuentra regulado en el artículo 36 del CP. Igualmente, debemos atender al artículo 78 bis del CP, artículos 63 y 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y artículo 102 del Reglamente Penitenciario.

Pues bien, para que los sujetos condenados a prisión permanente revisable puedan acceder al tercer grado penitenciario deben concurrir una serie de requisitos objetivos y subjetivos.

1. Requisitos objetivos.

Son fundamentalmente dos: el cumplimiento del período mínimo de prisión efectiva (también denominado período de seguridad) y la satisfacción de la responsabilidad civil.

a) Cumplimiento del período mínimo de prisión efectiva.

Los plazos mínimos de cumplimiento efectivo de la condena que han de transcurrir para el posible acceso al tercer grado penitenciario de quienes cumplen esta pena permanente varían en función de distintas circunstancias.

La regla general se contiene en el artículo 36.1 CP que exige el cumplimiento de 15 años de prisión efectiva para poder acceder al tercer grado. Dicho plazo corresponde a aquellos supuestos en que la prisión permanente ha sido impuesta como pena única, así como a aquellos en que, junto a la misma, concurren otras penas cuya suma global no supera los 5 años.

Como regla especial, en el caso de los delitos del Capítulo VII del Título XII del Libro II del CP -artículos 571 a 580: delitos cometidos por organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo-, el mismo artículo 36.1 eleva el período mínimo a 20 años.

[3] CERVELLÓ DONDERIS, V., Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 195.

El establecimiento de estos períodos de seguridad ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, fundamentalmente por su rigidez y su excesiva duración.

Señala DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, que se ha establecido un período de seguridad para acceder al tercer grado que impide que se tengan en consideración las circunstancias del hechos o del autor[4], ignorándose la evolución personal del penado permanente, lo que contraria y excluye el sistema de individualización científica.

RUBIO LARA indica que tal período de seguridad "no se concreta por la gravedad ni grado de ejecución"[5], sino que rige de forma obligatoria y sin excepciones durante el mismo en función del comportamiento del penado, quiebra la flexibilidad propia del sistema de individualización.

En definitiva, se establece un plazo distinto en función del tipo de delito cometido, bajo el fundamento de que el establecimiento de un período de seguridad mayor viene justificado por la mayor gravedad de los delitos de terrorismo.

Por otra parte, en caso de concurso de delitos hay que acudir al art. 78 bis del CP que establece plazos más amplios para acceder el tercer grado, variando en función del concreto supuesto ante el que nos encontremos.

b) Satisfacción de la responsabilidad civil.

El pago de la responsabilidad civil decretada en la sentencia constituye el segundo de los requisitos objetivos para poder acceder al tercer grado. Se encuentra regulado en el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

2. Requisitos subjetivos.

Son dos, también llamados valorativos, que han de concurrir para el acceso al tercer grado por parte de los penados permanentes.

a) Autorización del Tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

El artículo 36.1 CP establece que *"(...) La clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y*

[4] DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., El nuevo sistema de penas a la luz de las últimas reformas, en Estudios sobre el Código Penal Reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 (Dir. Morillas Cueva, L.), Dykinson, Madrid, 2015, p. 145.

[5] RUBIO LARA, P.A., Aranzadi doctrinal 3, 2016, p. 13.

favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias (...)."

En consecuencia, se otorga la competencia para la concesión del tercer grado al Tribunal sentenciador. Como señala DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, hubiera sido preferible atribuir de forma definitiva la concesión del tercer grado al Juez de Vigilancia Penitenciaria por su mayor especialización y proximidad[6]. Existe también otro problema material y es la dificultad para el penado permanente de obtención de dicho beneficio favorable al no recibir un programa de tratamiento adecuado e individualizado[7].

Y en segundo lugar, se exige que sean oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias. Llama la atención que el legislador no haya previsto la audiencia de la víctima que, sin embargo, está previsto por ejemplo en otros supuestos recogidos en los art. 36.2 y 3 CP.

Y por último, en cuanto al pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, señala CASTILLO FELIPE que, para constatar este extremo, habrá que estar a los parámetros a los que vienen aludiendo las Juntas de Tratamiento, tal y como el reconocimiento por el interno de la conducta que se le atribuye, su actitud respecto a las víctimas y la participación en los programas de tratamiento[8].

b) Requisitos específicos previstos para condenados por delitos de terrorismo.

En los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas, terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el artículo 72.6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria exige unos requisitos subjetivos adicionales y que deberán ser acreditados mediante una declaración expresa de repudio a sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

3. Supuestos excepcionales.

El artículo 36.3 CP contempla dos supuestos excepcionales para la progresión al tercer grado -del que no están excluidos los condenados a prisión permanente- por

[6] DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., en Estudios (Dir. Morillas Cueva, L.), 2015, p. 148.
[7] CERVELLÓ DONDERIS, V., Prisión perpetua 2015, p. 196-197.
[8] CASTILLO FELIPE, R., Anotaciones procesales acerca de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, La Ley Penal, 2015, p. 4.

motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de septuagenarios.

De manera que el Tribunal podrá autorizar la progresión al tercer grado, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y demás partes, sin necesidad de que concurran los requisitos analizados, siempre y cuando los penados se hallen en alguna de las situaciones que menciona el precepto y, se valore especialmente su escasa peligrosidad.

III. PERMISOS DE SALIDA.

Los permisos de salida tienen que cumplir el mandato constitucional del art. 25.2 CE de reinserción y reeducación social del condenado, aunque no se configuran como un derecho subjetivo o fundamental del penado[9]. Están previstos para preparar al penado para la vida en libertad; llegando a afirmar nuestro Tribunal Constitucional que "la posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) o, como señala la STC 19/1998, "la corrección y readaptación del penado y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento" (STC 112/1996 FJ 4º).

El art. 36.1 párrafo 3º CP establece unos requisitos distintos para la prisión permanente revisable a los ordinarios, estos últimos contemplados en el art. 47.2 LOGP [10]y 154 y ss del Reglamento Penitenciario[11], "en estos supuestos, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de

[9] PALOMA DEL ARCO, A., La pena de prisión permanente revisable. Una pena innecesaria, Ministerio Fiscal, ponencias, 2016, p. 20.

[10] Art. 47.2 LOGP: "*Igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o de tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta".*

[11] ART. 154 RP: "***1.*** *Se podrán conceder, previo informe preceptivo del Equipo Técnico, permisos de salida ordinarios de hasta siete días de duración como preparación para la vida en libertad, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año 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.*

2. *Los límites máximos anuales de treinta y seis y cuarenta y ocho días de permisos antes señalados, 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.*

3. *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 de este Reglamento, ni los permisos extraordinarios regulados en el artículo siguiente."*

prisión, en el caso previsto en la letra a[12]), y ocho años de prisión, en el previsto en la letra b[13]

IV. REVISIÓN.

Después del cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, se aplicará el sistema de revisión. Ésta es uno de los aspectos fundamentales de la pena que nos ocupa. Precisamente es la calificación de "revisable" -es decir, el hecho de que la misma esté sujeta a la posibilidad de revisión- el que, según el apartado II del Preámbulo de la LO 1/2015, permite su encaje constitucional y excluye la cuestionada inhumanidad de la misma.

A pesar de las críticas, podría decirse que se pretende garantizar la reinserción del penado, pues una vez cumplida una parte de la condena un Tribunal deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. La Ley estima esta previsión de revisabilidad como idónea para verificar en cada caso el necesario pronóstico favorable de reinserción social, además de que aleja toda duda de inhumanidad de esta pena, al garantizar un horizonte de libertad para el condenado.

Los requisitos para acceder a la revisión son:

a) Transcurso de un mínimo de cumplimiento.

Con carácter general se fija un mínimo de 25 años de cumplimiento efectivo. Ese mínimo se amplía a 30 años para el penado que hubiera sido condenado por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más.

Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento se elevan a 28 años para el penado que hubiera sido condenado por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total que exceda de 5 años y no

[12] Art. 36.1 párrafo 2 a) "*a) Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código".*

[13] Art. 36.1 párrafo 2 b) " *b) Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos."*

alcance los 25. Y de 35 años en el mismo supuesto si las penas de los delitos no castigados con prisión permanente revisable suman 25 años o más.

b) Que el penado se encuentre clasificado en tercer grado.

Los artículos 36.1.3 y 78 bis del Código Penal establecen los requisitos objetivos para acceder al tercer grado. Con carácter general se exige haber cumplido 15 años de prisión efectiva. Se establece así un "periodo de seguridad" general sin posibilidad de individualizar según la gravedad de ejecución del delito. Excepcionalmente, haber cumplido 20 años de prisión efectiva, si se trata de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas, artículos 571 a 580 del Código Penal.

En los supuestos de concursos se aplican los plazos previstos en el artículo 78 bis.1 del Código Penal. En concreto, la progresión a tercer grado exigirá un mínimo de cumplimiento de 18 años cuando el penado haya sido condenado por varios delitos y uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de los cinco años. Ese mínimo será de 20 años cuando uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años. Si se trata de delitos referentes a organizaciones criminales y grupos terroristas y delitos de terrorismo la clasificación en tercer grado requiere en estos dos casos el cumplimiento de 24 años de prisión. Cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más, la clasificación exigirá el cumplimiento efectivo de un mínimo de 22 años que se elevará a 32 cuando se trate de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo.

Por aplicación general de la legislación penitenciaria, para acceder al tercer grado también debería ser exigible el pago de la responsabilidad civil decretada en sentencia, artículo 72.5 LOGP.

c) Pronóstico favorable de reinserción.

Para acceder a la revisión de la pena debe concurrir un pronóstico individualizado favorable de reinserción, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias. Para formar la convicción respecto a este pronóstico, el Tribunal habrá de tomar en consideración las siguientes variables: la personalidad del penado y antecedentes; las

circunstancias del delito y la relevancia de los bienes jurídicos afectados; la conducta durante el cumplimiento; las circunstancias familiares y sociales; los efectos que quepa esperar de las suspensión y medidas impuestas.

En los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas, artículos 571 a 580 del Código Penal, los condenados deben mostrar además signos inequívocos de haber abandonado la banda terrorista y de haber colaborado activamente con las autoridades, para lo cual se tienen en cuenta las siguientes variables: impedir la producción de nuevos delitos; atenuar los efectos del delito; identificación, captura, procesamiento, obtención de pruebas; varias elemento subjetivo.

Con carácter general se valorará si concurren las variables generales y específicas que contempla la legislación penitenciaria para poder acceder al tercer grado en régimen abierto durante el cumplimiento de la pena de prisión no permanente.16

Cumplidos estos tres requisitos, se abre la posibilidad de finalizar la fase de privación de libertad y acceder a la suspensión de la pena y con ella a la libertad condicional.

V. CONCLUSIONES.

La introducción de la pena de prisión permanente revisable ha supuesto la conversión de nuestro Código Penal en uno de los más severos del entorno europeo. Se trata de una pena excepcionalísima, por lo que los supuestos deben ser muy limitados, ya que en nuestro país, a diferencia de otros países europeos, se contemplan penas muy largas de duración, siendo la máxima hasta cuarenta años. En estos casos, incluso la sanción podría llegar a ser mayor que la impuesta a un condenado a pena de prisión permanente revisable, por lo tanto la proporcionalidad de la pena privativa de libertad entraría en crisis.

La prisión permanente revisable es una pena de duración determinada cuya revisión depende del número de delitos cometidos, de su gravedad y del pronóstico favorable de reinserción del penado, siempre incierto.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO FELIPE, R., Anotaciones procesales acerca de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, La Ley Penal, 2015.

CERVELLÓ DONDERIS, V., Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., El nuevo sistema de penas a la luz de las últimas reformas, en Estudios sobre el Código Penal Reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 (Dir. Morillas Cueva, L.), Dykinson, Madrid, 2015.

PALOMA DEL ARCO, A., La pena de prisión permanente revisable. Una pena innecesaria, Ministerio Fiscal, ponencias, 2016.

RUBIO LARA, P.A., Prisión permanente revisable. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial atención a sus problemas de constitucionalidad. Aranzadi doctrinal nº 3/2016, 2016.

* * * * * *

4. Recensiones

Prof. Dr. Rafael Ferreira Vianna

Doctor en Derecho Penal por la Univ. de Lisboa. Profesor de Derecho Penal, Unicesumar, Brasil. Delegado de Polícia Civil (Brasil). Socio de la FICP.

~ Recensão da obra MARTÍN PARDO, Antonio/MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, El estatuto legal de la Ayahuasca en España: la relevancia penal de los comportamientos relacionados con su consumo y posesión, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019~

I. INTRODUÇÃO

A obra *El estatuto legal de la Ayahuasca en España: la relevancia penal de los comportamientos relacionados con su consumo y posesión*[1] surge a partir de uma pesquisa de pós-doutorado realizada em 2016, por MARTÍN PARDO, na Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg, Suíça, e tem como finalidade ser um informe jurídico sobre o estatuto legal da *ayahuasca* em Espanha. Para esse intento, contou com a parceria entre o *International Center for Ethnobotanical Education, Research and Service* (ICEERS) e a seção de Málaga do Instituto Andaluz Interuniversitário de Criminologia.

Sem dedicar maior espaço a questões bioquímicas ou a fatos históricos e culturais sobre o consumo da *ayahuasca*, temas tratados nos primeiros três capítulos da obra, a presente recensão analisará como se dá, atualmente, o consumo da bebida psicoativa em Espanha, tema abordado no capítulo 4, e fará uma análise crítica dos posicionamentos jurídicos adotados pelos autores na segunda parte da obra, quando, após um estudo de direito comparado, tentam definir se a produção, transporte e consumo da *ayahuasca* estão submetidos ao controle jurídico-penal de drogas.

II. O USO DA *AYAHUASCA* EM ESPANHA

Após fazer uma breve explanação sobre a composição da *ayahuasca*, seus efeitos e seus usos tradicionais, nomeadamente o ancestral indígena/xamânico e o curandeirismo mestiço/vegetalismo, os autores apresentam como ocorreu a introdução da bebida em Espanha e sua utilização atual[2].

[1] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España: la relevancia penal de los comportamientos relacionados con su consumo y posesión, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

[2] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, pp. 23 e ss.

Segundo os autores[3], a introdução da *ayahuasca* no país se deu por duas vias: o neoxamanismo urbano e as religiões *ayahuasqueiras* brasileiras.

Em que pese a *ayahuasca* não ter um consumo tradicional e não ser conhecida popularmente em Espanha, sua utilização em sessões de psicoterapia e de cura física e espiritual se tornou relativamente comum em determinados círculos no final do século XX e início do século atual.

Com base em uma tese de doutorado ainda inédita (*La vida como proceso de sanación. Prácticas chamánicas del Alto Amazonas en torno de la ayahuasca en España*), de 2015, da Faculdade de Ciências Políticas e Sociologia da Universidade Complutense de Madri, de autoria de LÓPEZ PAVILLARD, os autores indicam que, no ano de 2010, aproximadamente 10 mil pessoas consumiram *ayahuasca* em Espanha e ocorreram 317 sessões de utilização da bebida. No ano de 2011, estimava-se que existiam entre 60 e 70 líderes *ayahuasqueiros* dirigindo cerimônias regulares no país[4].

Quanto às religiões *ayahuasqueiras* brasileiras, há duas denominações principais e regularmente inscritas no Registro de Entidades Religiosas do Ministério da Justiça espanhol: Santo Daime, desde 2003; e União do Vegetal, desde 2008. A Igreja do Santo Daime tem, inclusive, seus estatutos aprovados e registrados, desde 2013, no Ministério da Justiça[5].

III. *AYAHUASCA* DENTRO DO SISTEMA INTERNACIONAL DE FISCALIZAÇÃO DE DROGAS

No início da segunda parte da obra[6], os autores analisam o contexto histórico da elaboração dos 03 principais tratados internacionais sobre drogas da Organizações das Nações Unidas-ONU (a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961 e seu Protocolo de Alteração de 1972; o Convênio sobre Sustâncias Psicotrópicas de 1971; e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988), concluindo que, apesar de o forte caráter proibicionista e do estímulo à repressão penal para utilizações não terapêuticas ou científicas dessas substâncias, existe nas Convenções a reserva quanto aos usos tradicionais e mágico-religiosos de plantas que podem ser matéria-prima para produção de substâncias psicoativas.

[3] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, p.47.
[4] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, p.48.
[5] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, p. 143.
[6] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, pp. 69 e ss.

Interpretam os autores, no mesmo sentido dos Informes de 2010 e de 2012 da Junta Internacional de Fiscalização de Estupefacientes (JIFE) ou *International Narcotics Control Board* (INCB), que a *ayahuasca* não está incluída nas proibições e nas listas de psicotrópicos das Convenções Internacionais, pois não se pode supor que a inclusão na lista do princípio ativo de uma substância importe na inclusão da própria substância, quando ela é claramente distinta.

Assim, dentro do sistema internacional de fiscalização de drogas, a *ayahuasca* não pode ser considerada uma droga ilícita e não está sob fiscalização internacional, ainda que o preparado vegetal tenha como princípio ativo uma substância considerada ilícita quando isolada, no caso a DMT (dimetiltriptamina).

Em que pese a conclusão ser acertada, quanto à *ayahuasca* não merecer controle penal no âmbito internacional, os fundamentos parecem não ser os melhores, pois o preparado mantém propriedades psicoativas que são, pretensamente, os efeitos danosos à saúde (pública e individual) que as Convenções sobre drogas buscam limitar, controlar e combater penalmente. Exigir que os nomes específicos da bebida ou das plantas estejam incluídos na lista de substâncias proibidas, quando o preparado tem como princípio ativo uma substância ali prevista e é consumido justamente em virtude de seus efeitos psicoativos, parece desconsiderar uma interpretação mais sistêmica e teleológica da própria legislação internacional (ainda que ilegítima ou desnecessária, campo que exige outra reflexão e fundamentação).

Os autores visualizam tal problema e a fragilidade da argumentação quando, na seção posterior do livro[7], apresentam a *ayahuasca* como uma possível "nova substância psicoativa", conforme classificação do Informe Específico do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes de 2013 (Informe SMART 2013 da UNODC, na sigla em inglês). Essas "novas substâncias" podem ser em sua forma pura/isolada ou preparados e nelas estão incluídos preparados vegetais, substâncias sintéticas e até substâncias com usos médicos estabelecidos.

IV. MODELOS DE REGULAÇÃO DA *AYAHUASCA* NO DIREITO COMPARADO

Tendo em vista que as medidas internacionais não são propriamente executivas, o capítulo subsequente analisa as medidas internas tomadas pelos Estados nacionais a partir das recomendações internacionais. No caso específico da *ayahuasca*, sua inclusão como "nova substância psicoativa", em que pese não estabelecer um regime jurídico determinado no

[7] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, pp. 81 e ss

campo internacional, faz com que ela passe a figurar em uma zona de suspeita e de vigilância inespecífica, fazendo com que o direito interno de cada país adote medidas particulares sobre o tema.

Assim, os autores sistematizam a forma de tratamento da *ayahuasca* pelo mundo em 03 tendências distintas, sendo elas: i) sem posição institucional definida, mas com algumas decisões permissivas de tribunais; ii) proibicionista; e iii) permissiva com regulação de parte de seus usos[8].

A maioria dos países pode ser enquadrada na primeira categoria, pois não há um uso histórico-cultural da bebida, ela não é conhecida popularmente e não há qualquer regulação ou reconhecimento legal expresso. Por outro lado, nesses países, como o Chile, exemplo analisado pelos autores[9], há uma lei penal de drogas que se aplica, em uma primeira análise, à *ayahuasca*, enquadrando-a como droga ilícita por ter como princípio ativo a DMT.

Contudo, nesses países, como não existe uma previsão expressa à *ayahuasca* ou aos componentes vegetais utilizados em sua preparação no complemento da lei penal em branco de tráfico ou uso de drogas, e como não existe um mal social maior no consumo de referida bebida, a qual é utilizada em contextos bem definidos de caráter religioso, cultural ou de meditação e cura espiritual, os tribunais tendem a decidir que a *ayahuasca* não pode ser identificada com a DMT e, assim, não pode ser considerada um estupefaciente ou psicotrópico, devendo ser afastada a lei antidrogas e seus delitos dos casos que julgam.

As consequências dessas decisões, geralmente, são de duas ordens: ou se busca uma regulamentação sanitária para controlar os contextos que seu uso será permitido, aceito ou tolerado; ou se busca incluir expressamente nas normativas de controle de estupefacientes a *ayahuasca* e seus compostos vegetais, para não restar dúvidas de sua proibição e enquadramento no objeto material do delito de tráfico de drogas.

Foi este o caminho adotado pela França, exemplo utilizado pelos autores para a tendência proibicionista de tratamento da *ayahuasca*[10], pois após uma decisão judicial em grau de apelação, em 2005, que absolveu integrantes da Igreja do Santo Daime por ausência de previsão manifesta da *ayahuasca* como sustância estupefaciente em França e pela impossibilidade de comparar uma bebida com a DMT sintética ou isolada, o Ministro da Saúde francês, a partir de proposta enviada pelo Diretor-Geral da Agência Nacional de

[8] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, p. 89.
[9] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, pp. 90 e ss
[10] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, pp. 95 e ss

Segurança dos Medicamentos e dos Produtos Sanitários, incluiu expressamente, ainda no ano de 2005, a *ayahuasca* e seus compostos vegetais utilizados como matéria-prima no rol de substâncias consideradas estupefacientes, isto é, drogas ilícitas/proibidas, sendo condutas relacionadas com sua produção, importação ou distribuição punidas com pena de prisão (podendo chegar à prisão perpétua para os dirigentes de organizações que tenham como finalidade praticar essas condutas).

Por fim, o último modelo é aquele em que a produção, a distribuição e o consumo da *ayahuasca* estão legitimados, em alguns casos, por diferentes iniciativas legislativas. No Brasil, em que pese a lógica repressiva da legislação penal de combate às drogas, é legalizado o uso da *ayahuasca* em contexto religioso, existindo regulamentação específica sobre o tema[11] e exclusão expressa do âmbito de aplicação da legislação penal de drogas o uso ritualístico-religioso de plantas psicoativas.

Já no Peru, em que pese o rigor e dureza do tratamento do tráfico de drogas pelo Código Penal de 1991, os usos e conhecimentos indígenas tradicionais da *ayahuasca* são, desde 2008, oficialmente tidos como patrimônio cultural da nação peruana, não existindo uma regulação específica sobre o tema, mas um modelo de "proteção sem regulamentação". No mesmo sentido, o Peru foi o único país que aderiu com reservas a Convenção de 1971 sobre substâncias psicotrópicas, destacando o uso ancestral da *ayahuasca* por grupos indígenas amazônicos-peruanos[12].

Em outra parte da obra, mas de importância fundamental para o estudo comparado desenvolvido, os autores trazem que o governo canadense, em julho de 2017, autorizou a Igreja Céu de Montreal a importar e consumir *ayahuasca* em seus rituais[13].

V. TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DA *AYAHUASCA* EM ESPANHA

Sendo a Espanha signatária das Convenções Internacionais sobre drogas, não há diferença significativa entre o seu sistema de controle e repressão penal ao tráfico de drogas e o de países como Brasil e Portugal.

Especificamente em relação à *ayahuasca*, a primeira questão a ser solucionada é definir se a bebida deve ser considerada uma droga ilícita. Os problemas enfrentados quanto ao preenchimento dos elementos do tipo penal do artigo 368 do Código Penal espanhol são os

[11] Resolução nº 01, de 25 de janeiro de 2010, do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas do Brasil (CONAD).
[12] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, p. 112.
[13] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, p. 37.

mesmos de outros ordenamentos jurídicos, pois não há um conceito jurídico do que é droga, recorrendo-se a listas enumerativas do que é considerado uma substância tóxica, psicotrópica ou estupefaciente.

Defendem os autores que a ausência de uma previsão exata e taxativa da *ayahuasca* e de seus componentes vegetais nas listas de substâncias fiscalizadas (internacionais ou nacionais) impede a classificação da bebida como droga em sentido jurídico-penal, afirmando-se *prima face* a atipicidade de qualquer comportamento com ela relacionado[14].

Em pesquisa realizada no âmbito das decisões judiciais de Espanha, os autores não encontram uma jurisprudência cediça sobre o tema, pois ele nunca chegou a ser analisado pelo Supremo Tribunal do país, existindo diversas decisões com fundamentos contraditórios e vagos sobre o caráter ilícito da *ayahuasca.* Em que pese existir apenas uma decisão[15] não absolutória envolvendo a *ayahuasca*, nem todas as sentenças têm como *ratio decidendi* a inexistência de objeto material do delito, como defendem os autores[16].

Ao contrário, muitas sentenças entendem, coerentemente, que a legislação não estabelece que apenas a DMT obtida sinteticamente deve ser reprimida penalmente e que a *ayahuasca* contém, sem dúvida alguma, DMT como princípio ativo, uma substância considerada psicotrópica e prevista em todas as listas (internacionais e nacionais) como droga proscrita.

Argumentam os autores que essas sentenças cometem um erro conceitual ao equiparar a parte com o todo[17], mas não percebem que é o princípio ativo DMT que transforma a *ayahuasca* em uma substância psicoativa (ainda que somada com o inibidor IMAO) e é apenas por esse efeito que ela é ingerida. Se não existisse a DMT na bebida e ela não provocasse os efeitos de alteração sensorial e de percepção da realidade, ela não seria consumida ou não despertaria qualquer preocupação social e jurídica. Assim, não há qualquer ilegitimidade em se tomar o todo pela parte na presente discussão ou em considerar a substância aquosa apenas como um meio de transportar DMT para o organismo humano.

Parece, contudo, que as sentenças não enfrentam a questão do multiculturalismo, da liberdade religiosa ou da ausência de lesão efetiva ou de perigo ao pretenso bem jurídico protegido pelo crime de tráfico de drogas, trazendo variados argumentos, desde o erro de tipo

[14] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, pp. 121 e 122.
[15] SAP de Castellón (Sección 1) nº 264, de 24 de junho de 2015 (Tol 5496373).
[16] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, p. 123.
[17] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, p.124.

pela ausência de consciência do caráter psicoativo da *ayahuasca* (o que parece muito pouco provável), passando pela falta de certeza da atividade efetiva da bebida em razão da não medição exata da quantidade de IMAO, até a falta de prova do elemento subjetivo da predisposição para o tráfico de drogas.

Outra questão levantada por MUÑOZ SÁNCHEZ e MARTÍN PARDO é que no caso da *ayahuasca*, mesmo quando se considera presente o objeto material do tipo penal de tráfico de drogas, pode ocorrer a atipicidade das condutas relacionadas em razão da figura denominada "consumo compartilhado/compartido"[18].

A exclusão da tipicidade nesses casos tem como fundamento que o bem jurídico tutelado pelos crimes relacionados a drogas é, em Espanha, objetivamente, a saúde pública. Contudo, apesar de serem crimes de mera conduta, isto é, que não exigem qualquer resultado concreto da ação para estar consumado, bastando a probabilidade de um dano para a saúde da sociedade, o perigo não é uma presunção absoluta, sendo atípica a conduta quando não há risco de disseminação, facilitação ou promoção do uso de drogas indiscriminadamente, por terceiras pessoas indeterminadas, mas apenas por um grupo de pessoas que compartilha o uso da droga (autoconsumo coletivo).

Para configurar o consumo compartilhado ou autoconsumo coletivo de *ayahuasca* - e não uma oferta pública de droga - devem estar presentes os seguintes requisitos[19]: i) círculo fechado de pessoas, i.e., que possuam uma relação interpessoal prévia ao consumo e que a incorporação de novos participantes tenha limitações e seja individualizada; ii) que todos os membros participem ativamente da aquisição, preparação, abastecimento e controle da substância que vão consumir; iii) que após a entrega da bebida ocorra o consumo imediato, i.e., seja consumida no ritual religioso ou sessão de meditação ou cura. Tal finalidade busca evitar que a bebida seja desviada e comercializada para consumo em contextos não controlados; iv) o consumo deve ocorrer em lugar fechado, sem acesso ao público em geral; e v) ausência de uma finalidade comercial ou de obtenção de lucro;

Diante desses requisitos, os autores consideram[20] que todos os atos das religiões *ayahuasqueiras* brasileiras relacionados com a bebida são atípicos, mas que o neoxamanismo ocidental ou urbano não segue o mesmo caminho. Nessas práticas terapêuticas ou de

[18] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, pp. 127 e ss.
[19] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, pp. 137 e ss
[20] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, pp. 142 e 143.

meditação há uma clara oferta pública da substância para todos aqueles dispostos a pagar pelo seu consumo.

Em relação às religiões *ayahuasqueiras*, caso se ultrapasse as questões de atipicidade, isto é, caso se considere que estamos diante de uma droga psicotrópica e que seu uso não se enquadra na figura do autoconsumo coletivo/compartilhado, o que os autores consideram um equívoco, não restaria outro caminho a não ser aceitar que existe um risco real à saúde pública.

Em tal hipótese, em razão do direito à liberdade religiosa não ser um direito ilimitado, apesar de ser fundamental, podendo ser adstrito para assegurar a ordem pública (artigo 16 da Constituição Espanhola) ou para assegurar a segurança pública e proteger a ordem, a saúde e a moral pública, assim como os direitos e liberdades dos demais (artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos), não se poderia falar em uma causa de justificação penal do exercício regular do direito à liberdade religiosa e de culto.

É este o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Contencioso-Administrativo da Audiência Nacional de Espanha, os quais decidiram, em 2014 e 2008, respectivamente, que a proteção à saúde pública é um limite válido e proporcional para restringir o exercício da liberdade religiosa dos membros das igrejas *ayahuasqueiras*[21].

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os autores concluem que, em Espanha, a *ayahuasca* não pode ser considerada uma substância psicotrópica, estupefaciente ou uma droga tóxica-ilícita por não estar expressa e especificamente prevista no complemento dos tipos penais em branco relativos a drogas. Para eles, não se pode equiparar a bebida *ayahuasca* com a DMT isolada ou sintética, restando ausente o objeto material do delito de tráfico de drogas.

Ainda que se considere a *ayahuasca* uma substância psicotrópica, por conter como princípio ativo a DMT, os comportamentos relacionados a ela em contexto religioso seriam atípicos, pois classificados dentro da categoria do uso compartilhado/compartido, o qual não coloca em risco a saúde pública.

Pode, hipoteticamente, o uso da *ayahuasca* ser limitado pela via do direito administrativo, seja pela restrição de sua circulação ao ter seus compostos vegetais

[21] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, pp. 147 e ss

classificados como plantas tóxicas; quer se suspeite de um risco iminente e extraordinário para a saúde, o que os autores verificaram não existir.

Para MARTÍN PARDO e MUÑOZ SANCHÉZ[22], não há riscos associados ao consumo da *ayahuasca*, sejam físicos, psicológicos ou sociais. Mesmo os efeitos fisiológicos da ingestão da bebida (vertigens, náuseas, diarreias, transpiração, taquicardia e aumento da pressão sanguínea) são classificados como muito leves pela literatura especializada.

Por fim, avalia-se que a obra é um marco importante para a discussão e o estudo da questão jurídico-penal da *ayahuasca*, não apenas em Espanha, o que ocorre sem dúvida, principalmente pelo levantamento exaustivo de todas as sentenças que tratam do assunto no país, mas no mundo inteiro, existindo uma reflexão bem escalonada dos principais pontos controvertidos sobre o tema e conclusões bem fundamentadas, ainda que sem levar em conta o multiculturalismo.

* * * * *

[22] MARTÍN PARDO, A. / MUÑOZ SÁNCHES, J. El estatuto legal de la Ayahuasca en España, 2019, p. 153.

II.NOTICIAS DE LA FICP

1. Congresos, seminarios y cursos

La FICP ha (co)organizado o (co)organiza actualmente los próximos congresos, cursos o conferencias:

(i) III Congreso Internacional de la FICP

17 de abril de 2020. Sobre "**Problemas y retos de las Ciencias Penales**". Organizado por la FICP y la Univ. de Alcalá y codirigido por el presidente de la FICP, Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal, y los patronos Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo, Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón y Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas. Como Coordinadores generales, el Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez y la Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz. Lugar: Rectorado de la Univ. de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid, España).

El Congreso está **destinado a los socios de la FICP, cuya inscripción en el evento será gratuita.** Para ello**, deben encontrarse al corriente de pago** de sus cuotas anuales (lo cual pueden gestionar aquí, tras la entrada en el área privada con sus claves de usuario y contraseña). Para el caso de **los no socios** interesados en asistir y participar en el Congreso, **la inscripción será gratuita si pasan a tener la condición de socio, procediendo entonces a la asociación a la FICP**, abonando la correspondiente cuota de asociación (aquí). Para ello se dispone de tres medios de pago: domiciliación bancaria, para socios con cuenta bancaria en Europa, pago con tarjeta (especialmente recomendado para socios que residen en Latinoamérica) o transferencia bancaria. **Inscripciones hasta el 1 de marzo de 2020** mediante correo electrónico dirigido a contacto@ficp.es.

Los socios de la FICP, tanto si asisten al congreso como si no pueden asistir, podrán enviar **comunicaciones** siguiendo las normas de estilo de la revista Foro FICP (disponibles aquí, y se ruega encarecidamente que se envíen en formato Word: no se admite pdf) **hasta el 15 de marzo de 2020** a la dirección indicada. Por falta de tiempo no está prevista su exposición oral; no obstante, posteriormente se publicarán en las Actas del Congreso, dentro de la página web de la FICP, en la sección correspondiente a las Actas de los Congresos Internacionales de la FICP (ISSN: 2695-3986).

El programa del Congreso se colgará en la sección de Próximos eventos y cursos de la página web a principios del 2020. Recomendamos encarecidamente a los asistentes al Congreso que necesiten pernoctar en Alcalá de Henares que **realicen sus reservas de alojamiento lo antes posible**, dado que las plazas hoteleras no son muy abundantes. Para su mayor comodidad, aquí se facilita un listado de hoteles y hostales con información adicional.

(ii) Ciclo de conferencias en la Universidad de Vigo, España

En el marco de las Jornadas de Internacionalización de la Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo/Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Univ. de Vigo, 2019, y del Curso de Actualización Jurídica 2019/2020 de la Facultade de Dereito/Facultad de Derecho del campus de Ourense/Orense han tenido lugar las siguientes conferencias organizadas por el Área de Derecho Penal en colaboración con la FICP:

12 de septiembre de 2019. Conferencia de la **Prof. Dra. Geovana Andrea Vallejo** Jiménez*, Prof. de Derecho Penal de la Univ. Autónoma Latinoamericana (UNAULA, Medellín, Colombia) y socia de la FICP, sobre "**Juvenicidio y sistema penal en Colombia**". Preside la Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo, la Prof. Dra. Almudena Bergareche Gros, y modera el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal*, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Vigo y Presidente de la FICP. Lugar: Salón de Grados de la Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo/Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo, Univ. de Vigo, España.

A la izq., La Prof. Dra. Vallejo* (segunda desde la izq.) durante su ponencia, moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente* (en el extremo izq.) y acompañada por la Decana de la Facultad y la Secretaria del Máster de Menores. A la dcha., posado tras la ponencia: de izq. a dcha., los Profs. de Vicente*, Vallejo*, la Prof. Dra. Teresa Estevez Abeleira y la Prof. Vázquez Iglesias (Prof. asociada).

17 de octubre de 2019. Conferencia del **Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta***, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. EAFIT, Medellín (Colombia), y patrono de la FICP, sobre "**El papel del Derecho penal en el control de la criminalidad organizada: análisis del caso colombiano**". Preside en el campus de Vigo la Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo, la Prof. Dra.

Almudena Bergareche Gros, y modera el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal*, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Vigo y Presidente de la FICP. En el campus de Ourense/Orense, preside en cambio la Prof. Dra. Francisca Fernández Prol, Vicedecana del centro organizador y coordinadora del grado en Derecho. Lugar: Salón de Grados de la Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo/Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo, Univ. de Vigo, España. Puede obtenerse más información en este enlace del Diario de la Univ. de Vigo.

Arriba, a la izq., el Prof. Dr. Sotomayor Acosta* durante su ponencia en el campus de Vigo, junto al Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente Remesal* y la Decana de la Facultad. A la dcha., posado en la Catedral del Vigo. Abajo a la izq., el Prof. Dr. Sotomayor* durante su ponencia en el campus de Ourense/Orense, acompañado de la Prof. Dra. Fernández Prol y del Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente. A la dcha., posado en la Fac. de Direito/Derecho: de izq. a dcha., el Prof. Manuel Arias Carral* (Director de la Prisión Provincial, Prof. Asociado de Penal y socio de la FICP), la Prof. Dra. Torres Cadavid*(Prof. contratada interina de sustitución y socia de la FICP), los Profs. de Vicente Remesal* y Sotomayor Acosta*, la Decana de la Facultad de Derecho, la Coordinadora del Grado de Derecho, el Prof. García Sobrado* (Prof. Asociado de la Univ. de Vigo y socio de la FICP) y el Prof. Dr. Rodríguez Vázquez* (Prof. Titular acreditado y socio de la FICP).

(iii) Jornada "Experiencias internacionales de colaboración de estudiantes con personas privadas de libertad" (PAGID 2018), Univ. de León.

16 de octubre de 2019. Evento coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, España, la Univ. EAFIT (Medellín, Colombia), UNAULA (Medellín, Colombia) y la FICP. Participan como ponentes estudiantes del máster de abogacía de la

ULE, estudiantes de la Universidad EAFIT y estudiantes de UNAULA, profesores de las tres Universidades, y representantes del Centro penitenciario de León y del Ilustre Colegio de Abogados de León. Cartel disponible en la web de Eventos y cursos anteriores. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Univ. de León, España.

(iv) V Jornadas sobre Metodología y Política Criminal en el Sistema Penal, Univ. de Oviedo

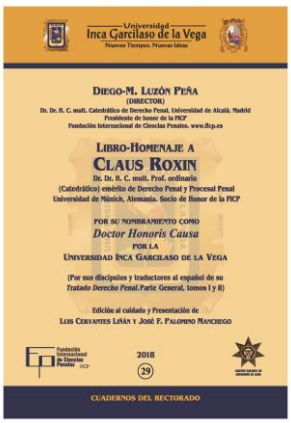
11 de noviembre de 2019. Sobre "**Feminismo y política criminal**". Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Oviedo y la FICP (dir. Prof. Dr. Paredes Castañón, Catedrático de Derecho Penal y patrono de la FICP). Con la participación de las Profs. Dras. Maqueda Abreu (Catedrática de Derecho Penal, Univ. de Granada), Villacampa Estiarte (Catedrática de Derecho Penal, Univ. de Lleida) y Francés Lecumberri (Prof. Contrada Doctora, Univ. Pública de Navarra, y socia de la FICP). Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho, Univ. de Oviedo, España. Inscripciones en: paredesmanuel@uniovi.es. El programa está disponible en nuestra página web, en la sección de Próximos eventos y cursos.

2. Publicaciones de la FICP

Además de sus dos revistas, la FICP ha coeditado las siguientes obras:

(i) Libro-Homenaje a Claus Roxin

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Director), Libro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. (Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II). Lima, Perú: Cuadernos del Rectorado UniversidadInca Garcilaso de la Vega / FICP, 2018, 793 pp. ISBN: 978-9972-04-592-9.

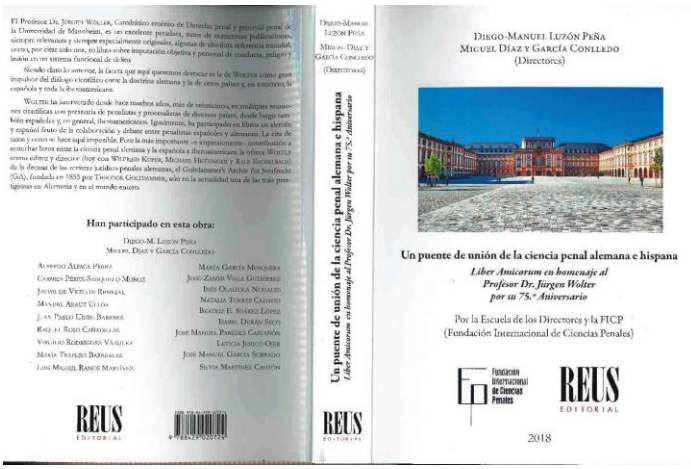


Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos, los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizola Nogales, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Barber Burusco, Durán Seco y Jericó Ojer; (ii) entre los socios, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann (socio de honor de la FICP), el Prof. Dr. Vega Gutiérrez y la Prof. Escobar Vélez. El índice de la obra está disponible en nuestra página web, en la nueva sección de Publicaciones/Otras publicaciones de la FICP. Asimismo, más abajo en este número de Foro FICP, en la sección de Publicaciones recientes de los miembros de la FICP, se indicarán los diversos artículos contenidos en la obra.

Para recibir un ejemplar impreso del *Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II* (dir.: Diego-M. Luzón Peña), Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018 (previsiblemente abonando solo los gastos de envío), pónganse en contacto con el encargado de la distribución de la obra, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José F. Palomino Manchego (Prof. Ordinario de la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima, la Univ. Nacional Mayor de San Marcos y la Univ. San Martín de Porres, Perú; email: palominomanchego@gmail.com), quien les indicará el procedimiento que se debe seguir.

(ii) *Liber-Amicorum* a Jürgen Wolter

LUZÓN PEÑA, Diego-M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (Directores), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario. Por la Escuela de los Directores y la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales). Madrid: FICP / Reus, 2018, 590 pp. ISBN 978-84-290-2072-4.



Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos: el Prof. Dr. Dr. h.c. De Vicente Remesal y los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizona Nogales, Aráuz Ulloa, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Durán Seco, Jericó Ojer; y (ii) entre los socios, los Profs. Dres. Rodríguez Vázquez, García Mosquera, Vega Gutiérrez, Torres Cadaviz, Pérez-Sauquillo Muñoz y los Profs. García Sobrado, Alpaca Pérez, Uribe Barrera, Suárez López y Ramos Martínez.

El índice de la obra está disponible en nuestra página web, en la nueva sección de Publicaciones/Otras publicaciones de la FICP. Asimismo, más abajo en este número de Foro FICP, en la sección de Publicaciones recientes de los miembros de la FICP, se indicarán los diversos artículos contenidos en la obra.

(iii) Actas de Congresos y Seminarios con ISSN

La FICP ha obtenido el ISSN para las siguientes publicaciones periódicas disponibles en nuestra página web, en la sección de Actas de congresos y seminarios:

- Actas de los Congresos Internacionales de la FICP (ISSN 2695-3986)
- Actas de los Seminarios Interuniversitarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de Alcalá (ISSN 2695-3994)
- Actas de los Seminarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de León (ISSN 2695-4001)

III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, galardones; grados académicos[1]

(i) Próximo homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* por su 70.º aniversario

17 de abril de 2020. Junto a la clausura del III Congreso Internacional de la FICP **(**hora prevista aproximada: 18:30 h.), se celebrará un acto de homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña*, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y Presidente de honor de la FICP, por su 70.º aniversario, abierto a todas las personas que quieran asistir. En él se hará entrega al Prof. Luzón Peña de un Libro-Homenaje en castellano y de una edición especial también en su homenaje (Festgabe für D.-M. Luzón) del n.º 2020/4 de la revista Goltdammer´s Archiv für Strafrecht en alemán. Lugar: Rectorado de la Univ. de Alcalá, Madrid (España). El programa del evento se colgará, junto con el del III Congreso, en la sección de Próximos eventos y cursos de la página web a principios del 2020.

(ii) Acto solemne de entrega al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro* de su Libro Homenaje por su 70.º aniversario

29 de noviembre de 2019. Con motivo de su 70.º aniversario, se celebró en la Facultad de Derec ho de la Univ. Autónoma de Madrid el acto solemne de entrega al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro* (Catedrático de Derecho Penal de la UAM y patrono de la FICP) del Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro (dirs.: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso), Madrid, UAM Ediciones, 2019.

El evento estuvo presidido por el Decano de la Facultad, Prof. Dr. Juan Damián Moreno, y contó con intervenciones de los Profs. Dres. Gonzalo Rodríguez Mourullo (su maestro), Diego-M. Luzón Peña*, Manuel Cancio Meliá* (su discípulo más antiguo, que encabeza la comisión organizadora del LH) y del propio homenajeado. Al acto asistieron además numerosos miembros de la FICP: entre los patronos, además de los ya

[1] Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.

mencionados, los Profs. Dres. Díaz y García Conlledo*, Sanz Morán*, Corcoy Bidasolo*, Peñaranda Ramos* y Roso Cañadillas*, y entre los socios, los Profs. Dres. Greco*, Rueda Martín*, Mendoza Buergo*, Vega Gutiérrez*, Rodríguez Horcajo* y Pantaleón Díaz*.

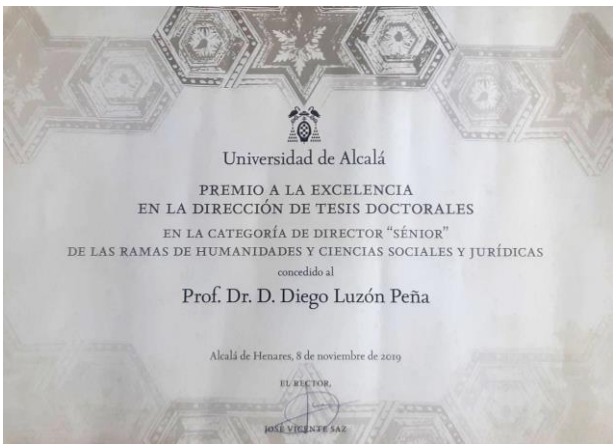
Diversas imágenes del Prof. Dr. Jorge Barreiro* durante el evento. Abajo, de izq. a dcha., los Profs. Dres. Jorge Barreiro*, Rodríguez Mourullo, Damián Moreno, Luzón Peña* y Cancio Meliá*.

De izq. a dcha. y de arriba a abajo, los Profs. Dres. Rodríguez Mourullo, Luzón Peña*, Damián Moreno y Cancio Meliá*

Arriba, el Prof. Dr. Jorge Barreiro junto al Prof. Luzón, tras la intervención de este, y con el Prof. Cancio, quien le hace entrega del Libro Homenaje. Abajo, imagen de los asistentes al evento.

(iii) Premio a la excelencia en la dirección de tesis doctorales para el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña* e investidura solemne con los atributos de Doctor a la Prof. Dra. Pérez-Sauquillo Muñoz* durante la *Annua Commemoratio* Cisneriana

El pasado 10 de noviembre de 2019, durante el acto solemne de la *Annua Commemoratio* Cisneriana de la Univ. de Alcalá, se hizo entrega al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña (Catedrático de Derecho penal de la Univ. de Alcalá y Presidente de honor de la FICP)* del premio a la excelencia en la dirección de tesis doctorales 2019 en la categoría de director sénior de las ramas de humanidades y ciencias sociales y jurídicas, concedido por la Escuela de Doctorado de la Univ. de Alcalá el 22 de octubre.


Universidad de Alcalá

PREMIO A LA EXCELENCIA
EN LA DIRECCIÓN DE TESIS DOCTORALES
EN LA CATEGORÍA DE DIRECTOR "SÉNIOR"
DE LAS RAMAS DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS
concedido al
Prof. Dr. D. Diego Luzón Peña

Alcalá de Henares, 8 de noviembre de 2019

EL RECTOR,

JOSÉ VICENTE SAZ

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña* recoge su premio de manos del Rector y posa ante el fotógrafo.

En el acto tuvo lugar también la investidura de nuevos doctores de la Univ. de Alcalá, entre los que incluía la Prof. Dra. Pérez-Sauquillo Muñoz* (Prof. Ayudante Doctora de la Univ. de Alcalá y Secretaria del Patronato de la FICP), pese a que la defensa de su tesis se realizó en septiembre de 2017. Ejerció como su padrino el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña*.

La Prof. Dra. Pérez-Sauquillo Muñoz* es investida por el Rector, junto a su padrino, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña*.

(iv) Simposio dedicado al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann* por su 75.º aniversario

2 de noviembre de 2019. Con motivo del 75.º aniversario del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, Catedrático de Derecho Penal emérito de la Univ. Ludwig Maximilien de Múnich y socio de la FICP, se celebró en su honor un simposio sobre "Dogmática del Derecho Penal como ciencia: ¿aún sigue la eterna polémica?". Organizado por el Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico de la Univ. de Freiburg (dirs: Profs. Dres. Hefendehl y Greco*, catedráticos de Derecho Penal de las Univ. de Freiburg y Humboldt de Berlín respectivamente).

Con la intervención, como ponentes, de los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Schünemann*, Gracia Martín*, Díaz y García Conlledo*, así como los Profs. Dres.

Greco*, Hefendehl y Merkel. Otros participantes del evento fueron el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña* y los Profs. Dres. Suárez González, Hörnle, Hauer, Kasiske, Leite* y Sacher. Lugar: Freiburg, Alemania.

Arriba a la izq.: los Profs. Greco* y Schünemann* durante la ponencia de este; a la dcha., los Profs. Greco*, Díaz y García Conlledo*, Hefendehl y Schünemann*; abajo: los Profs. Gracia Martín*, Hörnle, Kasiske y Luzón Peña*

Arriba a la izq.: los Profs. Greco* y Schünemann* durante la ponencia de este; a la dcha., los Profs. Kasiske, Greco*, Hefendehl, Schünemann* y Leite*; abajo a la izq.: los Profs. Gracia Martín*, Hefendehl y Greco*; a la dcha., los Profs. Leite*, Hauer, Sacher, Merkel, Luzón* y Hörnle

(v) Nombramiento del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Arroyo Zapatero* como miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de París

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero*, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Castilla-La Mancha y socio de la FICP, ha sido elegido miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de París (Instituto de Francia), fundada en 1832, en la sección de Ciencias Morales y Sociología. La toma de posesión ha tenido lugar el pasado día 4 de noviembre.

(vi) Obtención del Doctorado por el Prof. Juan Pablo Uribe Barrera*

15 de octubre de 2019. Acto de defensa de la tesis doctoral del Prof. Juan Pablo Uribe Barrera*, titulada "Bases para la interpretación y aplicación del derecho constitucional a la libertad de expresión" y dirigida por el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo*. El tribunal estuvo conformado por el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña* (Presidente, Univ. de Alcalá), el Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta* (Vocal, Univ. EAFIT) y el Prof. Dr. Miguel Ángel Presno Linera (Secretario, Univ. de Oviedo). La tesis obtuvo la máxima calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad y la mención internacional. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Univ. de León, España.

A la dcha., el Prof. Uribe Barrera* durante la defensa de su tesis, ante el tribunal compuesto por, de izq. a dcha., los Profs. Dres. Sotomayor*, Luzón Peña* y Presno Linera. Abajo a la izq., el Prof. Dr. Uribe* tras la defensa, posando junto a su tutora, la Prof. Dra. Durán Seco*, y su

director, el Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo*. Abajo a la dcha., posando con este último y los miembros del tribunal.

Posado del Prof. Dr. Uribe Barrera* junto a los miembros del tribunal, su director y algunos de los asistentes al acto de defensa.

(vii) Obtención del Doctorado por el Prof. Alfredo Alpaca Pérez*

25 de noviembre de 2019. Acto de defensa de la tesis doctoral del Prof. Alfredo Alpaca Pérez*, titulada "Injusto penal y teoría de las normas. Consideraciones normológicas sobre el delito y la pena" y dirigida por el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono de la FICP. El tribunal estuvo conformado por el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá, Presidente de honor de la FICP y Presidente del tribunal), el Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos* (Catedrático de Derecho Penal de la UAM, patrono de la FICP y vocal del tribunal) y el Prof. Dr. Luis Greco (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. Humboldt de Berlín, socio de la FICP y secretario del tribunal).

La tesis obtuvo la máxima calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad y la mención internacional. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Univ. de León, España.

El Prof. Alpaca Pérez* durante la defensa de su tesis doctoral, con el tribunal conformado, de izq. a dcha., por los Profs. Dres. Peñaranda Ramos*, Luzón Peña* y Greco*, así como su director, el Prof. Dr. Díaz y García Conlledo*.

El Prof. Alpaca Pérez* durante y tras la defensa de su tesis doctoral, posando con los miembros del tribunal y su director.

2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP

(i) Miembros del Patronato (con asterisco los patronos y secretaria):

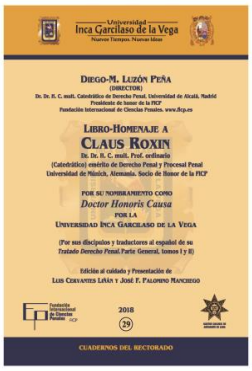
- Vicente Remesal, Javier de*, Los fines de la pena y las repercusiones de su consideración en la pena de inhabilitación profesional, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, t. I, Lima, FICP / UIGV, 2018, pp. 69-136.

- Vicente Remesal, Javier de*, Factores latentes de riesgo, eventos adversos y errores en la práctica médica, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 153-185.

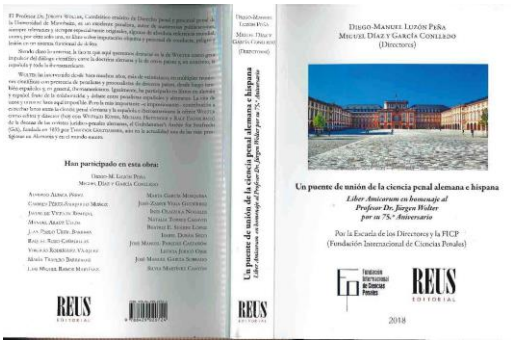
- Vicente Remesal, Javier de*, Aspectos esenciales del consentimiento presunto en la práctica quirúrgica, con especial referencia a la determinación del elemento subjetivo de justificación, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 401-414.

- Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber

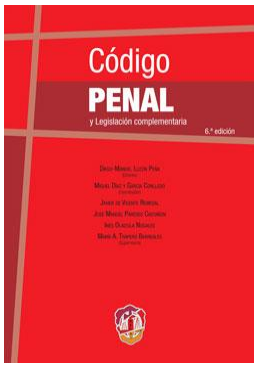
Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / UIGV, 2018.



- Luzón Peña, Diego-M.*/Díaz y García Conlledo, Miguel* (dirs.)/Alpaca/Pérez-Sauquillo*/Luzón*/ Díaz y García Conlledo*/de Vicente Remesal*/Aráuz Ulloa* /Uribe Barrera/Roso Cañadillas*/Rodríguez Vázquez/Trapero Barreales*/Ramos/ García Mosquera/Vega Gutiérrez/Olaizola Nogales*/Torres Cadavid/ Suárez/ Durán Seco*/Paredes Castañón*/Jericó Ojer*/García Sobrado/Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018.

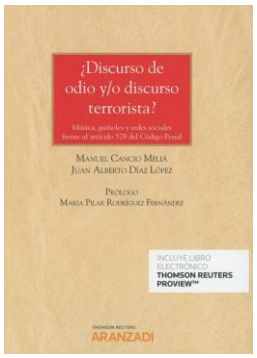


- Luzón Peña, Diego-Manuel* (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel* (coord.)/de Vicente Remesal, Javier*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/ Trapero Barreales, María A.* (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 6.ª ed. Con la colaboración de: Roso*, Barber*, Jericó*, Durán*, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Francés, Escobar, Pérez-Sauquillo, Torres Cadavid, Uribe Barrera, Alpaca Pérez. Madrid, Reus, 2019.



- Luzón Peña, Diego-M.*, Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, t. I, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 47-68.
- Luzón Peña, Diego-M.*/Díaz y García Conlledo, Miguel*, Introducción. Jürgen Wolter: un gran vínculo entre la ciencia penal alemana y española, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 13-18.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Conocimiento de la materia de prohibición como elemento intelectual del dolo y repercusiones para el error sobre las causas de justificación, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 93-117.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Miedo insuperable: requisitos básicos, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 571-594.
- Aráuz Ulloa, Manuel*, Sobre la responsabilidad penal y el consentimiento informado en las afectaciones derivadas de la cirugía estética, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 187-205.

- Barber Burusco, Soledad*, Del delito de "difusión" o "propaganda" terrorista a la desmesurada expansión de la punición de actos preparatorios, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 539-586.
- Barber Burusco, Soledad*, Libertad vigilada para imputables y cumplimiento de la pena de prisión, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1309-1322.
- Cancio Meliá, Manuel*/Díaz López Juan Alberto, ¿Discurso del odio y/o discurso terrorista?, Pamplona, Thomson/Aranzadi, 2019.



- Cancio Meliá, Manuel*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vols. I y II, Madrid, UAM Ediciones, 2019.

- Cancio Meliá, Manuel*, Discurso terrorista y delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 CP), en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 925-946.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, El consentimiento por representación en la actividad médico-quirúrgica, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez

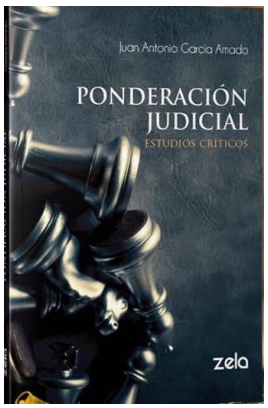
Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 385-400.

- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Luzón Peña, Diego-M.* (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Claus Roxin y la teoría de la autoría. Algunas discrepancias, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 137-175.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Luzón Peña, Diego-M.*, Introducción. Jürgen Wolter: un gran vínculo entre la ciencia penal alemana y española, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 13-18.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Peculiaridades en el error en el Derecho penal económico, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 119-151.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Trapero Barreales, María A.*, La denominada inhabilitación profesional: una consecuencia jurídica híbrida, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1589-1605.
- Durán Seco, Isabel*, El maltrato y el abandono de animales desde el punto de vista del Derecho penal (LO 1/2015, de 30 de marzo), en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 587-637.
- Durán Seco, Isabel*, La responsabilidad penal en el ámbito de la circulación, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.), Un puente de unión de la ciencia

penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 493-508.

- García Amado, Juan Antonio*, Conflictos de derechos: problemas teóricos y supuestos prácticos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

- García Amado, Juan Antonio*, Ponderación judicial. Estudios críticos, Lima, Zela Grupo editorial, 2019.



- Gómez Martín, Víctor*, Dogmática penal y Sociología jurídica: encuentros y desencuentros, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 165-180.
- Jericó Ojer, Leticia*, Tratamiento médico, consentimiento y Derecho penal, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 293-315.
- Jericó Ojer, Leticia*, Derecho penal y fenómeno religioso: cuestiones relativas a su legitimación (art. 525 CP), en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.),

Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 537-572.

- Jericó Ojer, Leticia*, El compromiso de abono de la responsabilidad civil como requisito para la suspensión de la pena privativa de libertad (art. 80.2.3ª CP): especial referencia a la interpretación del TC, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1411-1424.
- Olaizola Nogales, Inés*, La influencia de las recomendaciones del GRECO en la reforma del CP español, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2018, pp. 437-457.
- Olaizola Nogales, Inés*, La tributación de las ganancias ilícitas (Una primera y breve aproximación), en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 409-418.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Vademécum del legislador racional (y decente): noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2018, pp. 177-237.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Tipicidad y atipicidad en el delito de coacciones a parlamentarios (art. 498 CP): comentario sobre el caso "Aturem el Parlament", en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 509-536.
- Peñaranda Ramos, Enrique*, El consentimiento en las lesiones y el tratamiento médico-quirúrgico, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 697-712.

- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, ¿Pueden los bienes jurídicos supraindividuales ser lesionados mediante conductas individuales?, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 45-91.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

- Roso Cañadillas, Raquel*, El delito *comisivo omisivo*, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 239-262.
- Roso Cañadillas, Raquel*, Reflexiones sobre la autoría imprudente, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 223-257.
- Roso Cañadillas, Raquel*, Los delitos polivalentes de autoría: entre el deber y el dominio, Indret: revista para el análisis del Derecho, 3, 2019.
- Roso Cañadillas, Raquel*, ¿Las omisiones puras de socorro son absorbidas siempre por el delito comisivo precedente?, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 759-772.
- Sanz Morán, Ángel J.*, Las medidas de corrección y de seguridad: un balance, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1555-1574.

- Schünemann, Bernd, El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática, Roso Cañadillas*/Pérez-Sauquillo Muñoz* (trads.), Madrid, Reus/B de f, 2019.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto* (dir.), Revista Nuevo Foro Penal, 93, 2019 (accesible aquí).

- Trapero Barreales, María A.*, El artefacto explosivo casero ("coctel Mcgyver"): un medio peligroso "pluritípico". Una propuesta interpretativa de los delitos de lesiones, daños, atentado y tenencia de explosivos… y de planteamiento concursal, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 459-538.
- Trapero Barreales, María A.*, 9 + 1 respuestas frente al delincuente imputable peligroso… y en el punto de mira siempre dos tipologías: el delincuente sexual y el terrorista, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 283-353.
- Trapero Barreales, María A.*, Comentario urgente sobre la reforma penal vial y otros aspectos controvertidos, RECPC, 21-11, 2019, pp. 1-61.
- Trapero Barreales, María A.*/Díaz y García Conlledo, Miguel*, La denominada inhabilitación profesional: una consecuencia jurídica híbrida, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1589-1605.

(ii) Socios (con asterisco los socios):

- Acale Sánchez, María*, Sobre la materialización del bien jurídico protegido en los delitos ecológicos, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez

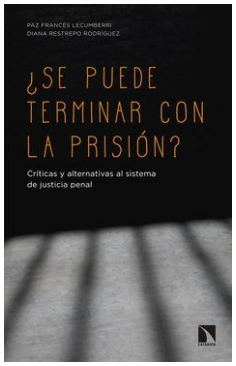
Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 815-830.

- Alpaca Pérez, Alfredo*, Norma y teoría del delito. La aportación de Jürgen Wolter, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 21-43.
- Bacigalupo Saggese*, Los delitos en el ámbito de la administración concursal, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 849-864.
- Benítez Ortúzar, Ignacio F.*, Estafas sobre bienes inmuebles. Especial referencia a las recaídas sobre vivienda, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 879-892.
- Boldova Pasamar, Miguel Ángel*, Análisis de la aplicación jurisprudencial del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 325-345.
- Busato, Paulo César*, Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

- Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, Madrid, UAM Ediciones, 2019.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo*, Dos interpretaciones contra legem del régime den exoneración de las personas jurídicas (art. 31 bis, apartados 2 y 4), en: Cancio

Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 415-430.

- Escobar Vélez, Susana*, El principio de precaución y su traslado al Derecho penal en España, en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 263-291.
- Faraldo Cabana, Patricia*, Traslado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por modificaciones estructurales. Algunas puntualizaciones sobre el art. 130.2 CP, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 431-444.
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, Las medidas educativas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1353-1368.
- Figueiredo Dias, Jorge de*, Sobre la crisis del paradigma penal, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 147-164.
- Francés Lecumberri, Paz*/Restrepo Rodríguez, Diana, ¿Se puede terminar con la prisión? Críticas y alternativas al sistema de justicia penal, Madrid, Los libros de la catarata, 2019.



- Francés Lecumberri, Paz*/Varona, Gema/Zuloaga, Lohitzune, Mitos sobre delincuentes y víctimas: argumentos contra la falsedad y la manipulación, Madrid, Libros de la catarata, 2019.

- García Mosquera, Marta*, La personalidad jurídica de empresas transnacionales en la Unión Europea como requisito de la responsabilidad penal del art. 31 bis del Código Penal español, en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 371-411.
- García Mosquera, Marta*, La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales a los efectos del delito de hurto, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 369-381.
- García Mosquera, Marta*, Breves apuntes sobre el concepto penal de secreto de empresa, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1023-1034.
- García Sobrado, José Manuel*, Recordando a la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 573-581.
- González Cussac, José L.*, El plano técnico-jurídico en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, t. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 473-484.

- Gracia Martín, Luis*, A vueltas con el concepto de consecuencias accesorias del delito, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1395-1410.
- Greco, Luís*, As razões do direito penal. Quatro estudos, Viana, E.*/Montenegro, L./Glezer, O. (organizadores y trads.), São Paulo, Marcial Pons, 2019.

- Greco, Luís*, Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, t. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 485-494.
- Hortal Ibarra, Juan Carlos*, El estado de salud del Derecho penal del trabajo: o cómo instrumentalizarlo en el tratamiento ambulatorio de fines impropios, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1049-1062.
- Leite, Alaor*/Estellita, Heloisa (eds. e introducción), Veículos autônomos e direito penal, São Paulo, Marcial Pons, 2019.

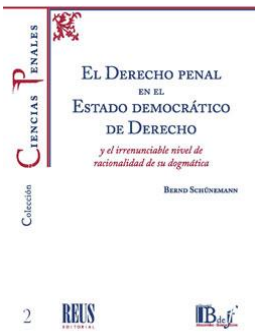
- Leite, Alaor*, Notstand und Strafe: Grundlinien einer Revision des Schuldbegriffs, Berlin, Duncker & Humblot, 2019.

- Luzón Peña, Diego-Manuel (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel (coord.)/de Vicente Remesal, Javier/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/ Trapero Barreales, María A. (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 7ª ed. Con la colaboración de: Roso, Barber, Jericó, Durán, Fuente*, Pavía, García Mosquera*, Martínez Cantón, García Sobrado*, Rodríguez Vázquez*, Vega*, Francés*, Escobar*, Pérez-Sauquillo, Torres Cadavid*. Madrid, Reus, 2019.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código Penal español), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Concepto lógico-gramatical de autor e imputación objetiva en sentido estricto (un estudio a la luz de la concepción significativa y del Código Penal español), en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 609-622.
- Mendoza Buergo, Blanca*, Autonomía, consentimiento y menores. La pretendida contrarreforma de 2015, en: Cancio Meliá*/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, t. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 639-654.

- Miró Llinares, Fernando*, Injuriar es ofender. Apuntes sobre la criminalización de los delitos contra el honor desde el enfoque teórico del daño/ofensa, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1161-1174.
- Ortiz Úrculo, Juan Cesáreo*, La seguridad jurídica en Derecho penal, sustantivo y procesal, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 261-274.
- Pantaleón Díaz, Marta*, Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, t. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 683-696.
- Ragués i Vallès, Ramon*, Responsabilidad penal corporativa e infracción de deberes de denuncia y reparación: ¿pueden las empresas lavar la ropa sucia en casa?, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 713-728.
- Ramos Martínez, Luis Miguel*, Otras dos posibles soluciones a las condenas de prisión inacumulables: la aplicación analógica de la prisión permanente revisable y la previsión de medidas de seguridad, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 355-368.
- Rodríguez Horcajo, Daniel*, ¿Límites consecuencialistas a una pena consecuencialista?, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 291-306.
- Rodríguez Vázquez, Virxilio*, Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica, en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 317-369.

- Rodríguez Vázquez, Virxilio*, El Derecho penal tras la Revolución Rusa. Un paréntesis de 100 años, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 259-282.
- Rodríguez Vázquez, Virxilio*/Torres Cadavid, Natalia*, La responsabilidad penal médica por conductas imprudentes. Evolución de la jurisprudencia española en los últimos años, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1205-1218.
- Roldán Barbero, Horacio*, El sinuoso camino de los enfermos mentales en el sistema penal, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1537-1554.
- Rueda Martín, Mª Ángeles*, Una reflexión sobre el desvalor de las acciones de los partícipes en un delito especial: partícipes intranei y extranei, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 773-784.
- Rusconi, Maximiliano*, ¿Crisis de los principios de hecho y de acto en el Derecho penal?, en: Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro (dirs.: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso), vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 307-324.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo*, El mito de la mecánica aplicación judicial de la ley, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 325-345.
- Schünemann, Bernd*, La deducción de los principios generales de la imputación penal a partir de la finalidad preventivo-general del Derecho penal, en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 31-45.
- Schünemann, Bernd*, El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática, Roso Cañadillas y Pérez-Sauquillo Muñoz (trads.), Madrid, Reus/B de f, 2019.



- Silva Sánchez, Jesús-María*, La legítima defensa que "recae sobre tercero", en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez Tricario//Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. I, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 785 ss.
- Suárez López, Beatriz*, Retos de la minería ilegal en Colombia. Estudio del artículo 333 del Código Penal Colombiano: contaminación ambiental por explotación minera, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 467-492.
- Torres Cadavid, Natalia*, La responsabilidad penal del asesor fiscal como autor del delito de defraudación tributaria (art. 305 CP). Una propuesta de *lege lata*, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 419-465.
- Torres Cadavid, Natalia*, La responsabilidad penal del asesor fiscal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

- Rodríguez Vázquez, Virxilio*/Torres Cadavid, Natalia*, La responsabilidad penal médica por conductas imprudentes. Evolución de la jurisprudencia española en los últimos años, en: Cancio Meliá/Maraver Gómez/Fakhouri Gómez/Guérez

Tricario/Rodríguez Horcajo*/Basso (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. II, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 1205-1218.

- Uribe Barrera, Juan Pablo*, Aspectos introductorios al debate de la doctrina española repsecto al establecimiento de los límites entre la libertad de expresión y el Derecho penal, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 207-222.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, El objeto de protección en el delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis CP español), en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 415-436.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, Información relevante y delincuencia bursátil, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 383-408.

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos:

a) Miembros del Patronato (con asterisco los mismos)

- 30 de septiembre de 2019. Con motivo de la celebración de la Jornada sobre "Cuestiones dogmáticas y aplicación del modelo de responsabilidad penal de la empresa", organizada por la Univ. de Oviedo y el Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, tuvo lugar la intervención de los siguientes patronos de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* sobre "¿De verdad cometen delitos y sufren penas las personas jurídicas?".
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Sanz Morán* sobre "Delitos por los que responde la persona jurídica: Consideraciones críticas".
- 2-4 de octubre de 2019. Ponencia de la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer* en la mesa sobre "Violencia sexual de género: intimidación ambiental, género y

consentimiento". Congreso Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Sevilla (comité organizador: Profs. Dres. Monge Fernández -presidenta-, Martos Núñez y Sres. Parrilla Vergara y Lima Ramírez). Su Majestad la Reina Doña Letizia, el Presidente en Funciones del Gobierno, el Excmo. Sr. D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón y el Alcalde de Sevilla, el Excmo. Sr. D. Juan Espadas Cejas, aceptaron formar parte del Comité de Honor del congreso. Lugar: Facultad de Derecho, Univ. de Sevilla, España. Más información y programa, aquí.

- 2-5 de octubre de 2019. Módulo del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* sobre "El error de tipo y el error de prohibición". Maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito y la Escuela de posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA-Medellín), Colombia.
- 4 de octubre de 2019. Participación del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* como invitado experto en el foro doctoral "Reflexiones académicas para la formación de Doctores en Derecho en Latinoamérica", organizado por la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA-Medellín), Colombia.
- 5 de octubre de 2019. Conferencista magistral del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* sobre "Atribución de responsabilidad penal en la actuación médica en equipo: autoría y participación" en el I Congreso Internacional de Derecho: "Reflexiones contemporáneas entre el derecho penal y el derecho administrativo", organizado por la Univ. Autónoma Latinoamericana (UNAULA-Medellín), Colombia.
- 7-11 de octubre de 2019. Seminario del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* sobre "Autoría y participación en Derecho penal". Maestría de Derecho Penal (coord.: Prof. Dra. Escobar Vélez, socia de la FICP), Univ. EAFIT, Medellín, Colombia.
- 17 de octubre de 2019. Participación del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* en la mesa sobre "Cumplimiento normativo. Mecanismos de prevención y control" en el marco de la Jornada sobre Supervisión y control interno de las universidades públicas: mecanismos de prevención y control, organizadas por el Consejo Social de la Univ. de León, España, y la Conferencia de Consejos Sociales de las Universidades Españolas.
- 17 de octubre de 2019. Conferencias del Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta*, sobre "El papel del Derecho penal en el control de la criminalidad organizada: análisis del caso colombiano", Univ. de Vigo, moderado en el campus de Vigo por el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal*. Lugares: Salón de Grados de la Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo/Facultad de Ciencias

Jurídicas y del Trabajo, Univ. de Vigo, y Facultade de Direito/Facultad de Derecho, Univ. de Vigo, España.

- 21-25 de octubre de 2019. Módulo del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* sobre "Participación delictiva". Curso Temas de la Teoría del Delito II, Maestría en Derecho penal, organizada por la Pontificia Univ. Católica del Perú (dir.: Prof. Dr. Meini Méndez, socio de la FICP).

- 31 de octubre de 2019. Ponencia de la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo* en el foro de debate "Juicio al 'Procés': reflexiones al hilo de la sentencia", organizado por la Revista Jurídica de la UAM (RJUAM). Durante el coloquio también participaron otros miembros del patronato de la FICP, como el Prof. Dr. Peñaranda Ramos*. El evento fue grabado y está disponible en este enlace. Lugar: Aula Magna Tomás y Valiente, Facultad de Derecho, UAM, campus de Cantoblanco.

De izq. a dcha., el Decano de la Facultad de Derecho de la UAM, los Profs. Dres. Francesc de Carreras y Corcoy Bidasolo*, la Prof. Pantaleón Díaz, el Sr. D. Javier Melero, y los Profs. Dres. Nieva-Fenoll y Dopico Gómez-Aller

- 2 de noviembre de 2019. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* sobre "Sin dogmática lo que domina es la arbitrariedad". Simposio sobre "Dogmática del Derecho Penal como ciencia: ¿aún sigue la eterna polémica?", en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Schünemann*, organizado por por el Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico de la Univ. de Freiburg. En los debates del evento también participó el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña*. Lugar: Freiburg, Alemania. Véanse. fotos *infra*.

- 18-20 de noviembre de 2019. Con motivo de la celebración del I Congreso iberoamericano de política criminal y violencias, organizado por la Univ. de Costa Rica en la Facultad de Dcho. de la Univ. de Costa Rica, San José de Costa Rica, tuvieron lugar intervenciones de los siguientes patronos de la FICP:

– Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* sobre "Principios de lesividad y conexos, libertad de expresión y delitos de odio. Breves reflexiones desde el Derecho español".

– Ponencia del Prof. Dr. Sotomayor Acosta* sobre "Política criminal y violencia institucional: apuntes críticos sobre el caso colombiano".

- 21-22 de noviembre de 2019. Participación de las Profs. Dras. Trapero Barreales* y Pérez-Sauquillo Muñoz* en la Conferencia del Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) sobre "Nuevos aspectos de la teoría de la imputación objetiva", organizada por la revista GA (dir.: Prof. Dr. Wolter). Lugar: Hotel Novotel, Karlsruhe, Alemania.

De izq. a dcha., los Profs. Dres. Leite, Pérez-Sauquillo*, Wolter y Trapero*.

- 12 de diciembre de 2020. Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo*, quien impartió una ponencia sobre "Insuficiencias y límitas del Derecho Penal en la lucha contra la corrupción". Seminario sobre Corrupción Política de la Univ. de Jaén, organizado por el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Jaén, el Master en Justicia Penal y Sistema Penitenciario de la Universidad de JaénProyecto de Investigación DER-2016-78563-P. Lugar: Univ. de Jaén, Campus de las Lagunillas.

A la izq., el Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* durante su ponencia, moderado por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Morillas Cueva (izq.) y junto al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Muñoz Conde y el

Prof. Dr. Benítez Ortúzar, todos ellos socios de la FICP. A la dcha., posado tras el seminario, junto a los Profs. Muñoz Conde (de rojo) y Benítez Ortúzar.

b) Socios (con asterisco los socios)

- 30 de septiembre de 2019. Con motivo de la celebración de la Jornada sobre "Cuestiones dogmáticas y aplicación del modelo de responsabilidad penal de la empresa", organizada por la Univ. de Oviedo y el Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, tuvo lugar la intervención de los siguientes socios de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Barquín Sanz* sobre "La responsabilidad penal de las personas jurídicas como subsistema punitivo".
  - Ponencia del Prof. Dr. Fernández Teruelo* sobre "Prevención de delitos a través de un Compliance Penal Corporativo".
  - Presentación y moderación por la Prof. Dra. Villa Sieiro*.
- 1-3 de octubre de 2019. Ponencias del Prof. Dr. Demetrio Crespo* sobre "Derecho Penal ante el enigma de la libertad y el desafío de la neurociencia" y "Límites de la categoría responsabilidad penal del superior jerárquico por la no evitación de delitos cometidos por sus subordinados". XIV Curso Internacional de Derecho Penal, Univ. San Martín de Porres, Perú, organizado por el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Univ. San Martín de Porres, Perú.

El Prof. Dr. Demetrio Crespo* en una de sus intervenciones.

- 2-4 de octubre de 2019. Con motivo del Congreso Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Sevilla (comité organizador: Profs. Dres. Monge Fernández* -presidenta-, Martos Núñez* y Sres. Parrilla Vergara y Lima Ramírez), celebrado en la Facultad de Derecho, Univ. de Sevilla, España, tuvo lugar la intervención de los siguientes socios de la FICP:
  - Ponencia de la Prof. Dra. Aguado Correa* en la mesa sobre "Violencia sexual de género: intimidación ambiental, género y consentimiento".

– Ponencia del Prof. Dr. Boldova Pasamar* en la mesa sobre "Violencia de género y mujer. Reflexiones sobre la evolución de la jurisprudencia en torno a los tipos de violencia de género".

– Ponencia de la Prof. Dra. Acale Sánchez* en la mesa sobre "Matrimonios forzados como acto de violencia de género. – La Reforma de los delitos sexuales.".

Su Majestad la Reina Doña Letizia, el Presidente en Funciones del Gobierno, el Excmo. Sr. D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón y el Alcalde de Sevilla, el Excmo. Sr. D. Juan Espadas Cejas, aceptaron formar parte del Comité de Honor del congreso. Más información y programa, aquí.

- 5 de octubre de 2019. Conferencista magistral de la Prof. Dra. Vallejo Jiménez* sobre "Cuestiones de la responsabilidad penal del médico ortopedista" en el I Congreso Internacional de Derecho: "Reflexiones contemporáneas entre el derecho penal y el derecho administrativo", organizado por la Univ. Autónoma Latinoamericana (UNAULA-Medellín), Colombia.

- 10 de octubre de 2019. Ponencia del Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez* en Seminario sobre "Cuestiones actuales del delito de lavado de dinero", presentado por el Prof. Dr. Javier de Luca*. Evento organizado por el Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal AIDP) (dir.: Prof. Dr. Javier de Luca*). Facultad de Derecho, Univ. de Buenos Aires.

El Prof. Dr. Vega Gutiérrez* (extremo izq.) durante su ponencia, presentada por el Prof. Dr. De Luca* (extremo dcha.). Cartel del evento.

- 25 de octubre de 2019. Intervención del Prof. Dr. Dopico Gómez-Aller* en la mesa redonda de presentación de la Propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión, organizada por el Grupo de Estudios de Política Criminal. Lugar: Univ. Carlos III de Madrid, campus de Puerta de Toledo.

De izq. a dcha., los Profs. Dres. Cuerda Arnau, Ramos Vázquez, Fuentes Osorio y Dopico*, y los Sres. Quintana y González Vega durante la presentación.

- 30 de octubre de 2019. Ponencia del Prof. Dr. Dopico Gómez-Aller* sobre "Libertad de expresión. Para quién y hasta dónde". Jornada sobre "Criminalización y derechos fundamentales". Organizado por la Asociación de Abogados Libres de Zaragoza. Lugar: CSC Luis Buñuel, Zaragoza, España.

- 31 de octubre de 2019. Con motivo de la celebración del foro de debate "Juicio al 'Procés': reflexiones al hilo de la sentencia", organizado por la Revista Jurídica de la UAM (RJUAM), tuvo lugar una ponencia del Prof. Dr. Dopico Gómez-Aller*, moderado por la Prof. Marta Pantaleón Díaz*. El evento fue grabado y está disponible en este enlace. Lugar: G-III (Aula Magna Tomás y Valiente), Facultad de Derecho, UAM, campus de Cantoblanco. Véase foto *supra*.

- 2 de noviembre de 2019. Con motivo del Simposio sobre "Dogmática del Derecho Penal como ciencia: ¿aún sigue la eterna polémica?", en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Schünemann*, organizado por el Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico de la Univ. de Freiburg, Alemania (dir.: Profs. Dres. Greco* y Hefendehl), tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP (v. fotos *supra*):

– Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luís Gracia Martín* sobre "Anotaciones críticas sobre la actual cruzada antidogmática de los intentos inidóneos y arbitrarios de fundamentar una responsabilidad penal de las personas jurídicas".

– Ponencia del Prof. Dr. Luís Greco* sobre "¿'Símbolos meteorológicos' o ruinas? Sobre el estado presente, ni solo ni libre, de la ciencia alemana del Derecho penal".

– Ponencia del Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann* sobre "Las turbias fuentes del denominado Derecho internacional penal – Arts. 227 y 231 del tratado de Versalles en perspectiva histórica y dogmática jurídico-penal".

- 7-8 de noviembre de 2019. Ponencias del Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez* sobre "Encubrimiento y lavado de activos provenientes de lo ilícito: perspectivas actuales". Evento organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. Atlántida Argentina (UAA) (dir.Prof. Dr. Olivera Zapiola*). Lugar: sede de Mar de Ajó y sede de Mar de Plata, Argentina.

- 11 de noviembre de 2019. Ponencia de la Prof. Dra. Francés Lecumberri sobre "Los feminismos y el Derecho penal: tensiones y enfoques. Especiales referencias a la opción abolicionista". V Jornadas sobre Metodología y Política Criminal en el Sistema Penal, organizadas por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Oviedo y la FICP (dir. Prof. Dr. Paredes Castañón). Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho, Univ. de Oviedo, España.

- 15 de noviembre de 2019. Ponencias de los Profs. Dres. Álvarez García* y Dopico Gómez-Aller* en la Jornada sobre "La sentencia del 'procès': un debate abierto. STS 459/2019, de 14 de octubre". Lugar: Aula Magna, Univ. Carlos III de Madrid, campus de Getafe.

Los Profs. Álvarez García* y Dopico Gómez-Aller* (tercero y cuarto desde la iq.) durante la jornada.

- 18-20 de noviembre de 2019. Con motivo de la celebración del I Congreso iberoamericano de política criminal y violencias, organizado por la Univ. de Costa Rica en la Facultad de Dcho. de la Univ. de Costa Rica, San José de Costa Rica, tuvieron lugar intervenciones de los siguientes socios:
  - Ponencia de la Prof. Dra. Acale Sánchez* sobre "Lineamientos para la reforma de los delitos contra la libertad sexual en el Código penal español".
  - Ponencia de clausura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Zaffaroni* sobre "Derechos Humanos, Estado de Derecho y poder punitivo en América Latina".
- 21-22 de noviembre de 2019. Participación del Prof. Dr. Jürgen Wolter y del Prof. Dr. Alaor Leite * en la Conferencia del Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) sobre "Nuevos aspectos de la teoría de la imputación objetiva", organizada por la revista GA (dir.: Prof. Dr. Wolter). Lugar: Hotel Novotel, Karlsruhe, Alemania. Véase foto *supra*.
- 12 de diciembre de 2020. Con motivo del Seminario sobre Corrupción Política de la Univ. de Jaén (coord. Prof. Dr. Benítez Ortúzar*), organizado por el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Jaén, el Master en Justicia Penal y Sistema Penitenciario de la Universidad de JaénProyecto de Investigación DER-2016-78563-P, "Corrupción política: De la contabilidad irregular en los procesos electorales a los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos", tuvo lugar la presentación de la ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Muñoz Conde* sobre "Poder económico y corrupción política", moderado por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Morillas Cueva*. Lugar: Aula 8, Edificio B5, Univ. de Jaén, Campus de las Lagunillas. Véanse fotos *supra*.
- 18 de diciembre de 2019. Ponencia del Prof. Dr. Daniel Fernández Bermejo sobre "El criminólogo en el tratamiento penitenciario. Propuestas de futuro cercano". I

Jornadas Penitenciarias de la Univ. a Distancia de Madrid (UDIMA) sobre "Criminología, Derecho Penitenciario y Práctica". Organizadas por la Univ. a Distancia de Madrid (UDIMA). Más información aquí.

El Prof. Dr. Fernández Bermejo* durante su ponencia

(ii) Organización de seminarios y congresos:

a) Miembros del Patronato (con asterisco los mismos)

- **Ciclo de conferencias en la Universidad de Vigo, España**

En el marco de las Jornadas de Internacionalización de la Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo/Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Univ. de Vigo, 2019, y del Curso de Actualización Jurídica 2019/2020 de la Facultade de Dereito/Facultad de Derecho del campus de Ourense/Orense han tenido lugar diversas conferencias organizadas por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Vigo (dir. Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal*), en colaboración con la FICP. Lugar: Salón de Grados de la Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo/Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo, y Facultade de Direito/Facultad de Derecho, Univ. de Vigo, España.

- **V Jornadas sobre Metodología y Política Criminal en el Sistema Penal, Univ. de Oviedo**

11 de noviembre de 2019. Sobre "Feminismo y política criminal". Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Oviedo y la FICP (dir. Prof. Dr. Paredes Castañón*, Catedrático de Derecho Penal y patrono de la FICP). Con la participación de las Profs. Dras. Maqueda Abreu (Catedrática de Derecho Penal, Univ. de Granada), Villacampa Estiarte (Catedrática de Derecho Penal, Univ. de Lleida) y Francés Lecumberri (Prof. Contrada Doctora, Univ. Pública de

Navarra, y socia de la FICP). Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho, Univ. de Oviedo, España. El programa está disponible en nuestra página web, en la sección de Eventos y cursos anteriores.

- **III Congreso Internacional de la FICP**

17 de abril de 2020. Sobre "**Problemas y retos de las Ciencias Penales**". Organizado por la FICP y la Univ. de Alcalá y codirigido por el presidente de la FICP, Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal*, y los patronos Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo*, Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón* y Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas*. Como Coordinadores generales, el Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez y la Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz*. Lugar: Rectorado de la Univ. de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid, España).

El Congreso está destinado a los socios de la FICP, cuya inscripción en el evento será gratuita. Para ello, deben encontrarse al corriente de pago de sus cuotas anuales (lo cual pueden gestionar aquí, tras la entrada en el área privada con sus claves de usuario y contraseña). Para el caso de los no socios interesados en asistir y participar en el Congreso, la inscripción será gratuita si pasan a tener la condición de socio, procediendo entonces a la asociación a la FICP, abonando la correspondiente cuota de asociación (aquí). Para ello se dispone de tres medios de pago: domiciliación bancaria, para socios con cuenta bancaria en Europa, pago con tarjeta (especialmente recomendado para socios que residen en Latinoamérica) o transferencia bancaria. Inscripciones hasta el 1 de marzo de 2020 mediante correo electrónico dirigido a contacto@ficp.es.

Junto a la clausura del Congreso se celebrará un acto de homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. D.-M. Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y Presidente de honor de la FICP, nuestro maestro, por su 70.º aniversario, abierto a todas las personas que quieran asistir. En él se hará entrega al Prof. Luzón Peña de un Libro-Homenaje en castellano y de una edición especial también en su homenaje (*Festgabe für D.-M. Luzón*) del n.º 2020/4 de la revista Goltdammer´s Archiv für Strafrecht en alemán.

Los socios de la FICP, tanto si asisten al congreso como si no pueden asistir, podrán enviar comunicaciones siguiendo las normas de estilo de la revista Foro FICP (disponibles aquí, y se ruega encarecidamente que se envíen en formato Word: no se admite pdf) hasta el 15 de marzo de 2020 a la dirección indicada. Por falta de tiempo no está prevista su exposición oral; no obstante, posteriormente se publicarán en las Actas del Congreso, dentro de la página web de la FICP, en la

sección correspondiente a las Actas de los Congresos Internacionales de la FICP (ISSN: 2695-3986).

El programa del Congreso se colgará en la sección de Próximos eventos y cursos de la página web a principios del 2020. Recomendamos encarecidamente a los asistentes al Congreso que necesiten pernoctar en Alcalá de Henares que **realicen sus reservas de alojamiento lo antes posible**, dado que las plazas hoteleras no son muy abundantes. Para su mayor comodidad, aquí se facilita un listado de hoteles y hostales con información adicional.

b) Socios (con asterisco los socios):

- **Congreso Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?**

  2-4 de octubre de 2019. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Sevilla (comité organizador: Profs. Dres. Monge Fernández* -presidenta-, Martos Núñez* y Sres. Parrilla Vergara y Lima Ramírez). Más información y programa, aquí.

  Su Majestad la Reina Doña Letizia, el Presidente en Funciones del Gobierno, el Excmo. Sr. D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón y el Alcalde de Sevilla, el Excmo. Sr. D. Juan Espadas Cejas, aceptaron formar parte del Comité de Honor del congreso. Lugar: Facultad de Derecho, Univ. de Sevilla, España.

- **Seminario sobre "Cuestiones actuales del delito de lavado de dinero", Univ. de Buenos Aires**

  10 de octubre de 2019. Evento organizado por el Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal AIDP) (dir.: Prof. Dr. Javier de Luca*). Facultad de Derecho, Univ. de Buenos Aires.

- **Maestría de Derecho Penal, Univ. EAFIT, Colombia**

  Duración: 4 semestres. Máster presencial. Organizado por la Univ. EAFIT, Medellín, Colombia Coord.: Prof. Dra. Escobar Vélez*. La Maestría en Derecho Penal se ofrece en dos modalidades: la primera busca profundizar en algunos de los problemas más relevantes del derecho penal, y propende por el desarrollo de competencias para su aplicación en el ámbito de la justicia penal. La segunda propende por el desarrollo de competencias investigativas que permitan la generación de nuevos conocimientos en el campo de la ciencia del derecho penal. Más información, aquí.

- **Maestría en Derecho penal, Pontificia Univ. Católica del Perú (PUCP)**

  El programa de la Maestría en Derecho Penal se organiza en cuatro (4) semestres académicos, con un total de 17 asignaturas que estudian las principales instituciones jurídicas de la moderna Ciencia Penal: desde los instrumentos metodológicos de creación y aplicación —Criminología y Política Criminal—, hasta las nuevas formas de organización criminal y criminalidad económica, pasando por la evolución de la Teoría del Delito, del Derecho Procesal Penal y del Derecho Penitenciario. Organizado por la PUCP (dir.: Prof. Dr. Meini Méndez*). Más información, aquí.

- **Foro de debate "Juicio al 'Procés': reflexiones al hilo de la sentencia"**

  31 de octubre de 2019. Organizado por la Revista Jurídica de la UAM (RJUAM), (coords. Profs. Leopoldo Puente/Marta Pantaleón Díaz*). El evento fue grabado y está disponible en este enlace. Lugar: G-III (Aula Magna Tomás y Valiente), Facultad de Derecho, UAM, campus de Cantoblanco.

- **Simposio sobre "Dogmática del Derecho Penal como ciencia: ¿aún sigue la eterna polémica?"**

  2 de noviembre de 2019. En homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Schünemann*. Organizado por el Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico de la Univ. de Freiburg, Alemania (dir.: Profs. Dres. Greco* y Hefendehl). Lugar: sede del Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico de la Univ. de Freiburg, Alemania.

- **Conferencia del Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)**

  21-22 de noviembre de 2019. Sobre "Nuevos aspectos de la teoría de la imputación objetiva". Organizada por la revista GA (dir.: Prof. Dr. Jürgen Wolter*). Lugar: Hotel Novotel, Karlsruhe, Alemania.

- **Seminario sobre Corrupción Política, Univ. de Jaén**

  12 de diciembre de 2019. Organizado por el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Jaén, el Master en Justicia Penal y Sistema Penitenciario de la Universidad de JaénProyecto de Investigación DER-2016-78563-P, "Corrupción política: De la contabilidad irregular en los procesos electorales a los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos" (coord. Prof. Dr. Benítez Ortúzar*). Lugar: Aula 8, Edificio B5, Univ. de Jaén, Campus de las Lagunillas.

- **I Jornadas Penitenciarias de la Univ. a Distancia de Madrid (UDIMA)**

  18 de diciembre de 2019. Sobre "Criminología, Derecho Penitenciario y Práctica". Organizadas por la UDIMA (dir. Prof. Dr. Fernández Bermejo*). Campus de la UDIMA, Madrid. Más información aquí.

- **III Congreso Internacional de la FICP**

  17 de abril de 2020. Sobre "**Problemas y retos de las Ciencias Penales**". Organizado por la FICP y la Univ. de Alcalá y codirigido por el presidente de la FICP, Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal, y los patronos Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo, Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón y Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas. Como Coordinadores generales, el Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez* y la Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz. Lugar: Rectorado de la Univ. de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid, España).

  El Congreso está destinado a los socios de la FICP, cuya inscripción en el evento será gratuita. Para ello, deben encontrarse al corriente de pago de sus cuotas anuales (lo cual pueden gestionar aquí, tras la entrada en el área privada con sus claves de usuario y contraseña). Para el caso de los no socios interesados en asistir y participar en el Congreso, la inscripción será gratuita si pasan a tener la condición de socio, procediendo entonces a la asociación a la FICP, abonando la correspondiente cuota de asociación (aquí). Para ello se dispone de tres medios de pago: domiciliación bancaria, para socios con cuenta bancaria en Europa, pago con tarjeta (especialmente recomendado para socios que residen en Latinoamérica) o transferencia bancaria. Inscripciones hasta el 1 de marzo de 2020 mediante correo electrónico dirigido a contacto@ficp.es.

  Junto a la clausura del Congreso se celebrará un acto de homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. D.-M. Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y Presidente de honor de la FICP, nuestro maestro, por su 70.º aniversario, abierto a todas las personas que quieran asistir. En él se hará entrega al Prof. Luzón Peña de un Libro-Homenaje en castellano y de una edición especial también en su homenaje (*Festgabe für D.-M. Luzón*) del n.º 2020/4 de la revista Goltdammer´s Archiv für Strafrecht en alemán.

  Los socios de la FICP, tanto si asisten al congreso como si no pueden asistir, podrán enviar comunicaciones siguiendo las normas de estilo de la revista Foro FICP (disponibles aquí, y se ruega encarecidamente que se envíen en formato Word: no se admite pdf) hasta el 15 de marzo de 2020 a la dirección indicada. Por falta de tiempo no está prevista su exposición oral; no obstante, posteriormente se

publicarán en las Actas del Congreso, dentro de la página web de la FICP, en la sección correspondiente a las Actas de los Congresos Internacionales de la FICP (ISSN: 2695-3986).

El programa del Congreso se colgará en la sección de Próximos eventos y cursos de la página web a principios del 2020. Recomendamos encarecidamente a los asistentes al Congreso que necesiten pernoctar en Alcalá de Henares que **realicen sus reservas de alojamiento lo antes posible**, dado que las plazas hoteleras no son muy abundantes. Para su mayor comodidad, aquí se facilita un listado de hoteles y hostales con información adicional.