

# SECCION DE JURISPRUDENCIA

## A) JURISPRUDENCIA PENAL

### Del sentido realista de la interpretación penal, en base a la infidelidad en la custodia de presos.

JUAN DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la Facultad de Derecho de Madrid y de la Escuela Judicial.

**SUMARIO:** 1.º Relación de "hechos probados".—2.º Sentencia del Tribunal "a quo".—3.º Impugnación de la citada sentencia.—4.º Sucinto análisis del fallo de la Sala 2.ª del T. S.

#### 1.º *Relación de "hechos probados".*

"Resultando: Que el fundamento de hecho de la sentencia recurrida dice el primer resultando: Probado y así se declara: Que impuesta por sentencia firme dictada por el Juzgado Comarcal de A., en juicio de faltas, con fecha 29 de febrero del año en curso, al inculpado C. T. C., la pena de cinco días de arresto menor, para cumplir dicha sanción y por orden del citado Juzgado, ingresó el condenado, el día 4 de marzo siguiente, en el Depósito Municipal de la villa de A., y el mismo día, el procesado J. C. A., en la sazón alcalde presidente del Ayuntamiento de aquella villa, ordenó al guardia municipal, el otro procesado E. E. A., encargado del Depósito por comisión del primero y a quien no extrañó la orden por haber visto, en varias ocasiones, salir del Depósito a otros detenidos, que permitiera salir a C. T., por las noches, para pasarlas en su domicilio, regresando por la mañana, lo que llevó a efecto, tolerando tales salidas durante los cinco días de cumplimiento de condena. Los procesados son mayores de dieciocho años, de buena conducta C. A. y regular E. E., y sin antecedentes penales."

#### 2.º *Sentencia del Tribunal "a quo".*

Se estimó por la Audiencia que los hechos relatados eran constitutivos de un delito de infidelidad en la custodia de presos, del que era responsable criminalmente, en concepto de autor, el procesado J. C. A., sin la concurrencia de circunstancia alguna, y se le impuso la condena siguiente: Siete meses de prisión menor y seis años de inhabilitación especial para el cargo de alcalde y accesorias, etc., etc. Y se absuelve al otro procesado E. E. A.

### 3.º Impugnación de la citada sentencia.

Se interpuso, en su día, recurso de casación al amparo del número I del artículo 849 de la LECrim. por cuanto se apreció que había sido infringido el artículo 362 del Ordenamiento punitivo vigente.

Tesis, por otra parte, que fué combatida por el Ministerio fiscal en el momento de la vista.

### 4.º Sucinto análisis del fallo de la Sala 2.ª del T. S.

Conviene de antemano saber la redacción del número 1 del artículo 362 y, en consecuencia, cuáles son las hipótesis típicas. El precepto en cuestión dispone: Capítulo II (De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos), "De la infidelidad en la custodia de presos": "El funcionario público culpable de connivencia en la evasión de un sentenciado, preso o detenido cuya conducción o custodia le estuviere confiada, será castigado:

... En el caso de que el fugitivo se hallare condenado por ejecutoria con alguna pena, con la de prisión menor e inhabilitación especial" (artículo 362, núm. 1 del C. p. vigente).

De la simple lectura del texto se llega a la conclusión incuestionable de su inaplicación, en virtud, entre otras, de las consideraciones siguientes:

- a) Inexistencia de *connivencia*, cifra y perfil del artículo, ya que constituye el auténtico núcleo típico. Cosa que no se da en el caso presente.
- b) Por si fuere poco lo anterior, esto es, la completa atipicidad de los comportamientos de los dos procesados, bastaría desentrañar la propiedad del verbo "evadir" para llegar de igual modo a idéntico resultado; vocablo, por otra parte, clave en orden al *quid iuris* del número 1 del artículo 362.
- c) De otro lado, la admisión por el Tribunal "a quo" de la irresponsabilidad del que ejecuta la orden, avalada por una costumbre, estimada como fuente directa, resulta por demás inadmisibles, puesto que confirma la existencia de la "obediencia delictiva" en una orden manifiestamente ilegal. De suerte que llevaría aparejada tamaña tesis la punición de ambos o la exoneración de responsabilidad.

De cara a estos problemas, ¿qué camino ha seguido la Sala 2.ª del T. S.? Veámoslo.

En el "considerando" primero razona así: "Que la impugnación de la condena proferida contra el recurrente que alega como infringidos los artículos 362 y 1.º del Código penal, por falta de connivencia, como exige el precepto aludido definidor del delito de infidelidad en la custodia de presos, entre el condenado y el alcalde, no encargado del Depósito Municipal, aunque lo estaba por comisión del mismo otro proce-

sado, funcionario del Municipio, absuelto en este procedimiento, puede admitirse como un elemento estrictamente formal que responde al mismo concepto formalista de la sentencia recurrida; pero, a mayor abundamiento, el Tribunal de lo Penal obliga a situar la consideración de los hechos así como el fundamento de sus resoluciones en bases de realidad, no puede desconocerse que en muchos Depósitos Municipales de las pequeñas localidades, por estar faltos de elementos y condiciones, comenzando por la seguridad y el debido alojamiento y acomodo de detenidos o arrestados, se dan razones de humanidad y conveniencia que impulsan de modo extra-reglamentario y siempre que la conducta de los sujetos privados de libertad haga confiar en la no evasión, que se realicen determinados actos de la vida, en especial el de pernoctar fuera de tales locales, que por su estrechez e incomodidad y condiciones antihigiénicas impiden o dificultan y, aunque ello no consta del hecho probado, cabe inferirlo así, porque el procesado absuelto no extrañó la orden de salida y había visto en varias ocasiones salir del depósito a otros detenidos, y, en consecuencia, la salida del arresto, que es objeto de este proceso, para pasar las noches en su domicilio, regresando por la mañana al Depósito Municipal, sin contar que tal condena podía ser cumplida en arresto domiciliario, según previene el artículo 85 del Código penal, por aquella razón formalista y por esta convicción de conocimiento real que la fuerza, infringe los preceptos aplicados y debe ser acogido el recurso.”

Con este razonamiento la más alta Sala de lo Criminal acentúa dos principios que mutuamente se completan y a la vez se integran, cuales son en el estamento jurídicopenal huir de una contemplación *formalista*; en segundo lugar, y como consecuencia, radicar *siempre* la especulación y la práctica penal en la realidad de la vida y de las cosas.

Ahora bien; tampoco se nos oculta que se llega a una exculpación de las conductas inculpadas, porque en el fondo son igualmente *atípicas*. La ponderación estrictamente gramatical del artículo 362, número 1, aleja su puesta en juego, por inexistencia de los ingredientes, ya señalados, típicos, formativos, a la vez, del llamado “núcleo típico” (1).

---

(1) Ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. Federico Castejón.