

Los beneficios penitenciarios y el crimen organizado. El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana en Iberoamérica

DIANA GISELLA MILLA VÁSQUEZ(1)

RESUMEN

El presente trabajo estudia los sistemas penitenciarios latinoamericanos y la restricción que, en tales modelos, han sufrido los beneficios penitenciarios y su posibilidad de aplicación a la delincuencia organizada y otros delitos conexos.

Palabras clave: Derecho penitenciario; ejecución penal; beneficios penitenciarios; crimen organizado; Iberoamérica.

ABSTRACT

This paper addresses the study of the prison legal institutions and legal types of prison benefits, that have been restricted to the perpetrators of crimes related to organized crime and related offenses in Latin American criminal and penitentiary laws.

Keywords: Penitentiary Law; Law enforcement; prison benefits; organized crime; Latin América.

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Expansión del crimen organizado y la sensación de inseguridad como corolario de la misma.–3. La restricción de beneficios penitenciarios como respuesta a las demandas mediáticas de punibilidad: ¿El cuarto poder también legisla?–4. La restricción de los beneficios penitenciarios en los ordenamientos iberoamericanos.–5. Conclusiones.

(1) Abogada. Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima-Perú), Miembro fundador del Instituto de Ciencias Penales Cesare Beccaria en Lima-Perú.

1. INTRODUCCIÓN

Los hechos acaecidos el 11 de setiembre de 2001 en los Estados Unidos de Norteamérica marcaron un punto de inflexión en la historia legislativa y doctrinal del ámbito jurídico-penal. A partir de este suceso, la política criminal tomaba un nuevo rumbo que se expandía internacionalmente y que aún permanece. Los legisladores, políticos y especialistas de occidente, preocupados por la sensación de amenaza vertida sobre la seguridad ciudadana, introdujeron entonces políticas normativas de tolerancia cero. Estas directrices de *ley y orden*, a todas luces más severas, se vieron reflejadas en la construcción de un nuevo modelo dogmático, que desde el ordenamiento alemán es ya bien conocido como *Derecho penal del enemigo* (2). El fundamento de esta interpretación y construcción dogmática, lejos de servir como límite a la expansión del crimen organizado, envilece los derechos fundamentales de los delincuentes, después internos, al concebir como *no persona* a aquel que supuestamente ha socavado las instituciones del ordenamiento jurídico. En consecuencia, el problema radica en su difícil compatibilidad con los principios básicos del Derecho penal del Estado de derecho (3). No obstante, en aras de garantizar la seguridad (4) de la sociedad, o al menos de favorecer cierta sensación de

(2) Esta construcción dogmática, ya bien conocida y denominada *Derecho penal del enemigo* engarza los fenómenos de expansión y simbolismo del Derecho penal, y ha sido ampliamente desarrollada en la doctrina alemana por Günter Jakobs, su principal impulsor y por sus discípulos españoles. *Vid.*, al respecto, entre otros, JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, *passim*; JAKOBS, G./POLAINO NAVARRETE, M./POLAINO-ORTS, M., *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores Editor y Distribuidor, México D.F., 2008, *passim*; POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 33 ss. Como recuerda Téllez, el origen de esta «forma de hacer» se encuentra en la emisión de la *Patriot Act*, de 26 de octubre de 2001, cuyo texto permite la detención de un extranjero sin presentar cargo alguno en su contra, solo basta la mínima sospecha de vinculación terrorista. *Vid.* TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer, Madrid, 2005, pp. 62-63.

(3) *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., ¿Hacia un Derecho penal del enemigo?, en Diario «El País», 15 de enero de 2003, en http://elpais.com/diario/2003/01/15/espana/1042585218_850215.html, consultado el 13 de mayo de 2013.

(4) A propósito del incremento de la sensación de inseguridad que genera alarma en la población, en los países latinoamericanos hay cierta tendencia a crear Ministerios de Seguridad, cuya labor consiste no solo en cuestiones administrativas sino también en la construcción de un gobierno civil donde no se infiltren cuestiones autoritarias. *Vid.* DAMMERT, L., «Seguridad democrática: De las propuestas a la implementación de las políticas públicas», en *Relatoría Seminario del cono sur*, Washington, Woodrow Wilson Center Update of Americas. Latin American Program, 2013, p. 3.

seguridad –como no es igual la temperatura real que la sensación térmica–, los legisladores iberoamericanos, de la mano de los gobiernos de turno, han creído conveniente –a manera de prevención general (5)

(5) Para mayor información acerca del desarrollo de la prevención general y de la especial como fines de la pena. *Vid.*, entre otros, DORADO MONTERO, P., *El Derecho protector de los criminales* (Reimpresión facsímil de Analecta, Pamplona, 1999), Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915, pp. 315 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La recompensa como prevención general. El Derecho premial*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1915, pp. 7-74; ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte General*, Tomo I, Akal, Madrid, 1949, (2.ª ed. anotada y puesta al día por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, Madrid, 1986, por la que se cita), pp. 34 ss.; el mismo, «La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena», en *Obras*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, pp. 7-97; CUELLO CALÓN, E., *La Moderna Penología (Represión del delito y tratamiento de los delinquentes. Penas y medidas. Su ejecución)*, Tomo I y único, Bosch, Barcelona, 1958 (reimpresión, Barcelona, 1974), pp. 15-28; NEUMAN, E., *Las penas de un penalista*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1976, pp. 33-55; JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Vol. I, (Trad. Mir Puig y Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1981, pp. 6-13; HASSEMER, W., «La filosofía social del Derecho penal orientado a las ciencias sociales», en VV.AA. (Mir Puig, Ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Servicio de publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982, pp. 117-139, el mismo, *Fundamentos del Derecho penal*. (Trad. y notas, Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), Bosch, Barcelona, 1984, pp. 347-394; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 25 ss.; el mismo, *Derecho Penal. Parte General*, 9.ª ed., (Gómez Martín, Ed.), Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 77-99; STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte General. I. El hecho punible*, (Trad. de la 2.ª ed. alemana de Gladys Romero), Edersa, Madrid, 1982, pp. 9-20; ZIPF, H., «Alteraciones dogmáticas en los fines de la pena de la prevención especial y de la prevención general», en VV.AA., *Estudios jurídicos sobre la reforma penal* (Trad. Polaíno Navarrete), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987, pp. 85-93; GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, pp. 11-24; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Teoría de la pena*, Akal, Madrid, 1991, *passim*; BOTTKE, W., «La actual discusión sobre las finalidades de la pena» (Trad. Benlloch Petit), en VV.AA. (Silva Sánchez, Ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 41-71; PÉREZ MANZANO, M., «Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena», en VV.AA. (Silva Sánchez, Ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 73-88; SCHÜNEMANN, B., «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva», (Trad. Sánchez-Ostiz), en VV.AA. (Silva Sánchez, Ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 89-100; LESCH, H., *La función de la pena* (Trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Dykinson, Madrid, 1999, pp. 7-52; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Trad. Luzón Peña), Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 1999, pp. 81-108; RIGHI, E., *Teoría de la pena*, José Luis De Palma Editor, Buenos Aires, 2001, pp. 78-139; ÁLVAREZ GARCÍA, F., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento Constitucional español*, Comares, Granada, 2001, pp. 87-174; CEREZO MIR, J., «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código

negativa— aplicar una «demagogia punitiva» (6), esto es, incrementar el marco abstracto de la sanción penal para los delitos relacionados con el crimen organizado, así como restringir el acceso de tales sujetos a los beneficios penitenciarios. Por consiguiente, desde tales directrices no solo se ha actuado a nivel de la norma penal material o sustantiva, de modo intensivo y extensivo, sino también en el ámbito de su ejecución.

Asimismo, no se puede desconocer que tales políticas restrictivas se han visto respaldadas por los medios de comunicación, cuya prensa sensacionalista ha utilizado para crear y sigue creando zozobra en la población, en la medida en que pareciera surgir una amenaza para la seguridad ciudadana o un incremento circunstancial de la alarma social (7). En consecuencia, en la mayoría de los casos, por parte de

penal de 1995», en *Temas fundamentales del Derecho penal*, Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, pp. 125-130; el mismo, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción*, 6.^a ed., Tecnos, Madrid, 2004, pp. 22-38 y 143 ss.; el mismo, «Los fines de la pena en la Constitución y en el Código Penal, después de las reformas del año 2003», en VV.AA. (Bajo Fernández, Jorge Barreiro, Suárez González, Coords.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 217-236; ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Dilex S.L., Madrid, 2006, pp. 13-78; ARANDA CARBONELL, M.^a J., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 2006, pp. 13 ss.; CANCIO MELIÁ, M./FEIJOO SÁNCHEZ, B., «¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar», en JAKOBS, G., *La pena estatal: Significado y finalidad*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 27 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günter Jakobs, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LIX, año 2006, pp. 111-134; asimismo, el reciente y exhaustivo análisis de la evolución de las teorías de la pena del mismo autor, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Julio César Faura/BdF, Montevideo/Buenos Aires, 2007, pp. 8 ss.; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Civitas, Navarra, 2011, pp. 61 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.^a edición ampliada, Edisofer/Bdef, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2011, pp. 11 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Manual de Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 15-19.

(6) Cfr. DAMMERT, L., «Seguridad democrática: De las propuestas a...» *ob. cit.*, p. 3. Bajo esa misma orientación, no es menos conocido que los gobernantes, en aras de obtener mayor número de sufragios prometen incrementar la pena para determinados delitos que generan conmoción social. Vid. GARCÍA, J., «Fragmentos elementales sobre penas y penalistas», en *Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, núm. 0, junio 2012, pp. 86 ss.

(7) Vid. el análisis sobre los conceptos difusos de seguridad ciudadana y alarma social desde diferentes ámbitos, en: VV.AA., (Serrano Gómez, Dir.), *Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y la Unión Europea*, Edisofer, Madrid, 2007, pp. 23 ss.

los poderes públicos se legisla a «golpe de noticiero», a la búsqueda de ofertar al electorado un escaparate de soluciones de dudosa fertilidad, pero con receptividad social, caracterizadas por la apreciación de principios retributivos, y preventivo-general negativos. Ello, en fin, ha derivado en una política criminal populista (8) –errática e ineficaz– y en la «actual evolución expansiva del ordenamiento penal» (9).

Por todo ello, en los siguientes párrafos se llevará a cabo una breve referencia a la expansión del crimen organizado y a la sensación de inseguridad que tal incremento ha desplegado en los ciudadanos; así como al papel de los medios de comunicación a la hora de percibir y difundir tales consecuencias; y, principalmente, a la expansión de la opción legislativa de restringir los *beneficios penitenciarios* respecto de los delitos vinculados al crimen organizado en los ordenamientos iberoamericanos, habida cuenta de la comisión sistemática y reiterada de delitos particularmente graves por razón a los bienes jurídicos vulnerados; por tanto, no solo se abordarán los impedimentos y limitaciones legales de los beneficios penitenciarios respecto del crimen organizado, sino también respecto de otros delitos que mantienen un nexo o vinculación como el terrorismo, trata de personas, tráfico ilícito de drogas, secuestro, extorsión, entre otros.

Ahora bien, antes de desarrollar tal objeto de estudio, y ante la disparidad de concepciones desde el ámbito internacional respecto de tales instituciones jurídicas, es menester señalar qué entendemos por *beneficios penitenciarios*. Estos instrumentos normativos, en la historia penitenciaria y en la actualidad, adoptando la visión normativa del enfoque español, han servido y sirven para acortar las penas privativas de libertad impuestas o para reducir o disminuir el tiempo efectivo de internamiento o reclusión. Desde tal concepto normativo, extendiendo sus posibles manifestaciones, no solo aceptamos la visión restrictiva que comprende en la actualidad como tales el adelantamiento de la libertad o el indulto particular, recogidos en el segundo párrafo del artículo 202 del Capítulo III del Reglamento penitenciario español

(8) *Populismo punitivo puro y duro –carente de todo fundamento criminológico y pragmático penitenciario–*, que se traduce en el uso del Derecho penal, por parte del Ejecutivo, para endurecer las penas y recortar beneficios penitenciarios, obteniendo así, ganancias electorales. Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas...*, ob. cit., p. 53.

(9) Cfr. CANCIO MELIÁ, M., «Sentido y límites de los delitos de terrorismo», en VV.AA. (García Valdés, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, Alcácer Guirao y Valle Mariscal de Gante, Coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1884. En torno a la expansión del Derecho Penal, Vid., por todos, las causas de tal expansión, así como la «administrativización» del Derecho penal, en SILVA, J. M., *La expansión del Derecho penal...*, ob. cit., pp. 11 ss.

(aprobado por Real Decreto núm. 190/1996, de 9 de febrero), sino también hemos creído conveniente integrar otras figuras penitenciarias (v.gr. permisos de salida, semilibertad, libertad condicional, extramuros, etc.) desde un concepto amplio de tales beneficios, como así se vislumbra en algunos ordenamientos en cuanto que suponen acortamiento de la pena privativa de la libertad o reducción del tiempo efectivo de internamiento. En cualquier caso, estos instrumentos del régimen penitenciario en todo tipo de regímenes políticos que los han incluido en sus ordenamientos, en la actualidad se nutren del fundamento constitucional reinsertador, esto es, de aquel fin primordial al que la Constitución y la ley penal, dirigen las instituciones penitenciarias. Es por ello que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, tales expectativas del interno, debieran encontrar su acogida legal, no solo en normas de carácter administrativo que emita el gobierno de turno (Reales Decretos como lo son los Reglamentos), sino que exigen el amparo orgánico legal para otorgar la seguridad jurídica y la base parlamentaria suficiente que toleren tales mecanismos reductores de las condenas. Y ello porque tales mecanismos motivacionales efectivamente supondrán una reducción del tiempo en prisión y la exigencia orgánica legal encontrará su fundamento en la anuencia de la mayor parte del arco parlamentario, esto es, de la mayoría de la población española que otorga el poder legislativo a sus representantes.

2. EXPANSIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO Y LA SENSACIÓN DE INSEGURIDAD COMO COROLARIO DE LA MISMA

Desde una visión histórica, se vislumbra que el interés para formar grupos o asociaciones colectivas con carácter delictivo data del siglo VI d.C. Como ejemplo de ello tenemos los fenómenos asociativos de la Roma republicana y de la protohistoria germánica; los planes de concentración de poder político y económico de los reyes francos irrumpiendo los bienes de los nativos con el fin de costear sus campañas bélicas en los siglos VIII y IX; las estructuras organizativas de Las Cruzadas y los «caballeros salteadores», quienes explotaban a sus campesinos a través del «derecho de paso y portazgo»; la existencia de bandas del crimen en el siglo XVII dedicadas a la falsificación y puesta en circulación de monedas en Europa; el bandolerismo en España del siglo XVIII. Estos son algunos ejemplos de fenómenos asociativos cuyos «vestigios organizativos se pierden en

la historia» (10). Empero, las investigaciones criminológicas coinciden en señalar al crimen organizado como un fenómeno característico de nuestra época (11), la que precisamente ha servido para sacar ventaja de las fronteras abiertas, de los mercados libres y de los avances tecnológicos que tantos beneficios acarrearán a la humanidad (12). Sin duda este abanico de aspectos positivos ha posibilitado que el crimen organizado traspase fronteras, cuya expansión en sus diferentes manifestaciones (13) ha generado y sigue produciendo cierta sensación de inseguridad en el colectivo social. Por ello, la comunidad internacional preocupada por un problema mundial demostró interés y voluntad política para abordarla con una reacción a escala global (14).

Sin embargo, tal reacción ha venido a rebasar ciertos límites, esto es, ante la existencia de una amenaza para la seguridad ciudadana o un incremento circunstancial de la alarma social producto de la expansión de los delitos de crimen organizado, los legisladores iberoamericanos han creído conveniente incrementar el marco abstracto de la sanción penal para tales conductas delictivas, así como restringir el acceso a los beneficios penitenciarios. La aplicación de ciertas políticas irreflexivas y de tolerancia cero que desembocan en la restricción de los beneficios penitenciarios para los delitos de crimen organizado, bajo argumentos

(10) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., «Problemas de la ejecución penal frente a la criminalidad organizada», en (Gutiérrez-Alviz, F., Dir.), *La criminalidad organizada ante la justicia*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, p. 53.

(11) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., «Problemas de la ejecución penal frente», *ob. cit.*, p. 55.

(12) Vid. «Prefacio» de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Resolución 55/25 de la Asamblea General) celebrada en Palermo (Italia) el 15 de noviembre de 2000, p. iii.

(13) La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional enumera una serie de delitos relacionados al crimen organizado, tales como los de *terrorismo, tráfico de drogas, trata de personas, blanqueo de dinero, corrupción, tráfico ilícito de especies de flora y fauna silvestres en peligro de extinción, contra el patrimonio cultural*. Vid. artículos 2, 5, 6, 8 y 23 de la Convención de Palermo. Asimismo, en latitudes andinas por ejemplo, *la minería ilegal e informal* cobra fuerza y se considera vinculada a los delitos de crimen organizado. Para mayor información al respecto, Vid., los siguientes enlaces: <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/156-captura-de-rentas-publicas/4516-oro-y-crimen-mineria-ilegal/>, consultado el 28 de abril de 2013; <http://www.semana.com/nacion/articulo/oro-crimen-mineria-ilegal/338107-3>, consultado en la misma fecha. Igualmente, en Córdoba (Colombia) se puede apreciar como manifestación del crimen organizado la *lucha por el territorio*. Vid. el siguiente enlace: http://www.verdadabierta.com/index.php?option=com_content&id=4445, consultado el 30 de abril de 2013.

(14) Vid. «Prefacio» de la Convención de las Naciones Unidas..., *ob. cit.*, p. iii.

de luchar contra el crimen, vulneran no solo el objetivo medular del Derecho penitenciario o de ejecución penal, sino también del derecho fundamental a la igualdad recogido en las cartas fundamentales de los países iberoamericanos (v. gr. Argentina, art. 16; Bolivia, art. 8 segundo párrafo; Chile, art. 19 numeral 2; Colombia, art. 13; Costa Rica, art. 33; Cuba, art. 12 numeral 2; Ecuador, art. 11 numeral 2; España, art. 14; Honduras, art. 60; México, art. 4; Nicaragua, art. 27; Paraguay, art. 46; Perú, art. 2 numeral 2; Uruguay, art. 8; Venezuela, art. 21).

No obstante, los incrementos en el *quantum* de la pena tanto en la parte general como material, así como las restricciones en el ámbito de su ejecución, parecen haber servido tan solo para aplacar la alarma social generada en la población, y otorgar una *falsa seguridad o sensación de seguridad* (15) a sus ciudadanos (16). Este concepto de *seguridad* no debería estar enfocado en endurecer las penas, sino que debiera reposar en el aseguramiento de los derechos de toda persona, incluidos los de los delincuentes. Bajo este axioma, un Derecho penal civilizado (17) incide en que ningún inocente pueda ser declarado cul-

(15) El Catedrático de la Universidad de Málaga, ha realizado un análisis respecto al *miedo al delito* generado por los medios de comunicación que se traslada a la población. Vid. Díez RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 23 ss.; el mismo: *La política criminal en la encrucijada*, BdF, Buenos Aires/Montevideo, 2007, pp. 69 ss.; el mismo: «Los beneficios políticos de las penas», en *Revista especializada en delincuencia, Hoppes*, núm. 9, en <http://hoppes9revista.wordpress.com/2012/02/05/los-beneficios-politicos-de-las-penas/>, consultado el 15 de mayo de 2013.

(16) La implantación social de la sensación generalizada de inseguridad constituye uno de los rasgos más característicos de las sociedades postindustriales. Esta sensación de inseguridad ha provocado una sociedad del miedo, «en donde la vivencia subjetiva del riesgo es claramente superior a la propia existencia de ese riesgo. Y a ello contribuye decididamente lo que se denomina *las nuevas fábricas del miedo*: los medios de comunicación, de los que se afirma que son el instrumento de la indignación y de las cóleras públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización y de nuevo introducir en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos». Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas...*, *ob. cit.*, p. 55.

(17) Bajo similares términos, el connotado jurista y docente Florentino Ferrajoli ha enfatizado en la asimetría entre la civilidad del derecho y la incivilidad del delito como sigue: «Un elemento decisivo en la lucha contra la criminalidad es la asimetría entre la civilidad del derecho y la incivilidad del delito. La idea de una equivalencia eleva el delito al nivel del derecho y viceversa. La respuesta institucional debe ser asimétrica y con pleno respeto a los derechos fundamentales del imputado. Esta asimetría es la fuerza del estado de derecho». *Vid.*, Entrevista realizada al Profesor Luigi Ferrajoli por alumnos de la Universidad Pontificia Católica del Perú, en <http://puntoedu.pucp.edu.pe/entrevistas/garantismo-y-derecho-penal/>, consultado el 30 de abril de 2013. Estas certeras palabras del Profesor italiano trastocan las políticas irreflexivas

pable y no al contrario -que ningún culpable sea declarado inocente-; por su parte, en el Derecho penitenciario, se debería optar por reducir el tiempo de cumplimiento de la pena en prisión (18), para que el penado, mediante tales acicates, adapte su conducta, progresivamente, al orden jurídico establecido, pretensión de mínimos que conforma el moderno sentido resocializador.

En efecto, uno de los principales fines de la prevención especial positiva, que impregna numerosas normas constitucionales en lo que a la pena privativa de libertad se refiere, es evitar la desocialización de los penados. Por ello, parece conveniente la disminución del tiempo de cumplimiento de la pena en prisión, variando el modo de ejecución de la pena, por ejemplo, a través de la aplicación, cuando se cumplan los requisitos, de los beneficios penitenciarios. Para acceder a tales instituciones, los internos adaptan su conducta al régimen penitenciario, trabajan o estudian para redimir la pena, lo que les permitirá obtener en el futuro un pronóstico favorable de reinserción social. La evolución positiva del tratamiento del interno no ha sido en todo caso gratis, sino producto de un constante esfuerzo multidisciplinar durante su estancia en prisión. En definitiva, los beneficios penitenciarios constituyen una herramienta muy útil y necesaria dentro del sistema penal, en tanto suponen un mecanismo motivacional, dirigido al fin reinsertador. De este modo, erradicarlos denotaría un vago conocimiento de cuáles son los elementos esenciales para la consecución de tales metas constitucionales, como para el buen funcionamiento de un centro penitenciario y de un sistema al completo. Una de las primeras consecuencias negativas se desencadenaría en la obtención de centros penitenciarios hacinados, más violentos, peligrosos, originando caos, desorden, inadaptación de la conducta de los penados al régimen, a partir de motines, intentos de secuestros (19), entre otros problemas.

que se vienen aplicando en el ámbito iberoamericano bajo argumentos de lucha contra la criminalidad simétrica, esto es, ante la perpetración de delitos que generan conmoción social, el legislador iberoamericano actúa de la misma manera, incivilizadamente, incrementando los límites cuantitativos de las normas penales así como restringiendo beneficios penitenciarios, en vez de otorgar una respuesta asimétrica que se supone debiera dar civilizadamente el Derecho penal y no al revés.

(18) Vid. JUANATEY DORADO, C., «La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho penal» en *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, año 1, núm. 9, octubre 2004, p. 13.

(19) Los internos del Centro Penitenciarios más peligroso de Lima, San Juan de Lurigancho, planeaban secuestrar a su Director. Vid. «Internos planeaban secuestrar a Director de San Juan de Lurigancho», en *Diario El Comercio*, 9 de mayo de 2012, Vid. en, <http://elcomercio.pe/lima/1412203/noticia-internos-planeaban-secuestrar-director-penal-lurigancho>, consultado el 10 de abril de 2013.

Ahora bien, la eliminación de los beneficios penitenciarios se ha enfocado hacia aquellos delitos que generan conmoción o alarma social y más específicamente en los últimos años respecto a los delitos de criminalidad organizada (20) y sus diversas manifestaciones, cuyas consecuencias negativas sí se manifestarían para este sector delictivo. Por consiguiente, como se ha apuntado, nos hallamos ante un trato desigual que vulnera la norma fundamental, otorgando beneficios para determinados delitos y restringiéndose para otros.

Por otro lado, desde el punto de vista político, con tal limitación, se pone de manifiesto el mensaje de desconfianza de los legisladores iberoamericanos, tanto respecto de sus instituciones penitenciarias, de su sistema administrativo, y más específicamente en relación a sus órganos penitenciarios (equipos de tratamiento), a quienes corresponde evaluar el estado favorable de reinserción social y de evolución del interno; cuanto de sus órganos jurisdiccionales especializados, quienes finalmente conceden los beneficios penitenciarios. El desapego del legislador hacia los órganos penitenciarios radica principalmente, según mi opinión, en las constantes tasas de corrupción percibidas en un gran número de centros penitenciarios en Latinoamérica. Ello obedece principalmente a los bajos salarios que tales empleados perciben mensualmente, así como a la constancia de una falta de preparación y formación adecuadas para llevar a cabo las labores indicadas en un modelo de correcto tratamiento penitenciario. A todo ello habría de añadirse el incremento de una suerte de victimismo de los grupos terroristas y de criminalidad organizada, otorgándoles argumentos más sólidos para su supervivencia (21).

En cualquier caso, se ha comprobado estadísticamente que el incremento de los marcos abstractos de las normas penales, así como la restricción de los beneficios penitenciarios en diversos delitos, no ha resultado en una disminución de los índices de criminalidad en nin-

(20) En el ordenamiento jurídico español, no contentos con la restricción de beneficios penitenciarios para los delitos de terrorismo y criminalidad organizada, actualmente se está evaluando modificar el Código penal, para introducir una «medida de seguridad» *postpena*, lo que –a similitud de la antigua cláusula de retención– implicaría mantener en prisión a un condenado por un máximo de diez años, después de haber cumplido su condena si es que no se encontrara resocializado. *Vid.* «El Gobierno mantendrá en la cárcel a los agresores sexuales no reinsertados», en *Diario El País*, 14 de mayo de 2012, en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/05/14/actualidad/1336993862_739049.html, consultado el 14 de abril de 2013. En el mismo sentido, *Vid.* «Populismo punitivo», en *Diario El País*, 16 de mayo de 2012., en http://elpais.com/elpais/2012/05/15/opinion/1337109089_595607.html, consultado el 20 de abril de 2013.

(21) *Vid.* JUANATEY DORADO, C., «La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento...», *ob. cit.*, p. 16.

guna experiencia jurídica. La respuesta del Derecho penal «es necesaria pero no es una varita mágica que transformará la realidad y reducirá la delincuencia» (22). Para evitar tales funestas consecuencias, debe existir un nexo entre el garantismo social y el garantismo penal: solamente será posible reducir la criminalidad si los derechos mínimos vitales, tales como la alimentación, empleo, educación, etc., se encuentran garantizados a través de políticas sociales. A contrario, si el Estado no ha garantizado tales derechos fundamentales, ni aplica políticas de prevención, una persona excluida de la sociedad civil está más dispuesta a ser incluida en las organizaciones criminales (23). Y, lamentablemente esta es la cruda realidad en Latinoamérica.

3. LA RESTRICCIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS COMO RESPUESTA A LAS DEMANDAS MEDIÁTICAS DE PUNIBILIDAD: ¿EL CUARTO PODER TAMBIÉN LEGISLA?

La prensa, cómplice de una irreflexiva y precipitada política criminal, está ganando terreno y avanza a pasos agigantados, cómo si se tratara de un legislador más. En este contexto cabe preguntarse: *¿Es correcto que la creación de normas jurídicas atienda a demandas mediáticas de punibilidad al albur de circunstancias concretas y populistas?*

Sin duda, la promulgación de normas penales materiales así como aquellas que restringen la concesión de los beneficios penitenciarios para delitos de crimen organizado no debiera responder a tales criterios ni utilizar al Derecho penal como una salida oportunista e interesada (24). Por el contrario, el Derecho penal como forma de control social formal, debe ser aplicado como *ultima ratio* (25), es decir, cuando otros medios de control previos –incluso administrativos– no han dado una solución satisfactoria al problema (26). Este argumento, a modo de ejemplo, ha sido recogido por la Sala Penal Transitoria de

(22) Cfr. Entrevista realizada al Profesor Luigi Ferrajoli..., *ob. cit.*

(23) *Vid.* Entrevista realizada al Profesor Luigi Ferrajoli..., *ob. cit.*

(24) *Vid.* SANZ DELGADO, E., «Incorporar mayores penas no siempre es suficiente», *Diario El Pueblo*. Arequipa-Perú, de fecha 18 de marzo de 2012.

(25) Una adecuada aplicación de este concepto, tan proliferado en el Derecho penal, disminuiría la sensación pública de ineficacia de las normas penales. *Vid.* MESTRE DELGADO, E., «La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en Derecho penal», en *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, Año 1, núm. 1, enero, 2004, p. 15.

(26) *Vid.* MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General...*, *ob. cit.*, pp. 117-118.

la Corte Suprema de Justicia del Perú a través del Recurso de Nulidad núm. 3437-2009-Callao, de fecha 19 de abril de 2010, (fundamento jurídico núm. 6), en estos términos: «La pena no puede actuar según las demandas sociales o *mediáticas de punibilidad*, al margen de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, pues dentro de un Estado de Derecho la reacción estatal contra el delito –y en especial la determinación judicial de la pena– se funda sobre la base del hecho cometido, sus circunstancias y la culpabilidad del agente. Estos son los criterios que se deben valorar para medir e individualizar la pena en el caso concreto (...) la pena a imponerse no solo debe responder a las circunstancias de la comisión del injusto, la naturaleza y alcances de este, y a las condiciones personales del encausado, sino también a las *preocupaciones de la política criminal contemporánea tendiente a reducir y humanizar los espacios de aplicación de las penas privativas de libertad*; por ende, no basta con recorrer el marco penal abstracto del tipo legal en toda su extensión, sino que se debe examinar los aspectos concretos del hecho realizado por el encausado, y sobre la base del hecho cometido, sus circunstancias, así como la culpabilidad del agente (...)» (27).

En efecto, la reacción del Estado –*a través del ordenamiento penal*– frente a la aparición de determinados delitos, debiera estar cimentada, principalmente, en una política criminal basada en razones científicas o al menos en estadísticas fiables. En ningún caso, en atención a las demandas que genera el «*Cuarto Poder*» –*la prensa en todos sus niveles*–. En reiteradas oportunidades (28), desconocedora del contenido y fin de las instituciones penales y penitenciarias, instrumentalizada políticamente y actuando como una de las *fábricas del miedo* en el contexto de la expansión irrazonable del Derecho penal, ha valorado negativamente el papel importante que juegan los bene-

(27) La cursiva es nuestra.

(28) La información que ofrece los medios de comunicación se torna como el «distorsionado espejo» al transmitir un mensaje errado de acontecimientos excepcionales como tendencias ya que informan sistemática y exclusivamente de ellos. Por ejemplo en España, actos de terrorismo, nada comunes en esta sociedad, invaden con rapidez las noticias de la televisión y se difunden por la red. A tal respecto señalamos expresamente lo que el Profesor Kai Ambos opina: «La omnipresencia produce dos efectos principales: exagera desproporcionadamente la importancia de acontecimientos excepcionales y produce un heurístico y anclado relato que logra que los niveles de riesgo parezcan más importantes de lo que son». Cfr. AMBOS, K., *Terrorismo y contraterrorismo: una elección entre dos males*. Texto electrónico recogido en, <http://www.etextos.com/textos/162-module3193/web/frameset.html>, consultado el 20 de mayo de 2013.

ficios penitenciarios dentro del sistema penal (29). En ese sentido, provocando cierta zozobra y alarma social en la población (30), ha señalado que los beneficios penitenciarios deberían desaparecer –*lo que constituye un contrasentido dependiendo desde el ángulo desde el que se mire: lógico para la prensa y la población e ilógico para los conocedores del Derecho*–. Cuando surge una noticia que insufla cierta «alarma social», los titulares de la prensa suelen enviar un mensaje cuyo contenido desemboca en una respuesta inmediata y mediática, visceral, en una «sentida necesidad de incremento y enduramiento progresivo de la represión social» (31). A tal efecto, se maquillan los mecanismos de prevención especial como si se tratara de una gracia presidencial: indulto o de una amnistía. La noticia suele ser de este tenor: Condenaron a «Juan Pérez» a veinte años de pena privativa de la libertad por delito de homicidio calificado. Si se le concede algún beneficio penitenciario, obtendrá su libertad a los diez años, y si a ello se le suma el beneficio de redención de penas por el trabajo y la educación, obtendrá la libertad a los 6 años. Este cálculo matemático suele calar en la reacción emotiva de la ciudadanía, trasladándose sorprendentemente al legislador (32), quien para calmar tal sentimiento vindicativo y aprovechando «el tirón mediático» desde un punto de vista electoralista, produce y promulga normas jurídico-penales *ad hoc*, apresuradamente, vulnerando determinados límites propios del sistema penal (seguridad jurídica, legalidad, certeza y generalidad), sin los cuales, se perdería toda eficacia y credibilidad.

Desde luego, la producción vertiginosa o tal suerte de furor legislativo de normas penales (33), consecuencia del modelo «mediático y

(29) Con la concesión de los beneficios penitenciarios las condiciones de la ejecución de la pena –el régimen– cambian, en ningún caso, supone el incumplimiento de la pena privativa de la libertad. Es decir, no reducen el quantum de la pena a cumplir, solo varía la ejecución de la pena. *Vid.* JUANATEY DORADO, C., «La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento...», *ob. cit.*, p. 11.

(30) *Vid.* VV.AA. (Serrano Gómez, Dir.), *Tendencias de la criminalidad y...*, *ob. cit.*, pp. 32 ss.

(31) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., «La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia», en *Diario La Ley*, núm. 5837, jueves 14 de agosto de 2003, en http://www.acaip.info/docu/cumplimiento/cumplimiento_integro_not_urgencia.pdf, consultado el 07 de mayo de 2013, p. 3.

(32) Los medios de comunicación con la pretensión de obtener un reconocimiento y una delimitación socialmente compartidos del problema, toman la iniciativa en la fase prelegislativa mostrando una *visibilidad social* del desajuste social y los problemas que se derivan de este, transformándolo en un problema social. En consecuencia, plantean la necesidad de ciertas decisiones legislativas penales. *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes...*, *ob. cit.*, pp. 27-28.

(33) En algunos ordenamientos jurídicos, la producción de las normas penales sustantivas ha servido como medio paliativo ante la reacción emotiva de la sociedad. No

coyuntural», debiera ralentizarse y adecuar su cauce a un proceso de elaboración consciente (34), que brinde credibilidad, aplicabilidad y eficacia del sistema. El legislador penal debiera actuar con calma, prudencia y serenidad, diseñando y poniendo en práctica una correcta política criminal que otorgue seguridad y credibilidad en el sistema penal. Ello implicaría realizar un análisis prospectivo acerca de la comprensibilidad del texto modificado, su aplicabilidad práctica, así como de los posibles efectos que pueda generar la nueva norma jurídico-penal (35). De esta manera, no se afectaría a la calidad de las normas penales y, por ende, a la credibilidad y fiabilidad de los sistemas penales iberoamericanos.

Empero, tales argumentos no cercenan el rol importante que cumplen los medios de comunicación cuando denuncian problemas de interés social como el que nos ocupa. El crimen organizado ha terminado con la vida de muchos periodistas en Latinoamérica, lo que ha llevado a tales profesionales a desarrollar un periodismo *on line* (36), en algunos casos de forma anónima, con el fin de denunciar conductas atroces, para que sus autores no queden impunes. Ejemplos de ello, son los blog denominados *El blog del narco* (37) y *Animal Polí-*

obstante, la historia penitenciaria ha demostrado lo contrario. En efecto, la evolución de las instituciones penitenciarias –que tratan con la persona y no con el delito–, generalmente, ha dado una respuesta coherente y meditada, acorde con las reformas que exige el contexto determinado. Un diáfano ejemplo se vislumbra a partir de la evolución de los sistemas penitenciarios: el sistema filadélfico a favor del auburniano, éste a favor del progresivo y finalmente, en España, favor del sistema de individualización científica. *Vid. GARCÍA VALDÉS, C.*, «Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LIV, 2001 (2003), pp. 28-29. Sin embargo, es preciso anotar que en los últimos años, la producción de normas sustantivas que obedecen a tesisuras, se ha trasladado, en muchos ordenamientos, a la norma penitenciaria.

(34) Sobre el proceso de elaboración de las leyes penales así como la racionalidad legislativa, *Vid. ATIENZA RODRÍGUEZ, M.*, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 27 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes...*, *ob. cit.*, pp. 17 ss.

(35) Cfr. «Prefacio» de la Convención de las Naciones Unidas..., *ob. cit.*, p. iii.

(36) Este periodismo documenta la historia del narcotráfico en una zona donde ejercer esta profesión resulta en ocasiones peligroso. Cfr. «El boom de la prensa digital latinoamericana», *El País*, 1 de marzo de 2013, en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/03/01/actualidad/1362165444_533165.html, consultado el 24 de marzo de 2013.

(37) *Vid.*, <http://www.blogdelnarco.com/>. En esta página, la autora anónima, bajo el nombre de *Lucy*, explica que el nacimiento del *Blog del narco* surge en una coyuntura de inestabilidad generada por la guerra contra el narco en México. Asimismo, asevera que la finalidad de esta plataforma virtual es denunciar lo que las autoridades y los medios de comunicación tradicionales no sacaban a la luz, pues, bajo sus términos: «querían hacer creer que aquí no estaba pasando nada cuando realmente pasaba todo».

tico (38) de México; *Verdad abierta* (39) y *la silla vacía* (40) de Colombia, *Plaza Pública* (41) de Guatemala, *Idl Reporteros* (42) de Perú; *CiperChile* (43) de Chile; *Chequeado* (44) de Argentina; *Apública* (45) de Brasil o la página dedicada específicamente al crimen organizado: *Insight Crime* (46). Por otro lado, cabe igualmente citarse la creación de páginas en facebook, bajo el nombre de *Valor por Tamaulipas*, para denunciar anónimamente los hechos que ocurrieran en esta ciudad mexicana. No obstante los gestores del crimen organizado se enteraron de la identidad del administrador de dicha página y bajo fuertes amenazas entre las que corre riesgo su vida, decidió cerrar tal cuenta en facebook previo comunicado. Una vez más el «crimen organizado ganó la batalla» (47).

4. LA RESTRICCIÓN DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN LOS ORDENAMIENTOS IBEROAMERICANOS

La expansión del crimen organizado ha conllevado a que los Estados se cohesionen para establecer y difundir mecanismos de protección dentro de sus sistemas. Desde la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Resolución núm. 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000), celebrada en Palermo-Italia en diciembre de 2000 «la comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial» (48). Producto de ello y, con el ánimo de hacer frente al mismo nivel de tal ola expansiva, se han creado políticas de tolerancia cero, cuyos integrantes, según los auto-

(38) *Vid.*, <http://www.animalpolitico.com/#axzz2VKr12q8p>.

(39) *Vid.*, <http://www.verdadabierta.com/>.

(40) *Vid.*, <http://www.lasillavacia.com/>.

(41) *Vid.*, <http://www.plazapublica.com.gt/>.

(42) *Vid.*, <http://idl-reporteros.pe/>.

(43) *Vid.*, <http://ciperchile.cl/>.

(44) *Vid.*, <http://www.chequeado.com/>.

(45) *Vid.*, <http://www.apublica.org/>.

(46) *Vid.*, <http://www.insightcrime.org/>.

(47) *Vid.*, el comunicado de cierre del administrador de la cuenta, en <http://www.animalpolitico.com/2013/04/el-crimen-organizado-gano-la-batalla-valor-portamaulipas/#axzz2PrYVcpbI>, consultado el 8 de abril de 2013.

(48) En este cónclave, se concluyó que la acción de la ley deberá atravesar fronteras de la misma forma en que el crimen organizado lo ha realizado. Y se añade que «si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear medio y arbitrios nacionales» Cfr. «Prefacio» de la Convención de las Naciones Unidas..., *ob. cit.*, p. iii.

res que defienden esta postura, forman parte de la «sociedad incivil» o enemigos de la sociedad, lo que en términos dogmáticos se ha venido a llamar *Derecho penal del enemigo* e incluso *Derecho penitenciario del enemigo*.

Ahora bien, la respuesta que se ha materializado en la legislación penal y penitenciaria a partir de tal modo de expansión, es moneda común en diversos ordenamientos como desde hace años ocurre en España, donde se dictaba la Ley Orgánica núm. 7/2003 (49), de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» el 1 de julio de 2003, con la finalidad de «lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad» –*tal como se expone en su Exposición de motivos* (50)–. Para lograr este objetivo el legislador español modificó algunas instituciones básicas de carácter penitenciario, tales como la clasificación inicial y progresión al tercer grado de tratamiento (y con ello la posibilidad de acceso al régimen abierto o semilibertad), los *beneficios penitenciarios* y, también, la libertad condicional. Asimismo, no solo se incrementaban desde la norma penal la duración de las penas para los delitos de terrorismo y criminalidad organizada, sino que también se restringía el acceso a los

(49) Al respecto de la Ley Orgánica 7/2003, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus consecuencias normativas, *Vid.*, entre otros, TÉLLEZ AGUILERA, A., «La Ley de cumplimiento...», *ob. cit.*, pp. 1 ss.; el mismo, *Nuevas penas y medidas alternativas...*, *ob. cit.*, p. 54; SANZ DELGADO, E., «La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al siglo XIX?», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, núm. extraordinario 2 (2004), p. 196; en el mismo sentido, RÍOS MARTÍN, J. C., «Reflexiones sobre la Ley 7/2003: El incremento de la violencia punitiva», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, núm. extraordinario 2 (2004), pp. 101 ss.; JUANATEY DORADO, C., «La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento...», *ob. cit.*, pp. 5-30; LLOBET ANGLÍ, M., «La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias», en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2007, pp. 6 ss.; MESTRE DELGADO, E., «La reforma permanente...», *ob. cit.*, pp. 7-17.

(50) Entre otras razones, que se recogen en la Exposición de motivos, hemos creído conveniente destacar las siguientes, por considerarlas controvertidas: «Como ha señalado autorizada doctrina penal, el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento. La sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad, protección que el Estado de Derecho no sólo puede sino que tiene la obligación de proporcionar». Frente a este argumento, el Magistrado Téllez Aguilera ha señalado una tan mala interpretación de los postulados que hiciera Cesare Beccaria respecto a las penas. *Vid.* TÉLLEZ AGUILERA, A., «La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo...», *ob. cit.*, pp. 2 ss.

beneficios penitenciarios para los penados por estos delitos. Así, específicamente, se restringió la concesión del adelantamiento de la libertad condicional para los delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del Código penal español y los cometidos en el seno de las organizaciones criminales.

Con tal restricción, el legislador español pretende evitar que los beneficios penitenciarios «se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes». A partir de esta premisa, extraída de la Exposición de motivos de la citada ley, se vislumbra la importancia que retoma la orientación preventivo-general en el Derecho penal español, y por medio del cual se resquebraja el sistema penitenciario de individualización científica, pues, con la negación del acceso a los beneficios penitenciarios para estos delitos, se niega a priori la posibilidad de su resocialización.

Este es el panorama peninsular que data desde el año 2003. No obstante, poco después, bajo esta misma línea restrictiva, los países latinoamericanos añadieron a sus ordenamientos normas de similar naturaleza. Así, en Bolivia, a través del artículo 4 del Decreto Supremo de Concesión del Indulto núm. 1145, de 19 de diciembre de 2012, aprobado por la Asamblea Legislativa Plurinacional (51) el pasado 22 de diciembre de 2012, se restringió el beneficio penitenciario (52) del

(51) Tras la emisión del DS, hasta mayo de 2013 se concedieron 222 indultos. Asimismo el Director del Régimen Penitenciario, Ramiro Llanos, ha presentado un proyecto al ministro de Gobierno, Carlos Romero, con la finalidad de ampliar el plazo de la aplicación de la Ley del indulto hasta finales de 2013. Vid. ROJAS, G., «Evo anunciará la ampliación del plazo del indulto hasta fin de año», en <http://eju.tv/2013/05/evo-anunciar-la-ampliacion-del-plazo-del-indulto-hasta-fin-de-ao/>, consultado el 9 de mayo de 2013; «Concluye el proceso de indulto en Bolivia con más de 200 reos beneficiados», en <http://www.eldeber.com.bo/concluye-proceso-de-indulto-en-bolivia-con-mas-de-200-reos-beneficiados-130509161851>, consultado el 9 de mayo de 2013; finalmente, en <http://www.que.es/ultimas-noticias/sucesos/201305092112-concluye-proceso-indulto-bolivia-reos-efe.html>, consultado el 9 de mayo de 2013.

(52) El término *beneficios penitenciarios* se recoge tanto en la Ley de Ejecución Penal y Supervisión de Bolivia (apartado 2 del artículo 62 de la Ley núm. 2298, de 20 de diciembre de 2001, en adelante LEPS) como en el Reglamento de Ejecución de Penas Privativas de Libertad (art. 90 del Decreto Supremo núm. 26715, de 26 de julio de 2002, en adelante REPPL) para referirse a los informes que emite el Consejo de Penitenciario, que sirven de base para la concesión de estos instrumentos normativos. Asimismo, en el artículo 154 de la LEPS se hace referencia a la aplicación de los *beneficios penitenciarios* al detenido preventivo con los siguientes términos: «Al detenido preventivo le serán aplicables (...) los Programas de Trabajo y Educación y los *beneficios penitenciarios* (...)». No obstante, ningún capítulo, ni artículo de la LEPS y del REPPL recogen cuáles son las instituciones penitenciarias que forman parte del catálogo de los *beneficios penitenciarios* en el ordenamiento jurídico boliviano. Ahora bien, teniendo como referencia qué se entiende por beneficios penitenciarios desde el enfoque

indulto (53) para delitos de secuestro, trata, tráfico de personas, terrorismo y contrabando; asimismo, según los artículos 138 y 169 de la LEPS los beneficios de *redención de penas por el trabajo* (54) y *extramuros* (55) se encuentran restringidos para los internos condena-

español –medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o la del tiempo efectivo de internamiento– se considerarán como tales, las siguientes instituciones penitenciarias: a) El indulto; b) La redención de penas por el trabajo; c) La salida prolongada ó personal; d) Extramuros; e) La libertad condicional, por ser los instrumentos normativos que más se ajustan a nuestro contenido, máxime, si el propio Tribunal Constitucional de la República de Bolivia, en determinadas sentencias recoge como beneficios, a la *salida prolongada* (Entre otras, la Sentencia Constitucional núm. 0620/2007-R, de 17 de julio de 2007, expediente núm. 2007-16189-33-RCH); *trabajo extramuros* (Entre otras, la Sentencia Constitucional núm. 0620/2006-R, de 27 de junio de 2006, Expediente núm. 2006-14036-29-RHC; SC núm. 0620/2007-R, de 17 de julio de 2007, expediente núm. 2007-16189-33-RCH) y a la *libertad condicional* (Entre otras, la Sentencia Constitucional núm. 1369/2003-R, de 23 de septiembre de 2003, Expediente núm. 2003-07141-14-RHC; SC núm. 1146/2006-R, de 6 de noviembre de 2006, Expediente núm. 2006-14784-30-RHC; SC núm. 0620/2007-R, de 17 de julio de 2007, expediente núm. 2007-16189-33-RCH).

(53) Por disposición del numeral 14 del artículo 172 de la carta fundamental boliviana del año 2009, este «derecho de gracia o perdón soberano» tal como se concibe en la doctrina local, será otorgado –al igual que en la legislaciones argentina, chilena y mexicana–, solo por el Presidente del Estado, «con la aprobación de la Asamblea Legislativa Plurinacional». A contrario, por disposición de la Constitución pasada, el Poder Legislativo era el encargado de conceder los indultos (ex art. 59 numeral 19). Este precepto señalaba lo siguiente: «Son atribuciones del Poder Legislativo: 19.^a Decretar amnistía por delitos políticos y conceder indulto, previo informe de la Corte Suprema de Justicia». La negrita es nuestra.

(54) La *redención de penas por el trabajo*, es la novedad de la LEPS, ya que por primera vez se introduce esta figura penitenciaria en el ordenamiento jurídico boliviano a través del artículo 138. Sin embargo, algunos doctrinarios proponen su eliminación, ya que en la praxis, los jueces de ejecución rechazan estas medidas al advertir que la documentación acreditativa del tiempo trabajado o de estudio no se ajusta a la realidad, no solo por señalar más horas de lo que en realidad trabajan sino también por haberse certificado horas de trabajo o estudio con anterioridad al cumplimiento de su condena. *Vid.* MAPELLI CAFFARENA, B./Del Reposo Romero, M.^a/Valda, L./Miranda, H., *Situación de las cárceles en Bolivia*, Dirección General de Régimen Penitenciario, La Paz, 2006, p. 76, nota 3.

(55) En su origen, el beneficio de *extramuros* en el ordenamiento boliviano fue concedido mediante Resolución Ministerial núm. 2309, de 15 de setiembre de 1992, modificado por el D.S. núm. 2350 de 26 de setiembre de 1992, que a su vez fue modificado por la LEPS (Ley núm. 2298). Actualmente, este instrumento normativo se encuentra regulado en el artículo 169 del capítulo II de la LEPS bajo la rúbrica *periodos del sistema progresivo*. Según la doctrina boliviana, este beneficio, constituye el penúltimo periodo del sistema progresivo, y al igual que la definición adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de la República de Colombia *extramuros* consiste básicamente en trabajar o estudiar fuera de las paredes de la prisión durante el día, para luego retornar al establecimiento penitenciario. Según Flores Aloras, en este estadio de pre-libertad, el interno se prepara para acceder a la última etapa del sistema penitencia-

dos por delitos de terrorismo. En relación a los delitos de tráfico ilícito de drogas (en adelante TID), en Bolivia al igual que en el Ecuador se emitieron leyes draconianas, sin diferenciar las conductas ilícitas desplegadas, lo que devino en la paridad de penas para todos los delitos relacionados al TID. Esta política de emergencia tenía la finalidad de «combatir el crimen»; sin embargo, en la praxis se puede vislumbrar que el impacto que se logra en las organizaciones criminales con la detención masiva de hombres y mujeres resulta poco significativo, dado que la mayor parte de los detenidos son obreros y *mulas* o *burriers* –tal como se conoce en los países latinoamericanos–, que poco conocen de las operaciones de las organizaciones criminales fuera de la prisión, y es en el interior del penal donde los menos favorecidos de esta red criminal se convierten en verdaderos socios de las organizaciones criminales (56).

Si bien en Brasil no se restringe totalmente la concesión de la *libertad condicional* (normalmente se otorga esta figura penitenciaria tras el cumplimiento de la 1/3 parte de la pena, y otros requisitos tales como la no reincidencia en delito grave y posesión de un buen historial; o en todo caso tras el cumplimiento de la 1/2 de la pena si fuera reincidente) para los delitos de tráfico de estupefacientes y drogas afines; no obstante, para los delitos de terrorismo se requiere que el interno haya completado más de los 2/3 de la pena (art. 83 del Código penal brasileño).

Al igual que en Bolivia, en Chile (57) no se podrá conceder el *indulto* (58) por delitos relacionados al control de armas recogidos en

rio boliviano: *la libertad condicional*. Vid. FLORES ALORAS, C., *Derecho Penitenciario y Ley de Ejecución Penal y Supervisión*, Artes Gráficas Carrasco, La Paz, 2007 p. 457.

(56) Para mayor información sobre el contexto en el que se reguló esta institución penitenciaria. Vid. Transnational Institute, *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina* (Pien Metaal y Coletta Youngers, eds). Docuprint, Amsterdam/Washington, 2010, pp. 28 ss.

(57) En la normativa penitenciaria de la República de Chile, no se recoge expresamente el *nomen iuris* o término *beneficios penitenciarios*, ni se hace referencia a los mismos, bajo ninguna denominación o institución jurídica específica. No obstante, tras una revisión sistemática de los cuerpos normativos chilenos, creemos necesario el estudio de determinadas figuras jurídicas, por aproximarse al concepto de beneficios penitenciarios que hemos asumido desde el enfoque español: instrumentos normativos que han servido y sirven para *acortar las penas privativas de libertad impuestas o para reducir el tiempo efectivo de internamiento o reclusión*. A tal respecto, dentro de esta definición consideramos a las siguientes instituciones penitenciarias: a) La reducción de condenas en sus dos modalidades: *el indulto presidencial* y *la reducción de condenas* propiamente dicha; b) Las distintas formas de permisos de salida; y c) La libertad condicional.

(58) Frente al indulto particular (concedido por el Presidente de la República), el indulto *general* (concedido por el Legislativo) se dicta por ley de quórum aplicable a quienes se encuentren en sus supuestos. Vid. POLITOFF LIFSCHITZ, S./MATUS ACUÑA,

la Ley núm. 17.798; por conductas terroristas según la Ley núm. 18.314; delitos de tráfico ilícito de drogas y estupefacientes recogidos en la Ley núm. 18.403. Asimismo, no se concederá la *libertad condicional* (59) a internos cuyos delitos obedezcan a la elaboración o tráfico de estupefacientes (art. único de la Ley núm. 20.230, publicado el 10 de diciembre de 2007, y art. 15 Reglamento de Libertad Condicional).

En Colombia, se restringe el acceso al beneficio (60) del *indulto* (61) para aquellas conductas relacionadas con el crimen orga-

J./RAMÍREZ GUZMÁN, M., «Ejecución de las penas privativas de la libertad», en *Leciones de Derecho penal chileno. Parte general*, Editorial Jurídica de las Américas, Santiago de Chile, 2009, p. 576; GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, pp. 379 y 381. Acerca de la naturaleza de este beneficio y de la dificultad de hacerlo coincidir con los postulados de un estado de Derecho, *Vid.* STIPPEL, J. A., *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2006, pp. 77-78.

(59) La libertad condicional –tal y como se recoge en la *normativa penitenciaria chilena*–, no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en condiciones de libertad por el condenado (art. 1 del Decreto Ley núm. 321, Ley de Libertad Condicional, publicada el 12 de marzo de 1925 y modificada por Ley núm. 20.230, del 10 de diciembre de 2007; y arts. 1 y 2 del Reglamento de la Ley núm. 321, aprobado por Decreto Supremo núm. 2.442, publicado el 26 de noviembre de 1926).

(60) La normativa penitenciaria colombiana no recoge expresamente el término *beneficios penitenciarios* para designar algunas instituciones que sí tienen tal naturaleza. No obstante, el Código Penitenciario y Carcelario de Colombia (Ley núm. 65 de 1993, de 19 de agosto, publicada en el Diario Oficial de Colombia, el 20 de agosto de 1993, en adelante CPCC), en su artículo 146, señala cinco medidas atenuatorias de la pena privativa de la libertad, cuyo *nomen iuris* responde al de *beneficios administrativos* (permisos hasta 72 horas; libertad preparatoria; franquicia preparatoria; trabajo extramuros; penitenciaría abierta). Sin embargo, desde nuestro punto de vista, consideramos dentro del catálogo de beneficios a las siguientes instituciones penitenciarias: (el indulto; la redención de la pena en sus diversas modalidades: trabajo, estudio, etc.; los permisos hasta 72 horas: permisos de salida y permisos de fines de semana; libertad preparatoria; franquicia preparatoria; trabajo extramuros; penitenciaría abierta; la libertad condicional).

(61) El indulto o *beneficio jurídico*, tal como se conoce en la legislación (El artículo 1 del Reglamento de la Ley núm. 418 de 1997, califica al indulto como *beneficio jurídico*: «(...) la autoridad judicial o administrativa correspondiente que evalúe la solicitud del respectivo beneficio jurídico») y en las resoluciones ejecutivas de Colombia (Resolución Ejecutiva núm. 1, de 7 de enero de 1998; Resolución Ejecutiva núm. 93, de 6 de diciembre de 2000; Resolución Ejecutiva núm. 96, de 9 de diciembre de 2000; Resolución Ejecutiva núm. 138, de 4 de setiembre de 2003; Resolución Ejecutiva núm. 73, de 19 de mayo de 2004; Resolución Ejecutiva núm. 77, de 29 de abril de 2005; Resolución Ejecutiva núm. 233, de 25 de agosto de 2005; Resolución Ejecutiva núm. 307, de 17 de noviembre de 2005; Resolución Ejecutiva núm. 229, de 25 de setiembre de 2006; Resolución Ejecutiva núm. 131, de 28 de mayo de 2007), se encuentra regulado en: a) la Ley núm. 418 de 1997, prorrogada y adicionada por las

nizado, cuyas actividades recoge el párrafo segundo del artículo 3.º del Reglamento de la Ley núm. 782 de 2002 (Decreto núm. 4436, publicado en el «Diario Oficial de Colombia» –en adelante «DOC»–, el 11 de diciembre de 2006), como sigue: «extorsión en cualquiera de sus modalidades, desplazamiento forzado, desaparición forzada, tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y aquellos a que se refiere la Ley núm. 67 de 1993, o aquellos que puedan significar violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad, y en general, conductas excluidas de tales beneficios por la legislación interna o tratados o convenios internacionales ratificados por Colombia». Asimismo, no se concederán los *permisos hasta 72 horas* (62), cuando se trate de condenas superiores a diez años, (en virtud del Decreto núm. 232, de 2 de febrero de 1998, con la finalidad de evitar, por esta vía, la fuga (63) de presos, y por ende la desnatura-

Leyes núm. 548 de 1999, publicada en el «DOC» el 23 de diciembre de 1999; Ley núm. 782 de 2002, publicada en el «DOC» el 23 de diciembre de 2002; Ley núm. 1106, publicada en el «DOC» el 23 de diciembre de 2006; y finalmente por la Ley núm. 1421 de 2010, publicada en el «DOC» el 21 de diciembre de 2010; *b*) el Reglamento del artículo 50 de la Ley núm. 418 de 1997 (Decreto núm. 4619 de 2010, publicado en el «DOC» el 13 de diciembre de 2010); y *c*) en el Código Penal (arts. 88 y 99). Para una mayor información sobre esta institución penitenciaria en el ordenamiento colombiano. *Vid.* GUTIÉRREZ URRESTY, A., «Las amnistías e indultos, un habito social en Colombia», *Justicia transicional. Teoría y praxis*, Bogotá, 2006; VARGAS LLERAS, G., «Ministerio del Interior explica qué funciones les quitarán a las altas cortes», en *Diario El Tiempo*, de 28 de junio de 2011; MEDINA, C., «Reforma sobre la justicia, más que global responde a temor actual», en *Diario El Tiempo*, de 10 de noviembre de 2011; PALACIO, E., «No a las mentiras», en *Diario El Tiempo*, de 23 de febrero de 2012; RUBIO, C., «El marco para la paz no es amnistía ni indulto», en *Diario El Tiempo*, de 20 de mayo de 2012; YÁÑEZ, F.: «Drama de mujer que fue expulsada de su casa por su hermano delincuente», en *Diario El Tiempo*, de 24 de agosto de 2012.

(62) Este beneficio *administrativo*, tal como se concibe en el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra regulado en el artículo 147 del CPCC. Estas licencias de «naturaleza eminentemente tratamental» y –no como se concibe por cierto sector de la doctrina: auténticos derechos de naturaleza regimental–, tal como lo advierte Téllez Aguilera, arriba a esta conclusión tras advertir que para su disfrute, se exige en la norma, que el interno se encuentre clasificado en periodo semiabierto o de mediana seguridad y a la vez se configura como parte del sistema progresivo.

(63) Con anterioridad a la dación de esta norma, el Catedrático de la Universidad de Alcalá, señaló que la restricción de estas medidas, con el fin de evitar fugas, «desvirtúa absolutamente el sistema formalmente establecido», máxime si se tiene como marco de referencia las experiencias española y francesa, realidades que «han sufrido un mínimo índice de fracasos». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., «Un modelo penitenciario latinoamericano en transición: Colombia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLI, fascículo I, enero-abril, 1988, p. 182; y en *Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 59 y 70. Con similares términos, uno de los primeros discípulos del principal redactor de la LOGP española, resaltó que la restricción de los permisos

lización de *los permisos de salida* (64)) a los internos que se encuentren vinculados con organizaciones delincuenciales en virtud a los informes de inteligencia de los organismos de seguridad del Estado; ni la *libertad condicional* respecto a delitos de desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de menores de edad, uso de menores de edad para la comisión de delitos, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas, financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada, administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas, y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, municiones o explosivos (Parágrafo del art. 64 del CP).

En el Ecuador (65), antes de las modificatorias introducidas en el 2008, las rebajas (66) se obtenían de forma poco técnica, esto es, de

de salida bajo el argumento manido de *posibles fugas* constituye un «freno inhibitorio para su real practicidad». Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., «Derecho penitenciario colombiano: Una aproximación desde la experiencia española», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIX, fascículo II, mayo-agosto, 1996, p. 596.

(64) Por tal razón, se determinaron los parámetros, a través de los cuales, los Directores de los establecimientos penitenciarios y carcelarios podrán otorgar *el permiso hasta 72 horas* dependiendo del tiempo de condena de cada interno. Para el ejercicio de esta facultad discrecional, –y de conformidad con el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 (CPCC), el artículo 5.º del Decreto 1542 de 1997 y el presente decreto– los Directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios resolverán la solicitud del permiso hasta por 72 horas, cuando se trate de condenas *inferiores a diez años*. No obstante, cuando se trate de condenas *superiores a diez años* se han establecido determinados parámetros, siendo uno de ellos no estar relacionados al crimen organizado.

(65) Ni en el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación (Ley núm. 95, en adelante CEPR), publicado el 9 de junio de 1982 en el Registro Oficial del Ecuador, ni en otros cuerpos normativos se recogen con el *nomen iuris beneficios penitenciarios* a determinadas figuras jurídicas que por su naturaleza y desde el enfoque adoptado sí deberían ser consideradas como tales. Empero, las siguientes instituciones penitenciarias se acercan al concepto asumido: a) el indulto; b) las rebajas; c) la fase de prelibertad; d) la libertad controlada; e) la libertad condicional.

(66) Esta institución penitenciaria entró en vigencia en el Ecuador en mayo de 1996. Tanto los preventivos como los sentenciados podían acceder a ellas reduciendo 180 días de prisión por cada año de condena –más conocido como «el sistema del 2 x 1»–. Esta forma de reducción estuvo en vigencia hasta el 28 de setiembre de 2001, fecha en que la reducción de los 180 días operaba por cada 5 años de condena ejecutada. Para más detalles al respecto, *Vid.*, <http://privadosdelalibertad>.

forma burocrática y discrecional, cuando el mero transcurso del tiempo era el requisito suficiente para su concesión; asimismo, los criterios de evaluación que se encontraban en los informes emitidos por la Dirección de Evaluación y Diagnóstico de la Dirección de Rehabilitación Social no eran técnicamente verificables. Ante este despropósito, el Pleno de la Asamblea Constituyente a través del artículo 2 de la Ley Reformatoria al Código de Ejecución de Penas y Código Penal para la transformación del sistema de rehabilitación social (Resolución de 22 de julio de 2008 publicada en el Registro Oficial núm. 393 el 31 de julio del mismo año), que sustituye el artículo 32 del CEPR y modificada por la resolución ampliatoria sobre la rebaja de penas de 25 de agosto de 2010, publicada en el Registro Oficial núm. 276, de 10 de setiembre de 2010, establece que «la reducción de penas operará sobre un sistema de méritos que permita evaluar la buena conducta y la colaboración activa del interno en su rehabilitación, que se demostrará por la participación en procesos culturales, educativos, laborales, de tratamientos de adicciones u otros». Y precisamente por ello, restringe su concesión para delitos de «trata de personas, crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra, de agresión, determinados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional».

En virtud del artículo 7 de la Ley del Indulto de Honduras (Decreto núm. 31-2013 publicada el 4 de abril de 2013 en el Diario Oficial), se

blogspot.com.es/p/rebaja-de-penas-para-los-privados-de-la.html, consultado el 27 de abril de 2013. La doctrina científica, la ha relacionado indistintamente con los beneficios de redención de penas por el trabajo o el indulto particular, y con el 4.º grado del sistema de individualización científica: la libertad condicional. Entre otros, Castejón, la señalaba como «el único precedente de la libertad condicional» Cfr. CASTEJÓN, F., *La legislación penitenciaria española. Ensayo de sistematización comprende desde el Fuero Juzgo hasta hoy*, Madrid, p. 279; en el mismo sentido, Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Losada, Buenos Aires, 1964, p. 757. Por su parte, Castellanos, la identificaba, como el antecedente del actual beneficio penitenciario de redención de penas por el trabajo. Vid. CASTELLANOS, P., «Abadía y su presidio en Málaga», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 13, abril, 1946, p. 1722 ss.; en la misma línea orientadora, García Valdés, como el «antecedente, aunque lejano, parcial e impropio, de la redención de penas por el trabajo». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen Penitenciario de España (investigación histórica y sistemática)*, Instituto de Criminología, Madrid, 1975, p. 30; el mismo: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, reimpresión, 1995, p. 141; el mismo: *Del presidio a la prisión modular*. 3.ª ed., Edisofer, Madrid, 2009, p. 18; y más recientemente, Sanz Delgado, la ha identificado, *ab initio*, como «un verdadero beneficio penitenciario (...) conformando así un instrumento útil, reformador del penado, encaminado a estimular y premiar su corrección y posterior reaplicación social». Cfr. SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del s. XIX*, Edisofer, Madrid, p. 212; el mismo, *Regresar antes: Los beneficios penitenciarios*, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, p. 45.

exceptúa del beneficio del *indulto* (67) a las personas condenadas por delitos de criminalidad organizada (asociación ilícita, lavado de activos, trata de personas, tráfico de órganos, tráfico de armas, tráfico de drogas, extorsión y secuestro). Asimismo, los internos no podrán acceder a este beneficio si al momento de la presentación de la solicitud estén gozando de otros beneficios penitenciarios o se haya revocado la *libertad condicional* o el beneficio de *preliberación* (art. 9 de la citada Ley).

En México (68) no se podrá conceder el beneficio del *indulto* (69) por delitos relacionados al crimen organizado: terrorismo y secuestro (art. 97 del Código Penal Federal, en adelante CPF). No obstante, la citada previsión legal establece de forma excepcional, que el Ejecutivo Federal, en uso de sus facultades discrecionales, expresando razones y fundamentos, podría conceder el Indulto en los siguientes casos: a) Por los delitos de carácter político; b) Por otros delitos cuando la conducta de los responsables haya sido determinada por motivaciones de carácter político o social, y c) Por delitos de orden federal o común en el Distrito Federal, cuando el sentenciado haya prestado importantes servicios a la Nación. En este caso, el solicitante recurrirá directamente al Ejecutivo Federal con su petición, por conducto de la Secretaría de Gobernación, debiendo acompañar los justificantes de los servicios prestados a la Nación (art. 558 del Código Federal de Procedimientos Penales, en adelante CFPP). Asimismo el beneficio

(67) Este beneficio se encuentra recogido en el numeral 24 del artículo 245 de la Carta fundamental de la República de Honduras, así como en el artículo 96 del Código Penal.

(68) Las instituciones penitenciarias, objeto de estudio, se recogen por primera vez con el nomen *beneficios penitenciarios* en la Ley de Ejecución de sanciones y reinserción social para el Distrito Federal publicada el 16 de junio de 2011 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de México y en el Reglamento de esta Ley, en adelante LESPRSDF, publicado el 02 de agosto de 2012, en el mismo diario oficial del Distrito Federal. Los *beneficios penitenciarios* que recoge el artículo 29 de la LESPRSDF, son los siguientes: a) Reclusión domiciliaria mediante monitoreo electrónico a distancia; b) Tratamiento preliberacional; c) Libertad preparatoria y d) Remisión parcial de la pena. Sin embargo no son las únicas instituciones que se consideran como beneficios penitenciarios en sí, sino también pueden encajar dentro de un concepto amplio las siguientes: el indulto; los permisos de salida y la semilibertad.

(69) Esta institución de carácter político, en virtud a la facultad que le otorga el apartado XIV del artículo 89 de la ley fundamental mexicana, será concedida por el Ejecutivo, esto es por el Presidente de la República de México, previa revisión de los comprobantes o justificantes; o «si así conviniere a la tranquilidad y seguridad públicas tratándose de delitos políticos, sin condición alguna o con las que estimare convenientes» (art. 559 CFPP). Y, en los demás casos, tal como se verá *infra*, el interno dirigirá su solicitud a la Suprema Corte de Justicia.

de *Reclusión domiciliaria mediante monitoreo electrónico a distancia* (70), no será materia de concesión por delitos de tráfico de menores en los supuestos de los párrafos tercero y cuarto del artículo 169 del Código penal mexicano; desaparición forzada de personas (art. 168 CPF); corrupción de personas menores de edad o personas que no tengan la capacidad de resistir la conducta (arts. 183, 184 y 185 CPF); turismo sexual (art. 186 CPF); pornografía (arts. 187 y 188 CPF); extorsión (art. 236 CPF); asociación delictuosa y delincuencia organizada (arts. 253, 254 y 255 CPF). Así como aquellos delitos previstos en leyes generales de competencia del Distrito Federal (art. 32 LES-PRSDF). Igualmente, no se concederá los beneficios de *tratamiento preliberacional* (71) y *libertad preparatoria* (72) para delitos de tráfico de menores en los supuestos de los párrafos tercero y cuarto del artículo 169 del CPF; turismo sexual (art. 186 CPF); trata de personas (art. 188 Bis CPF); extorsión (art. 236 CPF); asociación delictuosa y delincuencia organizada (arts. 253, 254 y 255 CPF); todos los delitos son del Código Penal excepto en los casos de colaboración previstos por la Ley contra la Delincuencia Organizada para el Distrito Federal; tampoco se concederá a quienes se les haya otorgado anteriormente éste o algún otro beneficio. Al igual que *los permisos de salida*, los internos sentenciados por delitos relacionados a la criminalidad organizada no podrán acceder a la *libertad preparatoria* (arts. 43 y 44 de

(70) En la legislación mexicana, se define a este instrumento normativo como «un medio de ejecutar la sanción penal hasta que se alcance el beneficio de tratamiento preliberacional, y tendrá por finalidad la reinserción social del sentenciado con base en el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte» (art. 30 LESPRSDF).

(71) Según lo dispuesto en la LESPRSDF, el *tratamiento preliberacional* consiste en la preparación del sentenciado y su familia en forma grupal o individual, a través de salidas grupales con fines culturales y recreativos, visitas guiadas y supervisadas por el personal técnico (art. 34 LESPRSDF). Sobre las salidas grupales con fines culturales y recreativos, vid. la experiencia de los funcionarios encargados de la custodia de los internos, pertenecientes al Centro de Ejecución de Sanciones Penales Varonil Norte de México. Los citados funcionarios relatan la experiencia de los internos, con los siguientes términos: «los internos al principio no supieron cómo reaccionar ante la libertad, posteriormente jugaron fútbol entre ellos fuera del reclusorio». Cfr. «La libertad. Seguridad Pública y Desastre», en *Diario Metro*, de 18 de febrero de 2012, p. 1. En el mismo sentido, Vid. MARTÍNEZ, D., «Tienen probadita de libertad», en *Diario Reforma*, 18 de febrero de 2012, pp. 1-2.

(72) La *libertad preparatoria* o libertad condicional, según la doctrina y legislación mexicana, constituye un *beneficio penitenciario* (art. 36 LESPRSDF). La doctrina ha advertido que la institución de la *libertad preparatoria* viene a constituir lo que se conoce hoy como la libertad condicional. Vid. BERNALDO DE QUIRÓS, C., *Leciones de Derecho penitenciario*, México D. F., 1953, p. 215; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho...*, II, *ob. cit.*, p. 1242.

la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada). No obstante, se establece una excepción, respecto de aquellos internos que colaboren en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada. En consecuencia, estos últimos, sí podrían acceder a estas medidas de prelibertad, previa valoración, claro está, del Juez.

Adicionalmente, según el artículo 19 de la Ley General para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro (reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) (73), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2010, quienes cumplan una sentencia por los delitos que recoge la citada Ley, no podrán acceder a la *libertad preparatoria*. No obstante, al igual que la Ley anterior, quienes colaboren proporcionando datos fehacientes o suficientes elementos de convicción a la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada o de bandas de personas dedicadas a la comisión de delitos en materia de secuestros y para la localización y liberación de las víctimas conforme al Código Penal Federal y la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, tendrán derecho a la *libertad preparatoria*, siempre que concurren todas las condiciones que a continuación se enuncian: *a)* Respecto de los delitos sancionados con una pena que no exceda de cuatro años de prisión; *b)* El sentenciado acepte voluntariamente la colocación de un dispositivo de localización por el tiempo que falte cumplir la pena de prisión y pague el costo de su operación y mantenimiento; *c)* El sentenciado sea primodelincuente; *d)* En su caso, cubra la totalidad de la reparación del daño o de manera proporcional, cuando haya sido condenado en forma solidaria y mancomunada y sea determinada dicha reparación; *e)* Cuenten con una persona conocida que se comprometa y garantice a la autoridad penitenciaria el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el sentenciado; *f)* Compruebe fehacientemente contar con un oficio, arte o profesión o exhiba las constancias adecuadas que acrediten que continuará estudiando; *g)* Cuenten con fiador, y *h)* Se obligue a no molestar a la víctima y a los testigos que depusieron en su contra, así como a sus parientes o personas vinculadas a éstos.

(73) Esta Ley fue aprobada por el Senado de la República de México con 353 votos a favor, 4 en contra y 8 abstenciones. Para mayor información al respecto. Vid. MARTÍNEZ BARRERA, V., «Aprueban Ley Federal contra el secuestro», en *Foro Jurídico*, núm. 86, noviembre, 2010, pp. 44 ss.

En cuanto a los *permisos de salida* (74) en México, los artículos 43 y 44 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (75), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 1996, los internos sentenciados, por los delitos que se recogen en esta normativa (art. 2) no podrán acceder al tratamiento preliberacional. En consecuencia, si los *permisos de salida* forman parte de éste tratamiento, tampoco serán materia de concesión. Sin embargo, el primero de los preceptos señalados, establece una excepción: «salvo que se trate de quienes colaboren con la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada». Por consiguiente, quienes colaboren para tal investigación podrán ser acreedores de los *permisos de salida*.

Si bien en Nicaragua no se restringe totalmente la concesión de la *libertad condicional* [normalmente se otorga esta figura penitenciaria tras el cumplimiento de las 2/3 partes de efectiva prisión, cuando con-

(74) Los orígenes de esta institución se remontan a los primeros permisos concedidos a los detenidos por graves razones familiares. Estos fueron otorgados en el Palacio Negro de Lecumberri, a pesar del silencio del Reglamento federal mexicano de 1902. En ese sentido, la incardinación de esta figura en el Reglamento de los Reclusorios del Distrito Federal de 1979 (hoy derogado) respondió a «una modalidad de tratamiento, es decir como instrumento para facilitar los contactos del detenido con el mundo exterior y principalmente con su familia». Cfr. OJEDA VELÁZQUEZ, J., *Derecho de Ejecución de Penas*, Porrúa, México, D. F., 1985, p. 226. Asimismo, se introdujo esta figura en el Código penal de 1931, como parte del sistema progresivo, al conceder permisos y salidas diurnas a los internos próximos a alcanzar el cumplimiento de su condena. Vid. COCA MUÑOZ, J., «El sistema penitenciario mexicano: a un paso del colapso», en *Ius*, núm. 19, enero, 2007, p. 177. Ahora bien, a través de los *permisos de salida*, según la doctrina mexicana, se potencian los contactos del interno con el mundo exterior. En consecuencia, se entiende que esta finalidad, se encuentra directamente relacionada con «el fin primario que impregna a las instituciones penitenciarias mexicanas, el relativo a la resocialización». Cfr. ZARAGOZA HUERTA, J., *El sistema penitenciario mexicano*, Elsa G. de Lezcano, México D.F., 2009, p. 143. En el mismo sentido, Vid. ZARAGOZA HUERTA, J./BARBA ÁLVAREZ, R./LÓPEZ MARTÍNEZ, C., «Los derechos humanos en el ámbito carcelario mexicano», en *El mundo del abogado*, núm. 127, noviembre, 2009, p. 13; ZARAGOZA HUERTA, J., *El nuevo sistema penitenciario mexicano. De la justicia retributiva a la justicia restaurativa*, Tirant lo Blanch, México D.F., 2012, p. 179.

(75) Sobre esta Ley, algún autor ha mostrado su indignación, ya que según su postura, se recoge postulados del Derecho penal del enemigo para fundamentar la restricción de los permisos de salida, del tratamiento preliberacional, entre otros. Vid. RIVERO LAGARRETA, J., «El derecho penal del enemigo en las leyes mexicanas», en *El mundo del abogado*, núm. 126, octubre 2009, pp. 36 ss. Asimismo, bajo la misma denuncia, Vid. MENDOZA BREMAUNTZ, E., «El régimen progresivo técnico en el penitenciarismo mexicano del año 2006», en *Criminogénesis*, núm. 0, julio, 2007, pp. 155 ss.; la misma, «El Juez de ejecución penal o vigilancia penitenciaria. Una figura nueva en el sistema jurídico mexicano», en *Criminogénesis*, núm. 6, marzo 2010, p. 172.

curran las circunstancias del Código Penal (76)] en delitos de terrorismo, secuestro extorsivo, tráfico y extracción de órganos y tejidos humanos, tráfico de migrantes ilegales, delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas exceptuando el delito tipificado de tenencia en el Código Penal, lavado de dinero bienes o activos, tráfico ilícito de armas, fabricación, tráfico, tenencia y uso de armas restringidas, sustancias o artefactos explosivos, tráfico ilícito de vehículos, crimen organizado, su otorgamiento está condicionado al cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes de la pena efectiva de prisión (art. 16 de la Ley núm. 745 (Ley de Ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal publicada en el Gaceta Oficial en Managua el 26 de enero de 2011).

Como apartado más detenido, se abordará la restricción de los beneficios en el Perú, con una mayor extensión por tratarse de mi país de origen. En este país se ha vivido y se sigue viviendo una suerte de obsesión, de restricción desenfadada en el acceso a los beneficios penitenciarios (77) respecto a los delitos materia de estudio, bajo argumentos de lucha contra el crimen organizado y de preeminencia de la seguridad ciudadana (78). Los años de las décadas de los 80 y 90

(76) Según el artículo 108 del Código Penal de Nicaragua se concederá la libertad condicional al contado «a la pena de prisión más de cinco años, que haya cumplido las dos terceras partes de su condena y al condenado a la pena de presidio por más de nueve años, que haya cumplido las tres cuartas partes de condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el respectivo establecimiento carcelario, y sus antecedentes de todo orden, permitan al juez presumir fundadamente que ha dejado de ser peligroso para la sociedad y que no volverá a delinquir».

(77) El Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo núm. 654, publicado en el Diario oficial *El Peruano*, el 2 de agosto de 1991) recoge taxativamente el catálogo de estas medidas atenuatorias de la pena privativa de la libertad, en el Capítulo IV, bajo la rúbrica *Beneficios Penitenciarios*. El artículo 42, señala los siguientes beneficios: a) Permiso de salida; b) Redención de la pena por el trabajo y la educación; c) Semilibertad; d) Libertad Condicional; e) Visita íntima; f) Otros beneficios.

(78) Actualmente, el Presidente de Consejo de Ministros del Perú, ha convocado, como parte de la agenda política, a sendas reuniones no solo con los poderes del Estado, sino también con empresarios del sector local para afrontar el flagelo del crimen organizado que se está viviendo en los últimos años en el Perú, con el propósito de lograr un pacto de seguridad nacional. Para mayor información, *Vid.* <http://190.12.76.211/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido&id=11599>, consultado el 10 de mayo de 2013. Asimismo, en otra de las reuniones, la Presidencia de Consejo de Ministros acordó garantizar la integridad de los jueces y fiscales en la «lucha contra el crimen organizado» y a fin de tener una única base de datos de criminalidad, el Ejecutivo creó el comité estadístico interinstitucional que homologará la información que manejan el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía Nacional, el Ministerio de Justicia, el Instituto Nacional Penitenciario (Inpe) y el Instituto Nacional de Estadística e Informática en esta materia. *Vid.* <http://190.12.76.211/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido>

fueron el escenario, el contexto en el que el país andino sufrió la presencia, desarrollo y actividad de grupos terroristas como Sendero Luminoso, cuya figura representativa recae en Abimael Guzmán, más conocido como el «Presidente Gonzalo» entre los miembros de su organización. Para hacer frente a este grupo terrorista y a su principal cabecilla, el Estado desplegó una serie de acciones, lo que a la postre provocaron un conflicto armado interno y una violación sistemática de los Derechos Humanos. Tras la eliminación o relevante disminución del terrorismo, tal como lo anunciaran el otrora Presidente del Perú, Alberto Fujimori Fujimori, y su principal asesor, Vladimiro Montesinos Torres, una de las medidas adoptadas fue la restricción progresiva de los *beneficios penitenciarios* para estos cruentos delitos. Así, con la promulgación del Código de Ejecución Penal de 1991, se restringió el acceso al beneficio penitenciario de *redención de penas por el trabajo y la educación* para los condenados por delito de terrorismo. Posteriormente, a través del Decreto Legislativo núm. 927, de fecha 20 de febrero de 2003, se limita la concesión de los beneficios penitenciarios para el delito de terrorismo, esto es, se establece el denominado 7×1 , es decir, el penado puede redimir un día de pena por siete días de trabajo o de estudio, eliminándose la *semilibertad* (79) y la *libertad condicional*. Empero, el culmen de esta vulneración se presenta a través de la Ley núm. 29492, de fecha 14 de octubre de 2009, que derogaba el Decreto Legislativo núm. 927 y suprime los beneficios penitenciarios de *redención de penas y libertad condicio-*

&id=11613, consultado el 10 de mayo de 2013. Por otro lado, el Fiscal de la Nación, José Antonio Peláez Bardales, precisó en el programa de televisión Los Fiscales que la institución que lidera trabaja denodadamente para enfrentar la inseguridad ciudadana, a través de una serie de actividades en materia de prevención, persecución estratégica del delito, y contra la delincuencia organizada; prueba de ello es que, de enero del 2012 a la fecha, se han desarticulado 24 organizaciones criminales a nivel nacional gracias a las investigaciones de los fiscales en coordinación de la Policía Nacional del Perú. «La labor del Ministerio Público también se centra en la prevención, por tal razón lleva adelante cinco programas estratégicos que permiten acercarnos a la ciudadanía. Vid. <http://190.12.76.211/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido&id=11623>, consultado el 10 de mayo de 2013.

(79) La semilibertad, según la doctrina peruana, es un mecanismo de pre-libertad, concedido por el Órgano Jurisdiccional competente, teniendo en cuenta la buena conducta observada por el interno sentenciado durante su permanencia en el establecimiento penal, en razón de la favorable evolución lograda dentro del tratamiento adoptado para su rehabilitación y posterior reinserción a la sociedad, donde su concesión está condicionado a reglas de conducta, cuyo incumplimiento trae como consecuencia la revocatoria. Vid. SOLÍS ESPINOZA, A., *Ciencia Penitenciaria y Derecho de Ejecución Penal*, 5.ª ed., Editores ByB, Lima, 1999, pp. 298 ss.; SMALL ARANA, G., *Situación carcelaria en el Perú y beneficios penitenciarios*, Grijley, Lima, 2006, pp. 122 ss.

nal para los delitos de terrorismo. No obstante, se debe tener en cuenta que dicha restricción no alcanza a todos los beneficios penitenciarios sino solamente a la *redención de penas por el trabajo y el estudio* y a la *libertad condicional*, quedando a discreción del Director del establecimiento penitenciario la concesión del *permiso de salida* y la *visita íntima*.

Asimismo, el pasado 6 de diciembre de 2011, en el VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, a través del Acuerdo Plenario núm. 8-2011/CJ-116, se estableció como doctrina legal el criterio por el cual se justifica la restricción de los beneficios penitenciarios en delitos de terrorismo y criminalidad organizada. Si bien el principio que rige el sistema de penas en el Perú, es el de prevención especial positiva, no debemos desconocer, *en cuanto tienen de válido y positivo*, el papel complementario de las finalidades de advertencia e intimidación sobre la colectividad, que recogen las tesis preventivo-generales – y tal como resalta el acuerdo señalado -, siempre y cuando se encuentren dentro de los límites compatibles con el principio de *proporcionalidad* (80). A tal respecto, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú a través del Recurso de Nulidad núm. 3437-2009-Callao, de fecha 19 de abril de 2010, en su fundamento jurídico núm. 6, ha señalado el rol predominante de la prevención especial positiva, así como el papel complementario de los fines de la pena con estos términos: «(...) el primer paso de la determinación e individualización de la pena implica tomar partido acerca del fundamento y sentido de la pena estatal; así, la teoría de la pena permite establecer *la razón y la finalidad* de la sanción jurídico-penal y su aplicación al caso concreto, al imprimir a la legislación, y a la aplicación y ejecución de la pena, una determinada orientación, que debe ponderar la defensa de la sociedad y la protección de la persona humana; la pena *debe cumplir un fin eminentemente preventivo dentro de la sociedad, facilitando la reconciliación normativa del autor con el orden jurídico, afianzando el respeto de las normas por parte de los ciudadanos; es decir, que junto a los fines preventivo-generales positivos, la pena estatal debe buscar un efecto preventivo-especial positivo con el fin de incidir favorablemente en la personalidad del infractor, y cuando esto no fuera posible debe evitar que la pena deso-*

(80) El principio de proporcionalidad ha sido recogido por el fundamento jurídico núm. 6 de este acuerdo plenario, como de relevante configuración y eje rector del principio preventivo especial que guía la ejecución de las penas privativas de libertad, y que propende una ejecución no desocializadora de las mismas, esto es lo que se ha denominado «concepto constructivo de ejecución de sentencias penales».

cialice o empeore la situación del culpable. Todo ello supone entender que la pena estatal genera efectos sociales positivos en la medida que respeta y se mantiene dentro de los límites del principio de proporcionalidad» (81).

Con el ánimo de seguir la hoja de ruta «lucha contra el crimen organizado» emprendida por cada gobierno de turno, se continúa emitiendo leyes en el Perú. Así, según el Decreto Legislativo núm. 1106 «De lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado» publicado en el diario oficial «El Peruano» el 16 de abril de 2012, no se otorgarán los beneficios penitenciarios de *redención de la pena por el trabajo y estudio, semilibertad y libertad condicional* a quienes incurran en la agravante contemplada en el segundo párrafo del artículo 4, cuyo contenido es como sigue «(...) la pena será privativa de la libertad no menor de 25 años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas» (art. 11 del DL citado).

En los últimos meses del presente año, la «*legislación motorizada*» (82) se puede vislumbrar a través de los sendos proyectos de ley que emiten los congresistas adscritos a diversos partidos políticos. A finales del año pasado, el 14 de diciembre de 2012, se presentó el Proyecto de Ley Penal contra el Crimen Organizado (83) núm. 1833/2012.PE, firmado por el Presidente de la República del Perú, Ollanta Humala Tasso y por el Presidente del Consejo de Ministros, Juan Federico Jiménez Mayor ante el Congreso de la República, el mismo que ha sido modificado por el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República (Periodo anual de sesiones 2012-2013) presentado ante el Congreso el 17 de mayo de los corrientes, en el que se estableció la restricción de los beneficios penitenciarios de *redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y libertad condicional* a agentes que actúen como líder, jefe o cabecilla o ejerza funciones de administración, dirección, supervisión o financiación de la organización criminal. Asimismo, el Dictamen señalado amplía la restricción de los beneficios penitenciarios señalados al agente que en condición de integrante de

(81) La cursiva es nuestra.

(82) Aun refiriéndose a la reforma del Código penal del año 2003 que, sobre similares parámetros político-criminales, tuvo lugar en España. Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., «La Ley de cumplimiento íntegro...», *ob. cit.*, p. 1.

(83) La exposición de motivos de este Proyecto Ley señala que la emisión de esta Ley no se respalda en teorías o construcciones dogmáticas del Derecho penal del enemigo sino en una respuesta del legislador ante un fenómeno gravoso que amenaza en socavar las bases mismas del Estado de Derecho.

la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, atenta contra la integridad física o psicológica de menores de edad u otros inimputables. Tampoco podrán acceder los demás integrantes de la organización criminal, cuando el delito esté relacionado al homicidio calificado, secuestro, trata de personas, robo agravado y extorsión y aquellos que hayan intervenido en actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia (art. 1 y 2 del Decreto Legislativo núm. 1106) respecto a dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conocen o deberían presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso.

El 1 de abril de 2013 se presentó el Proyecto de Ley núm. 2057/2012-CR, por el Congresista Víctor Isla Rojas perteneciente al Grupo Parlamentario Gana Perú, en el que se propuso la eliminación de los beneficios penitenciarios de *redención de la pena por el trabajo y la educación, la semilibertad, la libertad condicional e indulto* para delitos de trata de personas (art. 153 del CP). Asimismo, propone la restricción de la *semilibertad y libertad condicional* para delitos de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas (art. 296 del CP); formas agravadas del TID (art. 297 CP); consumo involuntario de droga (art. 301 del CP); instigación al consumo de droga (art. 302 CP). La exposición de motivos de este Proyecto Ley se respalda en la política penal predominante que proclama una defensa de la sociedad y de la seguridad ciudadana, cuyas características principales son: el protagonismo de la delincuencia clásica, la prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana, y el populismo y la politización del derecho penal, lo que justifica, según sus términos, la restricción de los beneficios penitenciarios para determinados delinquentes que no logran resocializarse. En el mismo sentido se ha basado la exposición de motivos del Proyecto Ley que introduce criterios de política criminal en la persecución de delitos de cuello blanco, presentado el 10 de mayo de 2013 por el grupo parlamentario Acción Popular-Frente Amplio compuesto por los congresistas Mávila León, Rosa Delsa, Lescano Ancieta, Guevara Amasifuen, Inga Vázquez, Mendoza Frisch, Rimarachin Cabrera. Los citados congresistas aseguran que «la experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata de la realidad y los conflictos sociales han pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de configurar las leyes penales y pugna por serlo también en la aplicación legal. Las fuerzas políticas de todo espectro ideológico han entendido la inigualable posibilidad de obtener réditos políticos: establecer una relación entre las demandas populares y la configuración del Derecho penal a través de la aceleración del tiempo

legiferante y la irrelevancia, cuando no la eliminación, del debate parlamentario e, incluso, del gubernamental».

Con anterioridad, el 29 de abril de 2013 se presentó el Proyecto Ley núm. 2155/2012-CR, por el Congresista José León Rivera (Presidente de la Comisión Especial Multipartidaria de Seguridad Ciudadana del Congreso de la República del Perú), en el que la *redención de la pena mediante el trabajo y la educación* se ejecuta a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio para delitos de trata de personas. En el caso de reincidentes y habituales de estos delitos, *la redención de la pena por el trabajo y estudio* opera a razón de un día de pena por siete días de trabajo o estudio. Su exposición de motivos también se basa en el modelo de seguridad ciudadana expuesta en los demás Proyectos de Ley, con los siguientes términos: «En épocas de inseguridad ciudadana como la presente se tolera por la sociedad una más grave injerencia en los bienes jurídicos del infractor. Por ello se toleran penas tan graves como la cadena perpetua. La injerencia en los bienes jurídicos del infractor se hace necesaria a fin de mantener el sentimiento de seguridad ciudadana y neutralizar la alarma social producida por el delito. Sin embargo, a pesar que el legislador nacional ha acudido a penas severas produciendo una mayor intervención en los bienes jurídicos del infractor no ha podido evitar que éstos ataquen bienes jurídicos fundamentales, sobre todo aquellos que califican como reincidentes, por lo que se hace necesario que el Estado restrinja los beneficios penitenciarios a fin de generar en ellos un mayor tiempo de rehabilitación». En mayo de los corrientes, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos que preside la congresista María Soledad Pérez Tello adscrita al partido político Alianza por el Gran Cambio, aprobó el proyecto de ley que fija las reglas para la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos relacionados al crimen organizado y endurece las penas hasta 35 años de prisión. Según el proyecto los delitos cometidos por una organización criminal no tendrán beneficios penitenciarios como la *redención de la pena por el trabajo y educación, semilibertad y liberación condicional*.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional del Perú a través de la Sentencia núm. 0010-2002-AI/TC, de fecha 03 de enero de 2003, deja entrever la justificación, respecto a la prohibición que el legislador había efectuado para no conceder beneficios penitenciarios por delitos de terrorismo, negando toda posibilidad de vulneración al *principio constitucional de igualdad ante la ley*. Así lo estableció el TC con los siguientes términos: «no se considera que la no concesión de los beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo infrinja per se el *principio de igualdad*, toda vez que se

justifican en atención a la *especial gravedad del delito* en cuestión y a los bienes de orden público constitucional que con su dictado se persiguen proteger». De lo antes citado, se puede colegir a la *igualdad* como un principio, en su sentido *material y no como un derecho* (84), es decir, igualdad dentro del marco estricto de la ley, permitiendo otorgar distintos beneficios penitenciarios en función de la naturaleza del delito. Asimismo, el Tribunal Constitucional, a través del fundamento jurídico núm. 82 de la Sentencia núm. 00033-2007-PI/TC de 13 de febrero de 2009, ha justificado la vulneración del principio-derecho de igualdad, *que ha generado la restricción de los beneficios*, con la amenaza que ha suscitado el desarrollo de determinados delitos. A tal respecto, ha señalado lo siguiente: «(...) la afectación o intervención del Principio derecho de igualdad (leve) que genera la exclusión del otorgamiento de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional a un grupo de internos (...), tiene como fin constitucional relevante la obligación que tiene el Estado de garantizar la protección de la población de las amenazas contra su seguridad (...)». Si bien el Tribunal Constitucional del Perú ha tratado de fundamentar tal restricción, lo cierto es que el argumento de lesividad social de los actos terroristas, o de los de crimen organizado, no tiene por qué tener una consecuencia inmediata en la concesión o no de beneficios penitenciarios para los que cumplen condena para estos delitos. De ser así, se estaría dando un salto lógico que se trasladaría de la consideración del hecho lesivo ocurrido (Derecho penal del acto), hacia la personalidad

(84) El Tribunal Constitucional del Perú, en las STC núm. 0045-2004-PI, (fundamento jurídico 20.º); STC núm. 0004-2006-PI/TC (fundamento jurídico 116.º); STC núm. 00033-2007-PI (fundamento jurídico 57.º), de fecha 13 de febrero de 2009; STC núm. 00033-2010-PI/TC, de fecha 10 de abril del 2012 (fundamento jurídico 8.º), ha elaborado un concepto propio sobre la *igualdad* desde una doble perspectiva (como *derecho y principio*), basándose en el siguiente razonamiento: «(...) la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto *principio*, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto *derecho fundamental*, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras («motivo» «de cualquier otra índole») que, jurídicamente, resulten relevantes. En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquél, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares) será la prohibición de discriminación. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de *intervención* en el mandato de igualdad (...)»

del agente (Derecho penal de autor), a quien se le considera *a priori* como peligroso, negándole toda posibilidad de acceder a los beneficios penitenciarios. Esta crítica se conecta con una de índole político-criminal de tolerancia cero (85), pues la consideración de tal peligrosidad se hace a partir de una supuesta zozobra provocada en la población por el actuar delictivo de *estos delincuentes* (86).

Ahora bien, en términos comparativos, el argumento de lesividad social de la acción por estos delitos, se desvanece por sí mismo, si verificamos que efectivamente en la sociedad peruana, son perpetrados delitos de mayor incidencia en su regularidad y su magnitud de zozobra real. No obstante, no son tratados con el mismo rigor penitenciario. Por ejemplo, para el delito de *homicidio simple o calificado*, se aplica la regla general –*sin ninguna variación hasta el momento*– y sigue operando el mecanismo del 2×1 para efectos de *redención de pena*, concediendo la *semilibertad* y la *liberación condicional* al cumplirse la tercera parte y mitad de la condena respectivamente. Por consiguiente, creemos que, si con delitos de mayor lesividad objetiva y con mayor generación de inseguridad objetiva y regularidad en ascenso, no se aplican medidas restrictivas de los beneficios penitenciarios, ello obedece a una consideración adicional, *en delitos de terrorismo y criminalidad organizada*, de índole ideológica, que va en contra no solo del principio de igualdad, sino de los fines de la pena y del tratamiento penitenciario en general. En todo caso, si el legislador planea endurecer las sanciones para estos delitos, tal como se ha enunciado *supra*, estas deben ser planteadas en el nivel abstracto de los marcos punitivos, pero no en una negación de análisis individual propio del tratamiento penitenciario. Máxime, si en la experiencia no se ha demostrado que el incremento de la pena conlleve una reducción de la criminalidad.

El desencadenamiento de delitos que generan una mayor conmoción social en Venezuela (87) ha sido la causa para que el legislador

(85) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A., «La Ley de cumplimiento íntegro...», *ob. cit.*, p. 2.

(86) Efectivamente, las reacciones emotivas de la sociedad provocadas por sensaciones de inseguridad, han sido sosegadas con la creación de estas previsiones legislativas. Por consiguiente, se denota un claro predominio del simbolismo de la norma penal por encima de su eficacia. Vid. MESTRE DELGADO, E., «La reforma permanente...», *ob. cit.*, p. 14.

(87) Tanto en la Ley de Régimen Penitenciario, publicada en la Gaceta Oficial el 19 de junio de 2000 (en adelante LRP) como el Código Orgánico Procesal Penal, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela el 15 de junio de 2012 y que entró en vigencia el 1 de enero de 2013 (en adelante COPP), recogen una serie de medidas que las titulan bajo la rúbrica *fórmulas alternas de cumplimiento de condena*. Dentro de estas medidas, las instituciones que encajan dentro de nuestro con-

determine –a excepción de los requisitos establecidos para cada fórmula alternativa– el cumplimiento efectivo de las $\frac{3}{4}$ partes de la pena impuesta al penado para el otorgamiento de beneficios de *trabajo fuera del establecimiento* (88), *destino a régimen abierto y libertad condicional* (89), cuyas sentencias hayan sido consecuencia de la perpetración de los siguientes delitos relacionados al crimen organizado: homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra (Párrafo 2.º del art. 488 COPP). Asimismo no se concederá el beneficio del *indulto* a la autoridad pública, sea civil o militar que ilegítimamente prive de libertad a una persona ni a los miembros de una organización criminal que desaparezcan a una persona mediante plagio o secuestro (art. 181-A CP).

Para mitigar la ola de criminalidad, el legislador venezolano no solo ha creído conveniente agravar los marcos abstractos de la pena, sino también, restringir los beneficios penitenciarios para determinados delitos, como si se tratara de la mejor solución al fenómeno actual y que lamentablemente, todos los países sin excepción la vienen apli-

cepto de *beneficios penitenciarios* son las siguientes: el indulto, la redención de penas por el trabajo, destino a régimen abierto, destacamento de trabajo, salidas transitorias hasta 48 horas, libertad condicional.

(88) Según la normativa penitenciaria, esta institución penitenciaria consiste en el trabajo que desempeñará el interno fuera de los muros de la prisión. Se les organizará en grupos y serán destinados a trabajar en obras públicas o privadas en las mismas condiciones que los trabajadores libres, *bajo la dirección y vigilancia de personal de los servicios penitenciarios*. También se conoce a esta fórmula alterna de cumplimiento de condena con el nombre de *Destacamento de trabajo* (arts. 66 y 67 del LRP y 488 del COPP).

(89) A diferencia de otros ordenamientos, la *libertad condicional* en Venezuela, también se concede bajo motivos humanitarios. Por ejemplo, el artículo 491 del COPP dispone que si el interno padeciera una enfermedad grave o estuviere en fase terminal podrá acceder a esta figura penitenciaria –*previo diagnóstico de un especialista, debidamente certificado por el médico forense o medida forense*–. No obstante, si recuperara la salud o mejorara notablemente, continuará el cumplimiento de la condena en prisión. Esta modalidad de concesión, bajo tintes humanitarios, se entiende que prescinde de la primera modalidad de acceso: *cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes de la pena impuesta*. Máxime, si el artículo siguiente (492 COPP), se limita a la exigibilidad de la verificación del cumplimiento de los *requisitos señalados*, entendiéndose como tales a la enfermedad grave o en fase terminal debidamente certificada, sin que incluya el cumplimiento de los $\frac{3}{4}$ de condena impuesta.

cando. Sin embargo, reiteramos incisivamente que no compartimos estas decisiones por dos motivos esenciales: a) por ser vulneradoras de los derechos fundamentales del interno: *derecho a la igualdad*; b) negación a priori del fundamento constitucional que orienta las penas: prevención especial positiva o resocialización de los penados.

5. CONCLUSIONES

Si bien el crimen organizado ha traspasado fronteras generando alarma social o cierta sensación de miedo en la seguridad ciudadana, las herramientas o mecanismos, para hacer frente a esta ola expansiva debieran estar al mismo nivel o en estándares superiores para desarticular, eliminar o erradicar las redes criminales. No obstante, como si fuera la mejor solución, los gobiernos de turno respaldados por una injerencia mediática desmedida, justifican su proceder (demagogia punitiva) a través de la prevención general como oriente de las penas, esto es, no solo ampliando los marcos abstractos de la norma penal, sino también ha actuado en el ámbito de su ejecución restringiendo beneficios penitenciarios para estos delitos.

Empero, creemos firmemente que la solución posible se debiera canalizar a través de una correcta política estatal (una suerte de prevención especial de primer orden, que esté destinada en fortalecer los cimientos de la prevención penal), léase fortalecer las bases educativas y formativo-laborales de la sociedad, en favor del respeto a las leyes. Consolidada esta, fácilmente se encausaría la prevención especial de segundo orden (ya a nivel de la norma penal y penitenciaria). Sin duda, se necesita una respuesta del Derecho penal, pero no parece la solución para reducir los índices de criminalidad organizada; por ello, a través de políticas sociales se debe asegurar derechos mínimos vitales, tales como la educación, empleo, alimentación, vivienda, etc., para que una persona no se sienta excluida de la sociedad y por ende se refugie y se adhiera a organizaciones criminales, por cuanto dentro de ella se le ofrezcan mayores beneficios.

Por otro lado, les sobran razones a los expertos en seguridad ciudadana al señalar que se utiliza al crimen organizado como una «suerte de amenaza mayor para minimizar otra serie de problemas y otros déficits en la tramitación de los problemas de la seguridad». Precisamente este es uno de los principales argumentos que los gobernantes han tomado para hacer demagogia punitiva y calmar el sentimiento vindicativo de la población iberoamericana. A ello se suma el problema de la información, esto es, la inexistencia de datos vinculados

al delito organizado, ni del número de personas procesadas, ni de bienes incautados, ni de redes asociadas eventualmente (90).

En cualquier caso, discrepamos con la restricción de los beneficios penitenciarios para esta clase de delitos como resultado de aplicar políticas de tolerancia cero para los autores pertenecientes al crimen organizado en sus diferentes manifestaciones, no solo porque vulnera el derecho fundamental a la igualdad consagrada en las constituciones iberoamericanas sino porque también se les niega *a priori* la posibilidad de resocializarse. El mensaje que se transmite al interno para esta clase de delitos es claro: *no te concedo los beneficios penitenciarios porque posees una vocación de ruptura con el orden establecido, porque has socavado las instituciones del Estado Social y Democrático de Derecho, porque eres incapaz de reconciliarte con el mismo. En suma, porque eres incapaz de resocializarte*. Cuando el legislador aplica tales políticas y medidas irreflexivas y de emergencia, pareciera desconocer el fin orientador de las penas denominado desde el prisma constitucional (91) como *resocialización* o en terminología penal como *prevención especial positiva*.

Bajo esta misma línea argumentativa, consideramos que la tesis de lesividad social de los delitos de crimen organizado, no tiene por qué tener una consecuencia inmediata en la concesión o no de beneficios penitenciarios. De ser así, se estaría dando un salto lógico que se trasladaría de la consideración del hecho lesivo ocurrido (Derecho penal del acto), hacia la personalidad del agente (Derecho penal de autor), a quien, según su vocación de ruptura con el orden establecido, se le

(90) Vid. DAMMERT, L., «Seguridad democrática: De las propuestas a...», *ob. cit.*, p. 3.

(91) Por ejemplo, la Constitución española de 1978, en su artículo 25.2, prevé a la *reeducación* y la *reinserción social* como fin de la pena de privación de libertad, es decir la *prevención especial* y *tratamiento*. No solo esta normativa constitucional la recoge en sus máximas fundamentales, sino también la Ley General Penitenciaria de 1979, en sus artículos 1 y 59.1, consolida armónicamente lo que la Carta Magna ha prescrito. Siendo ello así, en el primero de sus artículos, señala a la *reeducación* y la *reinserción social* como fin primordial del Derecho de ejecución penal, y en la norma siguiente establece, que el *tratamiento penitenciario* está dirigido a la consecución de la *reeducación* y *reinserción penal de los penados*. Por consiguiente, concluimos que en los preceptos legales, desde la Constitución hasta la específica norma penitenciaria, destacan la finalidad resocializadora de las penas y las medidas de privación de la libertad, y por ende hacen suya la *prevención especial positiva* como finalidad primordial de la pena, a pesar que con la promulgación de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, se haya limitado con fundamentos de naturaleza contraria a las de *prevención especial*, pues resquebraja el sistema penitenciario de individualización científica, siendo que con la negación del acceso a los beneficios penitenciarios para determinados delitos, le niegan *a priori* al delincuente la posibilidad de su *resocialización*.

estaría negando toda posibilidad de acceder a los beneficios penitenciarios en cualquiera de sus manifestaciones.

Finalmente, consideramos que en el conflicto seguridad ciudadana *vs* derechos fundamentales de los internos, se está dando mayor importancia al primero de ellos, toda vez que en la experiencia iberoamericana se están implementando políticas de seguridad ciudadana sin respetar tales derechos. Empero, desde mi punto de vista debiera mantenerse un equilibrio en dicho conflicto sin vulnerar, por supuesto, los derechos fundamentales de los internos. Si bien ante la amenaza de la seguridad ciudadana se exige una reacción oportuna del Estado, este debiera actuar dentro de los límites establecidos. No obstante, en la praxis la aplicación de estas políticas urgentes ha sido producto de la falta de control de la situación en la que prevalece una dinámica represiva y custodial. Este hecho lamentable se está apoderando del sistema en lugares y ordenamientos varios. Experiencias como las de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Honduras, México, Nicaragua, Perú y Venezuela están restringiendo en sus legislaciones los instrumentos normativos (beneficios penitenciarios) para delitos de crimen organizado, sin advertir que los mismos forman parte del sistema progresivo (en Latinoamérica) o de individualización científica (en España); y constituyen, a su vez, un acicate para que los internos puedan activar los resortes de su voluntad al trabajar o estudiar y, por ende, mantener el orden dentro de las prisiones. En suma, con tal restricción lejos de hacer «frente a la lucha contra la criminalidad», se está negando la eficacia de sus instituciones y por ende del sistema penal entendido desde una visión omnicompreensiva (Derecho penal material, procesal y de ejecución penal).

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho

Abogada

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 15

Torturas y tratos degradantes

«El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que las acusaciones de malos tratos deben estar apoyadas por elementos de prueba apropiados (STEDH de 22 de septiembre de 1993, Klaas c. Alemania) y para el establecimiento de los hechos, se sirve del criterio de la prueba más allá de toda duda razonable, pudiendo dicha prueba resultar de una serie de indicios o presunciones no refutadas, suficientemente graves, precisas y concordantes (SSTEDH de 18 enero de 1978, Irlanda c. Reino Unido y de 8 de noviembre de 2011, Halat c. Turquía).

(.../...)

Examinados los rasgos esenciales de los criterios jurisprudenciales que subyacen en las denuncias por torturas y a fin de valorar su posible comisión, tanto en la jurisprudencia constitucional como en la dimanante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los reconocimientos médicos efectuados desde que se produce la detención constituyen un elemento especialmente relevante para aportar una explicación plausible para dichas heridas y, en tal sentido, “un examen médico, junto con el derecho de acceso a la asistencia letrada y el derecho a informar a un tercero de la detención, constituyen salvaguardas fundamentales ante el maltrato de las personas detenidas que pueden ser aplicadas desde el primer momento de la privación de libertad” (en SSTEDH de 18 de septiembre de 2008, Türkan c. Turquía y 13 de julio de 2010, Parnov c. Moldavia), añadiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que “el pronto examen forense era crucial debido a que los signos de lesión podrían desaparecer en poco tiempo, dando como resultado la pérdida parcial o completa de pruebas antes de que se realizara el examen forense”. (STEDH de 17 abril 2012, Rizvanov c. Azerbaijan, § 47)».

(STC 182/2012, de 17 de octubre. Recurso de amparo núm. 3787/2011. Ponente: D. Juan José González Rivas. «BOE» de 14-11-2012)

ARTÍCULO 17.1

Derecho a la libertad. Fundamento de la prórroga de la prisión provisional.

«El fundamento jurídico 4 de la STC 179/2005, de 4 de julio, ha sintetizado esta doctrina: “En concreto —afirma—, no debemos olvidar a la hora de realizar dicho examen que, desde la STC 128/1995, de 26 de julio, este Tribunal ha venido señalando que la medida cautelar consistente en el ingreso en prisión provisional es de naturaleza excepcional” [en este mismo sentido, entre otras, SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6 a); 62/1996, de 15 de abril, FJ 5; y 66/1997, de 7 de abril, FJ 4 b)], así como que la legitimidad constitucional de la prisión provisional, en tanto que decisión limitativa del derecho a la libertad adoptada dentro de un proceso penal, exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y, como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la misma (por todas, SSTC 60/2001, de 26 de febrero, FJ 3, y 138/2002, de 3 de junio, FJ 4).

Por lo que se refiere a los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional, también desde la STC 128/1995 hemos venido afirmando que están vinculados con la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal en el que se adopta la medida, especialmente el de asegurar la presencia del imputado en el juicio y el de evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo [STC 23/2002, de 28 de enero, FJ 3 a)].

(.../...) lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena, o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas consistentes en la declaración de los imputados u otras (vid., entre otras muchas: SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 147/2000, de 29 de mayo, FJ 3; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 28/2001, de 29 de enero, FJ 3; 8/2002, de 14 de enero, FJ 4; 98/2002, de 29 de abril, FJ 3).

(.../...) requiere que tal medida de prisión provisional sea idónea y necesaria para la consecución de los fines constitucionalmente legítimos enunciados, en abstracto, y que, además, su adopción en el caso concreto contenga la motivación reforzada que resulta exigible cuando está en cuestión un derecho fundamental como el consagrado en el artículo 17.1 CE (STC 179/2005)».

(STC 140/2012, de 2 de julio. Recurso de amparo núm. 3464/2009. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 30-7-2012).

ARTÍCULO 17.4

Habeas corpus

«En la reciente STC 88/2011, de 6 de junio, por otra parte, recordábamos que «el artículo 17.2 CE ha establecido dos plazos, en lo que se refiere a los límites temporales de la detención preventiva, uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Sin

embargo, el plazo máximo absoluto presenta una plena concreción temporal y está fijado en las setenta y dos horas computadas desde el inicio de la detención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en las dependencias policiales (STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3).

(.../...)

Resulta conveniente subrayar la necesidad de que estas solicitudes de habeas corpus de los detenidos se tramiten con la conveniente urgencia y agilidad, por cuanto la razón de ser de esta garantía específica de la libertad se encuentra precisamente en que sean verificadas con prontitud por un Juez la legalidad y las condiciones de la detención, quedando, por ello, desvirtuado este procedimiento si se tramita con demoras, posponiéndose el traslado del detenido a presencia judicial.

Por otra parte, este Tribunal también ha afirmado de manera específica que el procedimiento de habeas corpus no sirve solamente para verificar el fundamento de cualquier detención, sino también para poner fin a detenciones que, ajustándose originariamente a la legalidad, se mantienen o prorrogan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales (STC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 5)».

(STC 95/2012, de 7 de mayo. Recurso de amparo núm. 6377/2010. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera. «BOE» de 5-6-2012).

ARTÍCULO 18.1

Derecho a la intimidad personal

«En relación a la vulneración del derecho a la intimidad personal, consagrado en el artículo 18.1 CE, procede subrayar que tal derecho se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva de la dignidad de la persona que el artículo 10.1 CE reconoce e implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana” (SSTC 170/1997, de 14 de octubre, FJ 4; 231/1988, de 1 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; y 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2, entre otras muchas).

Así pues, el derecho a la intimidad contenido en el artículo 18.1 CE, no sólo preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino también de la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular, garantizando, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, consiguientemente, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), siendo el mismo aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9; y 186/2000, de 10 de julio, FJ 6). La esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena (SSTC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5; y 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2) y que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3)».

(STC 241/2012, de 17 de diciembre. Recurso de amparo núm. 7304/2007. Ponente: D. Juan José González Rivas. «BOE» de 22-1-2013).

Derecho a la intimidad personal en el ámbito penitenciario. Registro de la celda.

«Sobre el derecho a la intimidad en el ámbito penitenciario este Tribunal ha tenido oportunidad ya de pronunciarse en repetidas ocasiones y, singularmente, en un supuesto similar al presente, en la STC 89/2006, de 27 de marzo. En lo que ahora más nos interesa y conforme a esta doctrina constitucional, que parte de reconocer la reducción de la intimidad de quienes sufren privación de libertad, el registro de la celda que ocupa un interno y de sus pertenencias personales supone una restricción de su derecho a la intimidad que, para que resulte constitucionalmente legítimo, debe ser conocido por el propio interesado, bien permitiendo su presencia durante la práctica del mismo, bien mediante una comunicación posterior que informe de su contenido y, en su caso, de la eventual incautación de objetos personales.

Esta exigencia de información sobre el hecho mismo del registro y de su contenido y resultado es, en efecto, necesaria dada la estrecha relación que existe entre el derecho a la intimidad y la capacidad de su titular para controlar la información relativa a su persona. Pues, como dijimos en la citada STC 89/2006 y debemos reiterar ahora, si la intimidad comprende, entre otras facultades, «la reserva de conocimiento de un ámbito personal, que por eso denominamos privado y que administra su titular, tal administración y tal reserva se devalúan si el titular del ámbito de intimidad desconoce las dimensiones del mismo porque desconoce la efectiva intromisión ajena» (FJ 6)».

(STC 106/2012, de 21 de mayo. Recurso de amparo núm. 8919/2009. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 20-6-2012).

ARTÍCULO 18.3

Derecho al secreto de las comunicaciones en establecimientos penitenciarios.

«Nuestro análisis ha de partir de la consolidada doctrina conforme a la cual, si bien las personas reclusas en establecimientos penitenciarios gozan del derecho al secreto de sus comunicaciones, no obstante el marco normativo constitucional en estos casos viene determinado no sólo por lo dispuesto en el artículo 18.3 CE –que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial–, sino también por lo dispuesto en el artículo 25.2 CE, precepto que prevé la posibilidad de que los derechos fundamentales del condenado a pena de prisión se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 2; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 2; 175/2000, de 26 de junio, FJ 2; 106/2001, de 23 de abril, FJ 6; y 15/2011, de 29 de marzo, FJ 5).

Por lo tanto, y en palabras de la STC 15/2011, de 29 de marzo, FJ 5, “el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones de las personas internas en centros penitenciarios no es, sin más, el constitucionalmente declarado en los términos del artículo 18.3 CE, sino, en virtud de la interpretación sistemática de este precepto en relación con el artículo 25.2 CE, el que resulte de su configuración por el legislador, en el supuesto de que por la ley penitenciaria se hayan dispuesto limitaciones específicas del mismo y sin perjuicio de que esos límites se encuentren, a su vez, sometidos a sus propios presupuestos de constitucionalidad”.

(.../...)La vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones determina la nulidad de la prueba así obtenida. Se trata, por tanto, de un supuesto sustancialmente igual al resuelto por las SSTC 127/1996, de 9 de julio, y 175/2000, de 28 de julio, en los que también la Administración penitenciaria intervino comunicaciones escritas de los internos con un órgano judicial y procedió a incoar contra ellos expedientes disciplinarios sobre la base de las manifestaciones efectuadas en tales escritos».

(STC 107/2012, de 21 de mayo. Recurso de amparo núm. 10268/2009. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera. «BOE» de 20-6-2012).

Derecho al secreto de las comunicaciones y derecho a la intimidad

«Este Tribunal ha reiterado que el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE) consagra la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación en sentido estricto –aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación del proceso de comunicación– como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado –apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil, por ejemplo–. Igualmente se ha destacado que el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores, por lo que queda afectado por este derecho tanto la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como también el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil (por todas, STC 230/2007, de 5 de noviembre, FJ 2, o SSTEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone c. Reino Unido, § 84 y, entre las últimas, de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido, § 43).

Por su parte, en lo que se refiere al derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), este Tribunal ya ha reiterado que la apertura de una agenda y la lectura de los papeles que se encontraban en ella inciden en el derecho a la intimidad (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 9). Igualmente, se ha puesto de manifiesto que, a pesar de las múltiples funciones tanto de recopilación y almacenamiento de datos como de comunicación con terceros a través de internet que posee un ordenador personal, el acceso a su contenido podrá afectar bien al derecho a la intimidad personal (artículo 18.1 CE), bien al derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE) en función de si lo que resulta desvelado a terceros son, respectivamente, datos personales o datos relativos a la comunicación (STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 3)».

(STC 142/2012, de 2 de julio. Recurso de amparo núm. 2908/2010. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 30-7-2012).

Derecho al secreto de las comunicaciones y derecho a la intimidad: grabación de conversaciones e imágenes con cámara oculta

«En relación con el derecho a la intimidad, este Tribunal ha reiterado que se funda en la necesidad de garantizar “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, que puede ceder ante la prevalencia de otros derechos, como el derecho a la información cuando se refiera

a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz” (STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2). Con unos u otros términos, nuestra doctrina constitucional insiste en que el derecho a la intimidad atribuye a su titular “el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida” (entre otras, SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11; y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8), y, en consecuencia, “el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido” (entre otras, SSTC196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2).

La intimidad protegida por el artículo 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que sería muy restrictivo limitar la noción de vida privada protegida por el artículo 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales a un «círculo íntimo» en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera y excluir plenamente el mundo exterior no incluido en este círculo.

No puede desconocerse que también en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión, se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; doctrina reiterada en las SSTEDH de 4 de mayo de 2000, Rotaru c. Rumania, § 43, y de 27 de julio de 2004, Sidabras y Džiautas c. Lituania, § 44). La protección de la vida privada en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en suma, se extiende más allá del círculo familiar privado y puede alcanzar también a otros ámbitos de interacción social (SSTEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; de 22 de febrero de 1994, Burghartz c. Suiza, § 24; y de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, § 69).

Un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública (SSTEDH de 25 de septiembre de 2001, P.G. y J.H. c. Reino Unido, § 57, y de 28 de enero de 2003, Peck c. Reino Unido, § 58).

Conforme al criterio de expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas, resulta patente que una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad.

Por lo que respecta al otro derecho fundamental en conflicto, el derecho a la propia imagen queda cifrado, conforme a nuestra doctrina, en el “derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde», y, por lo tanto, abarca «la defensa frente a los usos no consentidos de la

representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, muy destacadamente frente a la utilización de la imagen con fines puramente lucrativos” (STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 4).

Ya habíamos señalado en nuestra STC 117/1994, FJ 3, que “[e]l derecho a la propia imagen, reconocido por el artículo 18.1 de la Constitución al par de los de honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz”. En el caso de una grabación oculta como la que aquí nos ocupa, la captación no sólo de la imagen sino también de la voz intensifica la vulneración del derecho a la propia imagen mediante la captación no consentida de específicos rasgos distintivos de la persona que hacen más fácil su identificación.

(.../...) Es evidente que la utilización de un dispositivo oculto de captación de la voz y la imagen se basa en un ardido o engaño que el periodista despliega simulando una identidad oportuna según el contexto, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada con la finalidad de grabar su comportamiento o actuación desinhibida, provocar sus comentarios y reacciones así como registrar subrepticamente declaraciones sobre hechos o personas, que no es seguro que hubiera podido lograr si se hubiera presentado con su verdadera identidad y con sus auténticas intenciones. La finalidad frecuente de las grabaciones de imágenes y sonido obtenidas mediante la utilización de cámaras ocultas es su difusión no consentida en el medio televisivo cuya capacidad de incidencia en la expansión de lo publicado es muy superior al de la prensa escrita (en este sentido, la STEDH de 23 de septiembre de 1994, *Jersild c. Dinamarca*, § 31). No hay duda de que ello hace necesario reforzar la vigilancia en la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación, las cuales, entre otras cosas, facilitan la toma sistemática de imágenes sin que la persona afectada pueda percatarse de ello, así como su difusión a amplios segmentos del público, como subrayaba el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a un caso de captación fotográfica a cientos de metros de distancia (STEDH de 24 de junio de 2004, *Von Hannover c. Alemania*, § 70).

En cuanto a las técnicas periodísticas que puedan utilizarse para la presentación de una información, es cierto, como indica el recurrente en amparo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce a los profesionales correspondientes la libertad de elegir los métodos o técnicas que consideren más pertinentes para la transmisión informativa, que debe ser acorde a las exigencias de objetividad y neutralidad (STEDH de 23 de septiembre de 1994, *Jersild c. Dinamarca*, § 34). Pero asimismo dicho Tribunal ha subrayado que en la elección de los medios referidos, la libertad reconocida a los periodistas no está exenta de límites, y que en ningún caso pueden considerarse legítimas aquellas técnicas que invaden derechos protegidos, ni aquellos métodos que vulneren las exigencias de la ética periodística en cuanto a la solvencia y objetividad del contenido informativo (SSTEDH de 18 de enero de 2011, *MGN Limited c. Reino Unido*, § 141; y de 10 de mayo de 2011, *Mosley c. Reino Unido*, § 113).

(STC 12/2012, de 30 de enero. Recursos de amparo 4821/2009 y 4829/2009 (acumulados). Ponente: D^a. Adela Asua Batarrita. «BOE» de 24-2-2012. En el mismo sentido, SSTC 24/2012, de 27 de febrero y 74/2012, de 16 de abril).

ARTÍCULO 20.1

Derecho a la libertad de información

«La especial posición que ostenta el derecho a la libertad de información en nuestro Ordenamiento reside en que «no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático» (STC 68/2008, de 23 de junio, FJ 3). Sin embargo, tal protección especial queda sometida a determinados límites tanto immanentes como externos que este Tribunal ha ido perfilando progresivamente. Entre los límites immanentes se encuentran los requisitos de veracidad y de interés general o relevancia pública de la información (SSTC 68/2008, FJ 3; y 129/2009, de 1 de junio, FJ 2); en ausencia de los dos mencionados requisitos decae el respaldo constitucional de la libertad de información. Por otro lado, como límites externos el derecho a la información se sitúan los derechos específicamente enunciados en el artículo 20.4 CE.

En cuanto a la relevancia pública de la información, este Tribunal ha subrayado que dado que la protección constitucional se ciñe a la transmisión de hechos «noticiales» por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública, tales hechos deben versar sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada».

(STC 12/2012, de 30 de enero. Recursos de amparo acumulados núms. 4821/2009 y 4829/2009. Ponente: D^a. Adela Asua Batarrita. «BOE» de 24-2-2012).

Derecho a la libertad de información y propia imagen. Reportaje con cámara oculta.

«La influencia que el uso de la técnica periodística denominada «cámara oculta» tiene en la ponderación entre los derechos a la propia imagen y a la información ha sido objeto de reciente pronunciamiento en un asunto similar al presente por este Tribunal en la STC 12/2012, de 30 de enero, a la que, para evitar reiteraciones innecesarias, es preciso remitirse. Esta resolución —partiendo de la reiterada doctrina de este Tribunal sobre que la intromisión en los derechos fundamentales de terceros en el ejercicio de la libertad de información sólo es constitucionalmente legítima cuando resulte necesaria, adecuada y proporcionada a la realización de este derecho constitucional— concluye que, con independencia de la relevancia pública de la información que se pretenda obtener y difundir, la captación videográfica in consentida de imágenes mediante la utilización de cámaras ocultas para su posterior difusión, también in consentida, en que aparezca plenamente identificado el afectado, no resulta necesaria ni adecuada, desde la perspectiva del derecho a la libertad de información [artículo 20.1 d) CE], al existir, con carácter general, métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla en que no queden comprometidos y afectados otros derechos con rango y protección constitucional».

(STC 24/2012, de 27 de febrero. Recursos de amparo núms. 5267/2010 y 5673/2010. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 28-3-2012. En sentido similar, STC 74/2012 y «BOE» 16-5-2012).

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción. Plazos procesales y supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

«El cómputo de los plazos sustantivos y procesales y, en lo que ahora más nos importa, la caducidad de la acción es una cuestión de simple legalidad ordinaria y, en consecuencia, que corresponde decidir a la jurisdicción ordinaria en el ejercicio de la competencia exclusiva que le reconoce el artículo 117.3 CE. Sin embargo esta regla cede y, por consiguiente, la correspondiente cuestión adquiere relevancia constitucional no sólo cuando la decisión judicial de inadmisión sea fruto de un error patente en el cómputo del plazo o de una interpretación arbitraria o manifiestamente irrazonable de la legalidad, sino también cuando sea consecuencia de la utilización de un criterio interpretativo rigorista, excesivamente formalista o desproporcionado en relación con los fines que trata de proteger y los intereses que sacrifica, habida cuenta de la mayor intensidad con la que se proyecta el principio pro actione cuando, como aquí sucede, se arriesga el derecho de acceso a la jurisdicción y, por tanto, la obtención de una primera respuesta judicial sobre la pretensión formulada.

En particular, y al hilo precisamente de la regla del artículo 135 LEC, hemos declarado que las normas que establecen plazos para la realización de trámites procesales suponen “el reconocimiento del derecho a disponer del correspondiente plazo en su totalidad”, (SSTC 260/2000, de 30 de octubre, FJ 5; 38/2001, de 12 de febrero, FJ 2; 222/2003, de 15 de diciembre, FJ 4; 239/2005, de 26 de septiembre, FJ 2; 199/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; y 151/2008, de 17 de noviembre, FJ 4). De modo congruente, hemos afirmado que vulneran el derecho de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 CE), por el desproporcionado sacrificio que comportan, las resoluciones judiciales que producen como resultado final una reducción del correspondiente plazo legal, convirtiendo “en impracticable el citado derecho a disfrutar del plazo en su integridad” (SSTC 64/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 239/2005, de 26 de septiembre, FJ 2; 25/2007, de 12 de febrero, FJ 2; y 179/2007, de 10 de septiembre, FJ 2).

(.../...). La Sentencia impugnada se funda, desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 CE), en una interpretación rigorista y desproporcionada de las normas procesales y, por tanto, en una interpretación contraria al derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, quien, pudo razonablemente confiar en que la presentación de su acción de nulidad antes de las 15 horas del siguiente día hábil al del vencimiento del plazo de dos meses previsto en el artículo 41.4 de la Ley de arbitraje era tempestiva, dados el descuento habitual del día final del plazo en “el supuesto de que sea inhábil” (STC 32/1989, de 13 de febrero, FJ 3), el tenor literal de la regla del artículo 135.1 LEC, el carácter genéricamente supletorio de la misma (artículo 4 LEC) y la regulación de los Juzgados de guardia (artículo 135.2 LEC)».

(STC 76/2012, de 16 de abril. Recurso de amparo núm. 3132/2010. Ponente. D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 16-5-2012).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

«De forma reiterada hemos establecido que “la intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme fuera de los casos legalmente establecidos es ... un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial tal como se consagra en

el artículo 24.1 CE, de tal suerte que ésta es también desconocida cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto" (SSTC 58/2000, de 25 de febrero, FJ 5; 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4; 231/2006, de 17 de julio, FJ 2; y 62/2010, de 18 de octubre, FJ 4).

Tal efecto puede producirse no sólo en los supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada, sino también cuando se desconoce lo resuelto por una sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar simultáneamente el mencionado efecto de cosa juzgada. Así se afirma, entre otras, en las SSTC 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 200/2003, de 10 de noviembre, FJ 2; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4; y 231/2006, de 17 de julio, FJ 2. En tal sentido hemos dicho en las resoluciones citadas que «no se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma determinada que no puede desconocerse por otros órganos judiciales (y menos aún si se trata del mismo órgano judicial) sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla».

(STC 108/2012, de 21 de mayo. Recurso de amparo núm. 2281/2010. Ponente: D. Francisco José Hernando Santiago. «BOE» de 20-6-2012. En sentido similar SSTC 113 y 1114, y mismo «BOE»).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho.

«En relación con la alegada vulneración del artículo 24.1 CE porque la Sentencia impugnada pudiera carecer de la motivación exigida por este precepto, puesto en conexión con el artículo 120.3 CE, ha de traerse a colación la doctrina reiterada de este Tribunal, según la cual la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales -que es inherente al derecho que todos tienen a obtener una tutela judicial efectiva, al principio del Estado democrático de Derecho y a una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional que se apoya en el carácter vinculante que para ésta tiene la ley- no supone que aquéllas hayan de ofrecer necesariamente una exhaustiva descripción del proceso intelectual que los jueces han llevado a cabo para decidir en un determinado sentido, ni tampoco requiere un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, ni consiente, finalmente, que pueda discutirse en este cauce de amparo la corrección jurídica interna de la fundamentación judicial, pues ello convertiría a este Tribunal en una especial forma de casación que controlara el ajuste de las Sentencias a la legalidad, lo que está notoriamente fuera de nuestra jurisdicción».

(STC 105/2012, de 11 de mayo. Recursos de amparo electorales núm. 2548/2012. Ponente: D.^a Adela Asua Batarrita. «BOE» de 5-6-2012).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho en supuestos de denuncias por malos tratos.

«Conforme a nuestra doctrina sobre las exigencias constitucionales, derivadas tanto del artículo 15 CE como del artículo 24 CE, en relación con decisiones judicia-

les de sobreseimiento y archivo de instrucciones penales incoadas por denuncia de torturas o tratos inhumanos o degradantes –como destacábamos en las SSTC 69/2008, de 23 de junio, FJ 2, y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2–, el correcto encuadramiento de las quejas del recurrente en amparo requiere su conjunta consideración, debiendo consistir nuestro enjuiciamiento en determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en relación con el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE). Efectividad y suficiencia de la tutela judicial que, en estos casos, coincide con la suficiencia de la indagación judicial y dependerá, no sólo de que las decisiones de sobreseimiento libre y archivo de las diligencias penales estén motivadas y jurídicamente fundadas, sino también de que sean conformes con el derecho fundamental a no sufrir torturas, ni tratos inhumanos o degradantes.

En consecuencia, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este particular (por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 2003, caso Kmetty c. Hungría, § 37; de 2 de noviembre de 2004, caso Martínez Sala y otros c. España, § 156; 28 de septiembre de 2010, caso San Argimiro Isasa c. España, § 41; y de 8 de marzo de 2011, caso Beristain Ukar c. España, § 28 y ss.), nuestra doctrina establece que el derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige, según el canon reforzado de motivación, una resolución cuya motivación sea acorde con la prohibición absoluta de tales conductas. “Tal concordancia ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición. Es de señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial”. Por ello, “la tutela judicial será así suficiente y efectiva *ex* artículo 24.1 CE si se ha producido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria” (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6, y, citándola entre otras muchas, STC 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2).

Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, ni impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles. Pero sí se vulnerará el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito siempre que no se abra o que se clausure la instrucción “cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas”, ya que “respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del artículo 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral” (por todas, SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2).

Este Tribunal ha subrayado asimismo que para valorar si la decisión judicial de archivar las diligencias abiertas vulnera o no las exigencias del artículo 24.1 CE, por existir aún sospechas razonables de tortura, susceptibles además de ser disipadas mediante el agotamiento de los oportunos medios de investigación disponibles, hay que atender a las circunstancias concretas de cada caso y hacerlo siempre teniendo presente la escasez de pruebas que de ordinario existen en este tipo de delitos. Precisamente este déficit probatorio “debe alentar, por un lado, la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otro, ante la dificultad de la víctima de aportar medios de prueba sobre su comisión, hacer aplicable el principio de prueba como razón suficiente para que se inicie la actividad judicial de instrucción”. También se destaca que la cualificación oficial de los denunciados debe compensarse “con la firmeza judicial frente a la posible resistencia o demora en la aportación de medios de prueba, con la especial atención a diligencias de prueba cuyo origen se sitúe al margen de las instituciones afectadas por la denuncia, y con la presunción a efectos indagatorios de que las lesiones que eventualmente presente el detenido tras su detención y que eran inexistentes antes de la misma son atribuibles a las personas encargadas de su custodia”. Además, se pone énfasis en que “constituye una exigencia de racionalidad que la valoración del testimonio judicial del denunciante, que es un medio de indagación particularmente idóneo de las denuncias por tortura o por tratos inhumanos o degradantes, y de sus declaraciones previas ante los médicos, la policía o los órganos judiciales repare en que el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquella y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 7; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 69/2008, de 23 de junio, FJ 2; 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2)».

(STC 131/2012, de 18 de junio. Recurso de amparo núm. 4865/2011. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera. «BOE» de 9-7-2012).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Error patente.

«Para que un error, en tanto que manifestación del juzgador no ajustada a la realidad, pueda afectar al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) es necesario que concurren en él ciertas características, pues no toda inexactitud o equivocación del juzgador tiene relevancia constitucional. Como hemos recordado en la STC 167/2008, de 15 de diciembre, citando otras anteriores, “para poder apreciar un error de este tipo es necesario que concurren los siguientes requisitos: *a*) que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (*ratio decidendi*), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución judicial pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido su sentido de no haberse incurrido en el error; *b*) que sea atribuible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte; *c*) que sea de carácter eminentemente fáctico, además de patente, esto es, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y sin necesidad de recurrir a ninguna valoración o consideración jurídica; y *d*) que produzca efectos negativos en la esfera del ciudadano» (FJ 2)».

(STC 31/2012, de 12 de marzo. Recurso de amparo núm. 2976/2011. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 12-04-2012).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia de las resoluciones judiciales.

«Debe recordarse, para su mejor resolución, la doctrina dictada por este Tribunal en torno a la prohibición de incongruencia omisiva o *ex silentio*, recopilada, entre otras muchas, en las SSTC 52/2005, de 14 de marzo; 4/2006, de 16 de enero; 85/2006, de 27 de marzo; 138/2007, de 4 de junio; 144/2007, de 18 de junio; y 165/2008, de 15 de diciembre. Como ya dijimos, en la STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2, para evitar una exposición exhaustiva de la misma baste reproducir la síntesis efectuada en la STC 40/2006, de 13 de febrero, en la cual afirmábamos que: “La congruencia viene referida desde un punto de vista procesal al deber de decidir por parte de los órganos judiciales resolviendo los litigios que a su consideración se sometan, a su potestas en definitiva, exigiendo que el órgano judicial ofrezca respuesta a las distintas pretensiones formuladas por las partes a lo largo del proceso, a todas ellas, pero sólo a ellas, evitando que se produzca un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3; ó 174/2004, de 18 de octubre, FJ 3; entre muchas otras). Recordaba en ese sentido la STC 130/2004, de 19 de julio, que desde pronunciamientos aún iniciales, como la STC 20/1982, de 5 de mayo (FFJJ 1 a 3), hemos definido en una constante y consolidada jurisprudencia el vicio de incongruencia como aquel desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en los escritos esenciales del mismo. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium*. Son muy numerosas las decisiones en las que este Tribunal ha abordado la relevancia constitucional del vicio de incongruencia de las resoluciones judiciales, precisando cómo y en qué casos una resolución incongruente puede lesionar el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE. Se ha elaborado así un cuerpo de doctrina consolidado que puede sistematizarse, a los efectos que a este amparo interesan, en los siguientes puntos:

a) El vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum*. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la causa *petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*.

b) Dentro de la incongruencia hemos venido distinguiendo, de un lado, la incongruencia omisiva o *ex silentio*, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamien-

tos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. De otro lado, la denominada incongruencia por exceso o *extra petitum*, que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones. En este sentido ha de recordarse que el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Más concretamente, desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales.

En algunas ocasiones, tiene declarado este Tribunal, ambos tipos de incongruencia pueden presentarse unidas, dándose la llamada incongruencia por error, que es aquella en la que concurren al unísono las dos anteriores clases de incongruencia. En efecto, se trata de supuestos en los que, por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión o pretensiones formuladas por las partes en la demanda o sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquella sin respuesta (por todas, SSTC 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; 182/2000, de 10 de julio, FJ 3; 213/2000, de 18 de septiembre, FJ 3; 211/2003, de 1 de diciembre, FJ 4; 8/2004, de 9 de febrero, FJ 4)."

Por lo demás, en la misma Sentencia, con cita de la STC 100/2004, de 2 de junio, recordábamos que: "La necesidad de distinguir entre las que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la

motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno.” (STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2)».

(STC 25/2012, de 27 de febrero. Recurso de amparo núm. 298/2011. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 28-03-2012. En sentido similar, STC 31/2012, de 12 de marzo, «BOE» de 12-04-2012).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a obtener una condena penal.

«Nuestro canon de control de constitucionalidad en materia de recursos de amparo contra Sentencias penales absolutorias parte de que la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona sino que meramente es titular del *ius ut procedatur*, es decir, del “derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho” (STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4), limitándose la función de este Tribunal en el cauce constitucional de amparo a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el *ius ut procedatur* del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las leyes en vigor le reconocen (SSTC 45/2005, de 28 de febrero, FJ 2; 45/2009, de 15 de junio, FJ 4, y 94/2010, de 15 de noviembre, FJ 3)».

(STC 201/2012, de 12 de noviembre. Recurso de amparo 3976/2010. Ponente: D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. «BOE» de 13-12-2012).

ARTÍCULO 24.2

Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal.

«Respecto de la primera infracción denunciada sobre el derecho a un proceso con todas las garantías, imputable al Tribunal de apelación, conviene traer a colación, siquiera de manera sucinta, la consolidada doctrina constitucional, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y reiterada en numerosas Sentencias posteriores, según la cual el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho fundamental invocado, impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción. Así, cuando en la apelación se planteen cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. Por lo que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su

propia valoración y ponderación, antes de corregir la efectuada por el órgano de instancia (entre otras, SSTC 118/2009, de 18 de mayo, FJ 3; 214/2009, de 30 de noviembre, FJ 2; y 30/2010, de 17 de mayo, FJ 2). De esta forma hemos enfatizado que el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados y testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 5; y 188/2009, de 7 de septiembre, FJ 2, entre otras).

No obstante, hemos afirmado que, cuando el órgano de apelación se limita a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que resultan acreditados en ésta, estamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación (SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 5; 38/2008, de 25 de febrero, FJ 5; y 46/2011, de 11 de abril, FJ 2). Como reseñábamos en la STC 75/2006, de 13 de marzo, "este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de las garantías constitucionales" (FJ 6). De igual modo, la doctrina constitucional mencionada tampoco resultará aplicable cuando el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia de instancia y la de apelación se refiera estrictamente a la calificación jurídica de los hechos que se declararon probados por el órgano judicial que primariamente conoció de los mismos, pues su subsunción típica no precisa de la inmediación judicial (SSTC 34/2009, de 9 de febrero, FJ 4; y 120/2009, de 18 de mayo, FJ 4, entre otras).

Ahora bien, también hemos precisado que no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación), a pesar de la alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración. Así, dicha garantía de inmediación no alcanza a la prueba documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, como consecuencia de que la posición del órgano jurisdiccional de segundo grado resulta idéntica a la que tuvo el Juez a quo cuando procedió a su valoración [entre las últimas, SSTC 46/2011, de 11 de abril, FJ 2 b); y 154/2011, de 17 de octubre, FJ 2]. En relación con la prueba pericial documentada, atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podría ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen (STC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6), esto es, cuando el Tribunal de apelación valore la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que la documenta (STC 75/2006, de 13 de marzo, FJ 8), no existiendo circunstancias en la práctica de esta prueba que hagan necesario tomar conocimiento de las mismas por parte del órgano judicial con la debida inmediación».

(STC 144/2012, de 2 de julio. Recurso de amparo núm. 5637/2010. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 30-7-2012).

Presunción de inocencia. Prueba de cargo.

«Reiteradamente hemos declarado que "sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es

decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola, entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 26/2010, de 27 de abril, FJ 6.) (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 24). Y es de añadir “que la prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena tanto de naturaleza objetiva como subjetiva (SSTC 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 5; 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, y 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 3).” (STC 147/2002, de 15 de julio, FJ 5)».

(STC 16/2012, de 13 de febrero. Recurso de amparo núm. 2477/2009. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» de 12-03-2012).

ARTÍCULO 25.1

Principio de legalidad penal

«La garantía material del principio de legalidad tiene implicaciones tanto para el legislador como para los órganos judiciales. Según hemos tenido ocasión de advertir, «en su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal (STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2) y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía in malam partem (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 127/2001, de 4 de junio, FJ 4).» (SSTC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 8; y 220/2007, de 5 de noviembre, FJ 4).»

(STC 90/2012, de 7 de mayo. Recurso de amparo núm. 7209/2009. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 5-6-2012. A ella se remite la STC 109/2012, de 21 de mayo. «BOE» 20-6-2012).

Principio de legalidad penal. Leyes penales en blanco

«Según es consolidada y unánime doctrina de este Tribunal, que está resumida entre otras muchas en la STC 283/2006, de 9 de octubre, FFJJ 5 y 8, el principio de legalidad penal, en su vertiente de garantía de orden formal, obliga a que sea precisamente una norma con rango de ley la que defina las conductas delictivas y señale las penas correspondientes. No obstante, como también está dicho en esa misma doctrina constitucional, la reserva de ley en materia penal no impide la existencia de las denominadas “leyes penales en blanco”, esto es, como sucede en el presente

caso, según luego se insistirá, normas penales incompletas que no describen agotadoramente la correspondiente conducta o su consecuencia jurídico-penal, sino que se remiten para su integración a otras normas distintas, que pueden ser incluso de carácter reglamentario.

(.../...) Junto a la citada garantía formal el principio de legalidad penal del artículo 25.1 CE comprende también otra de carácter material, que...se traduce en la exigencia absoluta de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes mediante una tipificación lo más precisa y taxativa posible en la descripción que incorpora para que, de este modo, «los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones» (STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5)».

(Pleno. STC 101/2012, de 8 de mayo. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4246/2001. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 5-6-2012).

ARTÍCULO 25.2

Reeducación y reinserción social.

«La reinserción social es una de esas finalidades, a la que, según mandato constitucional (artículo 25.2 CE), deben estar orientadas las penas y medidas privativas de libertad, pero no es el único cometido con que las penas operan en aras a satisfacer el fin de protección de bienes jurídicos, ni debe ser esa, como hemos venido reiterando, la interpretación que haya de hacerse del precepto constitucional (SSTC 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6 y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2). Debe resaltarse, en este sentido, que “el mandato presente en el enunciado inicial de este artículo 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla” (STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9). Cabe afirmar, así, que la finalidad de reinserción social se proyecta esencialmente sobre la fase de ejecución, en la que se materializa la afección al derecho a la libertad (artículo 17.1 CE) de quien resulta penalmente sancionado, pero ha de armonizarse con otros fines legítimos de la pena, que adquieren mayor protagonismo en otros momentos de intervención del *ius puniendi*. En particular, la finalidad de prevención general, tanto en su vertiente de disuasión de potenciales delincuentes mediante la amenaza de pena, como de reafirmación de la confianza de los ciudadanos en el respeto de las normas penales, constituye igualmente un mecanismo irrenunciable para el cometido de protección de bienes jurídicos.

(.../...)

En conclusión a lo afirmado, el análisis de la inconstitucionalidad del precepto de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores no puede partir de su compatibilidad con el mandato de reinserción social como finalidad exclusiva y excluyente de las sanciones privativas de libertad; por el contrario, nuestro enjuiciamiento deberá atender a su armonización con otros fines legítimos de las medidas privativas de libertad, analizando tanto el grado en que se reducen las posibilidades de articulación de la reinserción social –pues, sin lugar, a dudas, una norma que impidiera de modo radical tal posibilidad sí resultaría contraria al artículo 25.2 CE–, como si ello aparece justificado por un fin legítimo».

(STC 160/2012, de 20 de septiembre. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 6021/2001. Ponente: D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. «BOE» de 17-10-2012).

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 58

Abono de la prisión provisional. Coincidencia de prisiones provisionales acordadas en distintas causas y coincidencia de cumplimiento de pena y prisión provisional.

«El artículo 58 del Código penal vigente en aquel momento establecía taxativamente que «[e]l 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», previsión legal ésta que, dijimos ya en la STC 57/2008, obliga a computar como tiempo de cumplimiento de la pena aquellos períodos que se hubieren pasado en prisión preventiva aunque durante los mismos se hubiese permanecido también en calidad de penado por otra causa pues «no puede negarse la funcionalidad y la realidad material de la prisión provisional como medida cautelar de privación de libertad en una causa porque coincide simultáneamente con una privación de libertad para el cumplimiento de una pena impuesta en otra causa distinta» (FJ 6). Como se había dicho antes en la STC 19/1999, de 22 de febrero, la distinta funcionalidad de la medida cautelar en que consiste la prisión provisional y de la pena permite, sin violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad) cumpla materialmente una doble función (FJ 5) y produzca, consecuentemente –hemos de añadir– un doble efecto jurídico. Este razonamiento se ve reforzado porque, en tales supuestos, el cumplimiento como penado se ve perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir simultáneamente con la situación de prisión provisional en otra causa (STC 57/2008, FJ 7).

(.../...)

Para los órganos judiciales, la norma alegada antes transcrita en el artículo 58.1 del Código penal entonces vigente, contempla la realidad de una sola causa penal en la que la privación cautelar de libertad ha sido subseguida de una privación de libertad establecida como sanción de la conducta investigada, imputada y finalmente atribuida. Sobre esa realidad –un hecho investigado, una privación cautelar decretada para posibilitar su investigación y enjuiciamiento y una sanción privativa de libertad impuesta como sanción por la comisión del hecho imputado– y no sobre otra, entienden que el legislador ha decidido que el efecto material de privación de libertad que la medida cautelar conlleva se tome en consideración para reducir la duración de la privación de libertad impuesta como sanción. Ése es el supuesto previsto en la norma y ésa su finalidad. Si, como el demandante pretende, dicha previsión legal se aplicara a supuestos distintos a los que contempla y justifican la norma, por ejemplo el caso que se propone en la demanda, los efectos de su aplicación se alejarían de su finalidad y generarían una suerte de fraude de ley, dado que una interpretación aparentemente amparada en el enunciado literal de la norma pero que desconoce su finalidad, provoca un efecto no querido por ésta; pues si el mismo tiempo de privación material de libertad se descuenta varias veces de la sanción prevista para varios hechos, la rebaja en el cumplimiento de las penas impuestas depende de una circunstancia procesal totalmente imprevisible y azarosa: el número de causas que se abran en investigación de los hechos. De esta manera queda completamente desvirtuada la finalidad de la norma, prevista, repetimos, para una sola causa y una sola condena.

Así como un mismo tiempo material –la simultánea privación de libertad cautelar y sancionatoria coincidente–, puede cumplir una doble función y puede provocar un

doble efecto jurídico (cautelar y sancionatorio), lo que nos llevó en la STC 57/2008 a considerar irrazonable la decisión judicial de no incluir para el abono de la pena impuesta dicho tiempo de prisión provisional coincidente con el de penado en causa distinta; no ocurre lo mismo con el supuesto que sustenta la pretensión del demandante de amparo. Pues, en este caso, un mismo tiempo material –la simultánea privación cautelar de libertad acordada en dos causas penales, debido a una simple circunstancia procesal (haberse iniciado indebidamente dos procesos por separado pese a tratarse de delitos conexos *ex* artículo 17.5 de la Ley de enjuiciamiento criminal)– no cumple esa doble y diferenciada función, sino sólo la función cautelar y, por ello, no puede pretenderse razonadamente que provoque un doble efecto de abono para el cumplimiento de ambas penas.

En definitiva, no pueden considerarse irrazonables las decisiones judiciales impugnadas en el concreto aspecto ahora analizado, en cuanto excluyen el abono del mismo tiempo de prisión provisional para el cumplimiento de varias causas, ya que toman en consideración el tenor del enunciado del artículo 58.1 del Código penal entonces vigente, que se refiere al abono de períodos de prisión provisional sufridos en una sola causa, y atienden al fundamento y la finalidad de la norma, que entienden dirigida a dar por cumplida parcial o totalmente la sanción privativa de libertad finalmente impuesta, con dicha anticipada privación cautelar de libertad.»

(STC 92/2012, de 7 de mayo. Recurso de amparo núm. 791/2010. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 5-06-2012. En el mismo sentido, SSTC 158/2012, de 17 de septiembre y 229/2012, de 10 de diciembre).

ARTÍCULO 335

Declarado inconstitucional.

«El artículo 335 CP 1995 cuestionado tipifica como delito y castiga con pena de multa de cuatro a ocho meses a quien “cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior [especies en peligro de extinción y, en general, amenazadas], no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia”. Estamos, en consecuencia, ante un precepto que presenta una innegable estructura de ley penal en blanco, por cuanto la definición de la conducta típica incorpora un elemento normativo (la caza o pesca de especies no autorizadas expresamente) cuyo significado, en lo que ahora exclusivamente nos importa, sólo puede precisarse acudiendo a las normas específicas que determinan cuáles son las especies cinegéticas autorizadas de modo expreso.

En primer lugar, no hay duda de que la remisión a las citadas normas extrapenales específicas es expresa y está además justificada en atención al bien jurídico protegido por la norma penal (la biodiversidad, los recursos naturales y el medio ambiente y, de modo particular, la fauna silvestre), habida cuenta de la complejidad técnica de la materia y el carácter variable del grado de protección de las especies cinegéticas, lo que hace imprescindible la acomodación de la normativa a esa evolución y justifica la remisión a la legislación administrativa para determinar las especies de caza autorizadas, sin necesidad de acudir a la constante actualización de la norma penal, que tiene, como hemos advertido en otras ocasiones semejantes (SSTC 120/1998, de 15 de junio, FJ 5; y 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3), “una pretensión de relativa permanencia en el tiempo”.»

No sucede, sin embargo, lo mismo con las otras dos exigencias, pues, aun cuando el artículo 335 CP 1995 cuestionado señala la pena aplicable al delito que tipifica, no contiene el núcleo esencial de la prohibición ni satisface tampoco la exigencia de certeza. La norma penal cuestionada en el presente proceso constitucional no contiene efectivamente el núcleo esencial de la prohibición toda vez que remite íntegramente y sin ninguna precisión añadida la determinación de las especies no expresamente autorizadas a las normas específicas en materia de caza, de modo que es el Gobierno, a través de normas reglamentarias y, en particular, de los correspondientes listados de especies cinegéticas, y no el Parlamento, el que en forma por completo independiente y no subordinada a la ley termina en rigor por definir libremente la conducta típica. De hecho, con el citado artículo 335 CP en la mano, basta simplemente con que la Administración guarde silencio y no se pronuncie sobre la caza o no de una determinada especie animal para que su captura o muerte pase a integrar el tipo penal que consideramos. Todo lo cual supone, según hemos advertido en otras ocasiones, una vulneración de la garantía formal del principio de legalidad penal (STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 5).

Esta libertad absoluta e incondicionada para que sea una norma la que defina el tipo es, en efecto, manifiesta puesto que, como prueba su propio tenor literal, la norma penal cuestionada no contiene tampoco ninguna exigencia específica de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (la fauna silvestre) que sirva para precisar el núcleo esencial de la prohibición penal y cualificar de este modo, entre las acciones abstractas que identifica (cazar o pescar), las que por ese motivo merecen reproche penal. Este déficit en la definición del núcleo esencial de la prohibición es tanto más acusado y significativo si comparamos ahora el artículo 335 CP cuestionado con el resto de normas penales previstas en el propio capítulo IV del título XVI del libro II del Código penal de 1995, sobre los “delitos relativos a la protección de la flora y fauna”, y en los que el legislador penal sí exige que la correspondiente conducta, además de vulnerar las normas extrapenales en la materia, afecte a especies de flora y fauna «amenazadas» (arts. 332 y 334 CP), “perjudique el equilibrio biológico” (artículo 333 CP) o consista en la utilización de instrumentos o artes de caza o pesca de innegable “eficacia destructiva” (artículo 336 CP).

Lo que supone ciertamente un plus de antijuridicidad material que coadyuva a precisar la correspondiente conducta penal típica y permite cumplir con la comentada exigencia constitucional (STC 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3); una circunstancia, sin embargo, que, como se ha comprobado, no concurre en el caso del artículo 335 CP 1995.

6. Por añadidura, como antes hemos anticipado, el artículo 335 CP 1995 cuestionado no satisface tampoco la exigencia de certeza a que obliga el principio de legalidad penal del artículo 25.1 CE, toda vez que el citado precepto penal, incluso una vez integrado con las normas extrapenales o reglamentarias específicas a que se remite, no permite identificar con la necesaria y suficiente precisión la conducta delictiva que tipifica. Desde esta perspectiva tiene razón el órgano judicial proponente cuando, sirviéndose del criterio que luce en la STS de 8 de febrero de 2000, advierte que la tipificación como delictivas de todas las conductas de caza que no estén expresamente autorizadas, aunque no estén tampoco expresamente prohibidas, crea un amplísimo espacio de inseguridad jurídica, incompatible con la citada exigencia constitucional de certeza. Tan amplio, de hecho, que conductas tan inocuas para el Derecho penal como matar ratas o insectos pasarían a integrar el tipo penal del artículo 335 CP 1995, simplemente porque esas especies, al igual que los jilgueros y verderones, no figuran tampoco en el listado de especies cuya captura en vivo o muerte está autorizada expresamente por las correspondientes normas específicas.

De modo que, en conclusión, el artículo 335 CP 1995 cuestionado en el presente proceso contiene una formulación tan abierta e indefinida que su aplicación depende en último término de una decisión prácticamente libre y arbitraria, primero del Gobierno y la Administración, a través de normas reglamentarias, y más tarde, del intérprete y juzgador encargado de su aplicación, y que resulta constitucionalmente incompatible con el principio de legalidad que garantiza el artículo 25.1 CE.»

(Pleno. STC 101/2012, de 8 de mayo. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4246/2001. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 5-6-2012).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 962

Prohibición de llevar a cabo notificaciones por teléfono para Juicios de Faltas. Obligación de citar con la correcta posición procesal.

«La validez de la citación realizada mediante telefonema, debemos partir de lo preceptuado por el artículo 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando establece que “las notificaciones podrán practicarse por medio del correo, del telégrafo o de cualquier medio técnico que permita la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma según determinen las Leyes procesales”. Ello nos remite directamente al artículo 962 LECrim, que atribuye a la Policía judicial la citación ante el Juzgado de las partes en los procedimientos para el enjuiciamiento de faltas, preceptuando su apartado 2 que la información a la persona denunciada “se practicará en todo caso por escrito”, si bien el artículo 796.3 del mismo texto permite, en caso de urgencia, practicar las citaciones “por cualquier medio de comunicación, incluso verbalmente, sin perjuicio de dejar constancia de su contenido en la pertinente acta”. Sin embargo, esta posibilidad, que aparece prevista únicamente para casos de urgencia dentro de la dinámica propia del juicio rápido, en ningún caso puede implicar una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de los así citados, como sucedería en el supuesto de que las citaciones realizadas por medios técnicos no permitiesen dejar constancia fehaciente en autos de su envío y recepción. Este parece ser, por lo demás, el sentido del artículo 152 de la Ley de enjuiciamiento civil –aplicable por mor de lo dispuesto en el artículo 166 LECrim– cuando establece, en su apartado 1, que se tendrán por válidamente realizados los actos de comunicación “cuando quede constancia suficiente de haber sido practicados en la persona o en el domicilio del destinatario”; y al prever, en su apartado 2, la posibilidad de que dichos actos se efectúen mediante cualquier medio técnico «que permita dejar en los autos constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado».

La exigencia legal de que el medio técnico utilizado permita dejar constancia fehaciente en autos de su envío y recepción se corresponde, como hemos anticipado, con la ineludible necesidad, al entablar y proseguir los procesos judiciales, de una plena observancia del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE), para lo cual se hace necesaria una correcta y escrupulosa constitución de la relación jurídico procesal en cada una de las instancias del proceso, erigiéndose el régimen procesal de emplazamientos como un instrumento de capital importancia, ya que sólo mediante unas correctas citaciones y notificaciones a las partes de los distintos actos que tienen lugar en el seno del procedimiento judicial cabrá garantizar los indisponibles principios de contradicción e igualdad de armas entre las partes en litigio.

En este sentido la STC 58/2010, de 4 de octubre, FJ 3, dejó sentado que el incumplimiento o deficiente realización de las prescripciones legales establecidas al respecto «comportará la ineficacia del acto de comunicación procesal en la medida en que se coloque al interesado en una situación de indefensión proscrita por el artículo 24.1 CE, esto es, salvo que hubiese tenido conocimiento extraprocesal de su contenido o el incumplimiento fuese imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso (STC 268/2000, de 13 de noviembre, FJ 4, y las allí citadas). Pero, inversamente, cabe que los efectos ordinarios del acto de comunicación procesal puedan ser enervados cuando, pese a haber sido realizado conforme a las prescripciones legales, sin embargo el destinatario no haya llegado a tener conocimiento real del mismo. En este sentido, al igual que hemos afirmado en relación con las notificaciones realizadas a través de terceras personas (STC 3/2010, de 17 de marzo, FJ 2; y las que en ella se citan), debemos ahora señalar, respecto de las comunicaciones procesales realizadas a través de medios técnicos, que los órganos judiciales no pueden presumir, sin lesionar el derecho consagrado en el artículo 24.1 CE, que hayan llegado al conocimiento de la parte interesada cuando la misma cuestione fundadamente la recepción del acto de comunicación procesal o la fecha en que se produjo, supuesto en el cual, a la vista de las circunstancias del caso, de las alegaciones formuladas y de la prueba que pudiera eventualmente practicarse, están obligados a emitir un pronunciamiento expreso sobre la posibilidad o no de que el acto de comunicación procesal haya llegado a su destinatario.»

Más concretamente, en la STC 94/2005, de 18 de abril, FJ 4, dijimos que «además de que la citación telefónica no esté prevista en la Ley de enjuiciamiento criminal como medio de comunicación procesal en los preceptos que regulan ésta (artículo 175 en relación con el artículo 166), respecto de tal forma de comunicar la doctrina de este Tribunal no se plantea su eventual imperfección (como no es inusual que ocurra en los supuestos de notificación, citación o emplazamiento mediante Oficial o Agente judicial, o mediante correo o telegrama, cuando –como no es infrecuente– los mismos dan pie a discutir la recepción o no de lo notificado por el destinatario en atención a si la dirección en la que tiene lugar la comunicación fue correcta o incorrecta o si fue recibida por persona idónea o no en atención a su relación o proximidad con quien es objeto de citación o notificación, etc.), sino que afirma su inidoneidad en sí misma considerada para lograr el fin que se persigue con las comunicaciones procesales, a saber: la constancia o acreditación de que el sujeto a quien se pretende comunicar la decisión judicial tenga conocimiento de lo que se ha procedido hasta ese momento y de lo que se va a proceder a continuación, en orden a que adopte las medidas que estime más convenientes para la defensa de sus intereses en sede jurisdiccional: en el caso de imputado, posición que correspondía al aquí recurrente, fundamentalmente para darle opción a preparar las medidas para su defensa.

El legislador es perfectamente consciente de ello, como demuestra el artículo 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando dispone que las notificaciones podrán practicarse por medio del correo, del telégrafo o de cualquier medio técnico “que permita la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma según determinen las leyes procesales” o, más recientemente, el artículo 162 de la Ley de enjuiciamiento civil, cuando determina en la regulación dedicada a los actos de comunicación judicial que, caso de disponer los órganos judiciales y los destinatarios de sus comunicaciones de medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones, o de otra clase semejante, podrán utilizarlos siempre que los mismos “permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron”. No cumple tales

exigencias, evidentemente, la comunicación telefónica sin más, por lo que tal medio en sí, reiterando lo que ya dijimos en las Sentencias antes aludidas al respecto, no puede considerarse idóneo para efectuar citaciones. Naturalmente ello sin perjuicio alguno de que, respecto del citado por tal vía que comparezca ante el órgano judicial, tal comparecencia conlleve las obligaciones y derechos subsiguientes a una citación correcta, en tanto en cuanto la comparecencia en sí comporta haberse dado por enterado de la comunicación que con él se pretendía.

Finalmente, la STC 175/2009, de 16 de julio, FJ 2, en un supuesto de citación por teléfono a un juicio de faltas de uno de los denunciados, reiteró que entre las garantías contenidas en el artículo 24.1 CE se sitúa «la necesidad de que los actos de comunicación de los órganos judiciales con las partes se realicen de forma correcta y con la diligencia debida», matizando, en cuanto a la diligencia exigible a los órganos judiciales cuando realizan los emplazamientos y citaciones a un juicio oral, no sólo por no estar previsto en la Ley de enjuiciamiento criminal como medio de comunicación procesal, sino especialmente porque en sí mismo considerado no es apto para cumplir el fin perseguido de dejar constancia o acreditación de que el sujeto a quien se pretende comunicar la decisión judicial tenga conocimiento de ella (por todas, STC 94/2005, de 18 de abril, FJ 2).

(.../...)

Este Tribunal ha subrayado en distintas resoluciones (SSTC 41/1987, de 6 de abril, FJ 3; 141/1991, de 20 de junio, FJ 2; 17/1992, de 10 de febrero, FJ 2; 327/1993, de 8 de noviembre, FJ 2; y 10/1995, de 16 de enero, FJ 2) que la finalidad esencial de la citación para la celebración del juicio es la de garantizar el acceso al proceso con todas las garantías y, en concreto, la efectividad del derecho de defensa, por lo que no puede reducirse a un mero requisito formal para la realización de los siguientes actos procesales, sino que es necesario que el contenido y la forma en que se realice garantice, en la mayor medida posible, que aquélla ha llegado efectivamente a poder del destinatario y la constancia en las actuaciones, de manera que, en lo que ahora más nos interesa, a aquél se le proporcione un conocimiento específico, cabal y efectivo de su situación procesal y de las concretas obligaciones que de la misma se desprenden.»

(STC 97/2012, de 7 de mayo. Recurso de amparo núm. 2525/2011. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 5-6-2012).

LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44.1A)

Agotamiento de la vía judicial previa. Incidente de nulidad de actuaciones.

«El incidente de nulidad de actuaciones asume, tras la configuración del nuevo amparo constitucional, una función esencial de tutela y defensa de los derechos funda-

mentales que puede y debe ser controlada por este Tribunal cuando las hipotéticas lesiones autónomas que en él se produzcan tengan “especial trascendencia constitucional”. No puede considerarse como un mero trámite formal previo al amparo constitucional sino como un verdadero instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales que no hayan “podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario” (artículo 241.1 LOPJ). En definitiva, el incidente de nulidad de actuaciones sirve, como así ha querido el legislador orgánico, para reparar aquellas lesiones de cualquier derecho fundamental que no puedan serlo a través de los recursos ordinarios o extraordinarios previstos por la ley; su función en materia de tutela de derechos es, por tanto, la misma, en el ámbito de aplicación que le otorga el artículo 241.1 LOPJ, que la realizada como consecuencia de la interposición de un recurso ordinario o extraordinario y como tal debe ser atendida por los órganos judiciales»

(STC 153/2012, de 16 de julio. Recurso de amparo núm. 5556/2009. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 13-8-2012)

ARTÍCULO 49.1, *IN FINE*

Justificación en la demanda de la especial trascendencia constitucional.

«Conforme a lo dispuesto en el artículo 50.1 a) LOTC, el recurso de amparo no puede ser admitido a trámite si el recurrente no cumple –además de los restantes requisitos procesales previstos en los arts. 42 a 44 LOTC– la ineludible exigencia impuesta por el artículo 49.1 in fine LOTC de justificar en la demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso (por todas, SSTC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2; y 69/2011, y de 16 de mayo, FJ 2; AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 1; 289/2008 y 290/2008, ambos de 22 de septiembre, FJ 1).

Este Tribunal –como destacábamos en la STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3– ha ido realizando numerosas precisiones en cuanto al modo de dar cumplimiento a esta exigencia, destacando fundamentalmente que es algo distinto de razonar sobre la existencia de la vulneración de un derecho fundamental, de modo que en la demanda ha de disociarse adecuadamente la argumentación tendente a justificar la existencia de lesión de un derecho fundamental de aquella dirigida a justificar la especial trascendencia constitucional, exigiendo al recurrente un «esfuerzo argumental» que ponga en conexión las vulneraciones constitucionales que alega con los criterios establecidos en el artículo 50.1 b) LOTC, precepto este último, según el cual, la especial trascendencia del recurso se apreciará atendiendo a «su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». A lo que ha de añadirse que en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, el Tribunal ha identificado, sin ánimo exhaustivo, determinados supuestos en los que concurriría esa especial trascendencia constitucional, avanzando en la interpretación del artículo 50.1 b) LOTC y facilitando a los recurrentes el cumplimiento de la carga justificativa que impone el artículo 49.1 LOTC.»

(STC 107/2012, de 21 de mayo. Recurso de amparo núm. 10268/2009. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera. «BOE» de 20-6-2012).

LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES**ARTÍCULOS 26 Y 31**

«Si, como recuerda la ya citada STC 18/2005, de 1 de febrero, FJ 5, lo que se persigue con las exigencias asociadas al artículo 24.2 CE que deben cumplirse en la fase de instrucción es «garantizar la efectividad del derecho a la defensa y de evitar que puedan producirse contra la persona inculpada en una causa penal, aun en fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión [STC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 3 c); en el mismo sentido, SSTC 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6 c); 19/2000, de 31 de enero, FJ 5 b); 87/2001, de 2 de abril, FJ 3; 174/2001, de 26 de julio, FJ 4; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 4]», podemos descartar que los preceptos cuestionados vulneren la Constitución. En la medida en que quedan salvaguardados los derechos del menor a conocer el hecho punible que se le atribuye, a conocer los derechos que le asisten, y a intervenir en el procedimiento ejerciendo su derecho de defensa, a los efectos de que no haya acusación sorpresiva, desde el momento de la incoación del expediente (artículo 22 LORPM), aunque no sea a través de una entrevista personal con el Fiscal instructor, y en la medida en que, como no podía ser de otra manera, la Ley no prohíbe que el instructor reciba declaración al menor cuando lo estime pertinente y sí impone la práctica de esta diligencia siempre que se solicite en plazo por el Letrado del menor (art. 26.2 LORPM), debe, en suma, descartarse la alegada inconstitucionalidad de los artículos 26.2 y 31 LORPM, por no ser contrarios al derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE).»

(STC Pleno 146/2012, de 5 de julio. Cuestión de inconstitucionalidad 3792/2001. Ponente: D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. «BOE» de 30-7-2012).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

ARTÍCULO 21.5

Reparación del daño. Procedencia de la atenuante. Pago total de la indemnización. Razones de justicia material que determinan su aplicación en trámite de casación, aun cuando no fue solicitada por la defensa ni lo recogen los hechos probados, pues existe escrito de la acusación particular en la que se renuncia al ejercicio de la acción civil por satisfacción extraprocesal.

Constatamos que en el presente caso los hechos probados no mencionan el pago de la indemnización por parte del recurrente, ni la cuantía de la misma ni la relevancia de dicho pago a efectos jurídicos y de satisfacción completa de la responsabilidad civil por parte del agresor, así como que la parte recurrente no solicitó la aplicación de esta atenuante en su escrito de calificación provisional ni en sus conclusiones definitivas.

Pero también es cierto que en la recurrida se hace mención al no ejercicio de acciones civiles dado que la procesada fue resarcida con anterioridad al acto del plenario según un escrito presentado por su representación (Fundamento de Derecho Octavo), por lo que existe pronunciamiento al respecto.

La «vocación fáctica» de ciertos contenidos de los Fundamentos de la Resolución recurrida ha sido utilizada en numerosas ocasiones por esta Sala para complementar el relato de hechos en sentido incriminatorio, por lo que no debe parecer ahora excesivo ni incorrecto que un pronunciamiento tan claro y rotundo como el que constata que la víctima del delito no tiene voluntad alguna de reclamar indemnización por los perjuicios sufridos puesto que, como ella misma manifiesta, ya le han sido satisfechos en su integridad, deba de admitirse, aunque se aloje fuera del «factum», como constancia indubitada de tal extremo que, de por sí, incuestionablemente constituye base fáctica del todo suficiente para la aplicación de la atenuante 5.^a del artículo 21 del Código Penal.

En tanto que por lo que se refiere a la segunda de las objeciones que esta estimación pudiera merecer, cual es la de no haber sido instada la aplicación de esta atenuante por la Defensa del recurrente, en la instancia, si bien es cierto que en una correcta lógica procesal ello es así, tampoco deben olvidarse no sólo las razones de justicia material que abonarían la aplicación de una circunstancia tan evidente, sino, además, el hecho de que a la Defensa que sostiene en todo momento, como es el caso, la libre absolución de su defendido, no puede obligársele a postular una calificación alternativa que, incluyendo la concurrencia de atenuantes, venga a admitir, siquiera sea eventualmente, una hipótesis de culpabilidad, máxime cuando es a partir de la propia declaración de la existencia de reparación, que no se produce hasta el dictado de la Resolución de instancia, cuando se adopta la iniciativa de instar la correspondiente consecuencia atenuatoria.

Por todo lo cual, procede la estimación de este motivo, debiendo dictarse a continuación la correspondiente Segunda Sentencia, que recoja las consecuencias derivadas de esta parcial estimación.

(Sentencia núm. 520/2012, de 19 de junio).

ARTÍCULO 139

Asesinato. El acusado golpea de forma reiterada en la cabeza a la víctima causándole lesiones que le produjeron un estado de coma y finalmente la muerte. Dolo de matar. La previsión del resultado de muerte, elemento esencial para determinar la concurrencia del dolo de matar, no abarca la previsión del mecanismo causal concreto en que se produjo el óbito. Basta conocer la peligrosidad de la agresión. Cualquier persona sabe que patadas repetidas en la zona de la cabeza pueden producir la muerte o al menos acepta ese resultado para el caso de que pudiera producirse (dolo eventual). Alevosía. Elementos y modalidades. Alevosía sorpresiva y de desvalimiento. Aseguramiento de la muerte de la víctima, sin riesgo para el agresor.

La alevosía es una circunstancia de mera tendencia y para ser apreciada es preciso que el *modus operandi* del sujeto se caracterice por el empleo en la ejecución de medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurarla sin el riesgo de defensa que pudiera proceder del ofendido, de modo que no habrá lugar a apreciarla cuando concurra una previa agresión del ofendido, ni una defensa activa por parte del mismo, del mismo modo que cuando el agente avisa al agredido de un propósito de ataque o éste tenía motivos sobrados para sospechar del ataque.

Consecuentemente concluye en que el recurrente ni tuvo la intención ni la finalidad de producir la muerte de la víctima, al no representarse el resultado de muerte. Los actos de agresión se incardinaban dentro de la agresión sexual. El resultado de muerte no fue deseado, sino consecuencia de un actuar imprudente y excesivo, desprovisto de *animus necandi*. Y además de todo ello, no sólo hubo una agresión previa, un puñetazo esquivado contra el coimputado Óscar, lo que impide hablar de alevosía, sino que en la dinámica del delito el recurrente se hallaba enfrentado no sólo a la víctima sino al coimputado que asevera ser la pareja sentimental de la víctima. Dado este equilibrio de fuerza difícilmente puede aducirse que actuara con sólo con inten-

ción de matar sino además mediante medios y modos que tienden a asegurarse la ejecución material del delito de asesinato.

A) Respecto a que el recurrente no tuvo intención ni la finalidad de producir la muerte, sino que este fue consecuencia de un actuar imprudente y excesivo, es necesario subrayar –como se dice en las STS 93/2012, de 16 de febrero; 632/2011 de 28 de junio; 172/2008, de 30 de abril– el elemento subjetivo del delito de homicidio -o asesinato– no sólo es el *animus necandi* o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el «dolo homicida», el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS 415/2004, de 25 de marzo; 210/2007, de 15 de marzo).

Como se argumenta en la STS de 16-6-2004, el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se conecta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto «para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado». (Véase STS 1-12-2004, entre otras muchas).

Así pues, y como concluye la sentencia de esta Sala de 3-7-2006, bajo la expresión «ánimo de matar» se comprenden generalmente en la jurisprudencia el dolo directo como el eventual. Así como en el primero la acción viene guiada por la intención de causar la muerte, en el segundo caso tal intención no puede ser afirmada, si bien en el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sobre el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual contenía su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continua realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de

poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generador.

En similar dirección la STS 4-6-2011 dice que el dolo supone que el agente se representa en resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la conciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico.

En el caso presente en el *factum* se recoge que el recurrente golpeó a la víctima continuamente e insistentemente, arrojándole al suelo y en el fundamento jurídico primero se precisa que inutilizó a la víctima a base de golpes que la dejaron inconsciente, destacando la intensidad de los mismos y la zona del cuerpo a la que dirigió el ataque, propinando patadas sobre la cabeza de aquélla, lo que le ocasionó un gran hematoma subdural en el hemisferio cerebral izquierdo de más de 4/5 cm en un diámetro mayor con herniación subfalciana y transtentorial y desplazamiento de la línea media mayor de 1 cm con sangrado activo y posible fractura de peñasco que la provocó pérdida de la consciencia y posterior coma Glasgow de 3/15, y su fallecimiento casi tres meses después.

Resulta evidente que el acusado actuó con intención de matar. La previsión del resultado de muerte, elemento esencial para determinar la concurrencia del dolo de matar, no abarca la previsión del mecanismo causal concreto en que se produjo el óbito. Basta conocer la peligrosidad de la agresión cualquiera que sea luego la incidencia en el cuerpo humano que ocasiona directamente la muerte, para que haya que entender que el ánimo homicida existió. Cualquier persona ha de saber y sabe que patadas repetidas en la zona de la cabeza pueden producir la muerte y si no se da solo una, sino varias, es porque se quiere matar (dolo de primer grado), o al menos, aceptar ese resultado para el caso de que pudiera producirse (dolo eventual) (STS 266/2006, de 7 de marzo), lo cual impide la calificación de la conducta como imprudente. El ánimo de matar es un elemento interno del sujeto, que como perteneciente a su conciencia, solo puede ser acreditado generalmente mediante la inferencia construida sobre hechos objetivos debidamente acreditados. Como el acusado golpeó repetidamente con patadas la cabeza de la mujer, su intensidad y localización impiden considerar la posibilidad de su causación casual o imprudente, siendo clara la intencionalidad de la conducta y, por tanto, su ánimo de matar (STS 319/2007, de 18 de abril).

B) Respecto a la concurrencia de la alevosía en STS 632/2011, de 28 de junio, explica que el TS viene aplicando la alevosía a todos aquellos supuestos en los que el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de conectar el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito asesinato (artículo 139-1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (artículo 22-1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

En cuanto a su naturaleza, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su *modus operandi* suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad (STS 16-10-96) lo que conduce a su consideración como mixta (STS 28-12-2000).

En cuanto a la «eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación» (STS 13-3-2000).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos (SSTS 155/2005 de 15 de febrero, 375/2005 de 22 de marzo):

a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.

b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el «modus operandi», que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.

c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.

d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS 1866/2002, de 7 de noviembre).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS 178/2001, de 13 de febrero).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S 49/2004, de 22 de enero, viene distinguiendo:

a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.

b) alevosía súbita o inopinada, llamada también «sorpresiva», en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En

estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.

c) alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

De lo antes expuesto, se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresiva, que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa. Como señala la STS 19-10-2001, es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso.

En el caso presente en el *factum* se recoge que el acusado golpeó contundentemente e insistentemente a la víctima, arrojándole sobre el colchón.

Pronunciamiento fáctico que se ve complementado en el fundamento jurídico primero en el sentido de que José se aprovechó de la ventaja que le proporcionaba su propia constitución física y fortaleza que junto a la sorpresa de su inesperado asalto impidió cualquier reacción evasiva o de huida de la víctima, destacando que no apreció en el cuerpo del acusado lesión, ni siquiera leve, que permita presumir acción definitiva de la víctima, y si por el contrario que inutilizó a ésta a base de golpes –patadas en la cabeza– que le dejaron inconsciente.

Siendo así concurren los presupuestos para la aplicación de la alevosía.

Es cierto que esta agravante no se aprecia en casos en los que el luego agredido habría desarrollado una conducta agresiva contra el acusado, mediante amenazas o agresiones al mismo o a algún acompañante, pero esto no es la situación contemplada, dado que es el propio acusado quien intentó agredir al coimputado, Óscar, compañero sentimental de la víctima.

Hay alevosía, en su modalidad de sobrevenida en la acción de seguir golpeando a la víctima ya en el suelo semiinconsciente, y por tanto, totalmente desvalida. El acusado golpeó y tiró a un colchón a la víctima, continuando pegándole patadas en la cabeza, cuando estaba totalmente a su merced. La alevosía sobrevenida aparece en la acción de seguir golpeando estando inconsciente y sin oportunidad de respuesta defensiva hay aplicación individualizada de la agravante –dice la STS 1346/2005, de 21 de octubre– a un segmento de la agresión, aquella que comienza con la pérdida de conocimiento de la víctima.

La conducta ha de ser alevosa desde el momento mismo de la acción, sin embargo ello no obsta a que, iniciada una acción delictiva con carácter alevoso, se inicie después otra distinta contra el mismo sujeto en que puede apreciarse una alevosía sobrevenida (STS 147/2007, de 19 de febrero).

La alevosía puede aparecer en el desarrollo del ataque si éste es capaz de alguna forma de individualizarse en un nuevo contexto de indefensión creada o buscada por el agresor.

Hay alevosía en supuestos de indefensión sobrevenida, que reproduce en ciertos casos aun cuando en el comienzo de la agresión no se halla presente esta agravante, siempre que en una segunda secuencia de la actuación del autor, el ataque se reanuda aprovechando éste la indefensión en que se encuentra la víctima (STS 243/2004, de 24 de febrero; 306/2005, de 8 de marzo; 880/2007, de 2 de noviembre; 550/2008, de 18 de septiembre; 640/2008, de 8 de octubre; 790/2008, de 18 de noviembre).

(Sentencia núm. 599/2012, de 11 de julio).

ARTÍCULO 180.1.3

Abuso sexual. Acceso carnal sobre víctima de siete años de edad. Prevalimiento de parentesco. Subtipo agravado de especial vulnerabilidad. Casuística jurisprudencial. Procedencia. Se tiene en cuenta, además de la edad de la víctima, la situación de especial confianza que el acusado mantiene con el menor y con sus padres.

Se estima inaplicado indebidamente, el subtipo agravado de especial vulnerabilidad del menor del artículo 182-2º en relación con el artículo 180-1-3.º CP.

La sentencia de instancia en el fundamento jurídico segundo in fine la no aplicación de dicho subtipo «... por cuanto la edad del menor ya ha sido tenida en cuenta para calificar los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual no consentido pues ello supondría una doble valoración contra reo de una misma situación de inferioridad...».

No se puede compartir esta argumentación, se está ante dos realidades distintas con autonomía propia y que inciden copulativamente sobre el menor, por lo que la valoración de cada una de ellas no supone vulneración del *non bis in idem* porque se valoran dos situaciones distintas:

- a) La víctima es menor de 13 años.
- b) Además, el autor es el padrino de bautismo del menor, mantenía una estrecha amistad con los padres de Pablo e incluso se quedaba con él cuando los padres por razones de trabajo se ausentaban.

Son dos las condiciones que colocaron al menor en una clara inferioridad frente a su agresor: se trataba de un niño de siete años y además, era su propio padrino con el que existía una relación muy estrecha, lo que supone un mayor grado de doblegamiento psicológico de la voluntad del menor y paralelamente un mayor aprovechamiento de esta situación de vulnerabilidad, y eso es precisamente lo que justifica la mayor punición, por la mayor culpabilidad de la acción del recurrente.

Es constante la doctrina de la Sala en este sentido, y siempre, desde luego, en atención a las circunstancias concretas del caso y a la descripción que se haga en el *factum*, que en el presente caso es clara en cuanto a la existencia de ese factor de prevalimiento que el recurrente puso al servicio de su defensa que provocó la situación de especial vulnerabilidad en el niño.

STS 8/2001, de 12 de enero: dos realidades distintas: la mera edad de la víctima y la situación de prevalimiento.

STS 1564/2005, de 27 de diciembre: se insiste en la existencia de dos realidades distintas por lo que no hay vulneración del *non bis in idem*, doble valoración a dos situaciones distintas.

STS 422/2010, de 23 de abril: minoría de edad más un rol de superioridad que opera conjuntamente.

Por contra, también existen sentencias que no aplican la especial vulnerabilidad cuando además de la menor edad no existe otro dato que acredite autónomamente la situación de especial vulnerabilidad, y así, se pueden citar las SSTS 763/2004 «... de la menor edad de 12 años no se sigue automáticamente la aplicación del tipo básico y de la agravación, sino que es preciso alguna circunstancia añadida a la edad...».

En igual sentido, SSTS 743/2010, de 17 de junio; 483/2010, de 25 de mayo o 1342/2003, de 20 de octubre.

Procede la estimación del recurso del Ministerio Fiscal con las consecuencias punitivas que se concretarían en la segunda sentencia.

(Sentencia núm. 435/2012, de 31 de mayo).

ARTÍCULO 248

Estafa. Entrega de cheque sin fondos, quedando sin abonar el importe del alojamiento y manutención de los trabajadores del acusado que habían permanecido en el establecimiento hostelero del querellante. Engaño bastante. Apariencia de solvencia del acusado, cuyo engaño sirvió para que las víctimas siguieran prestándoles los servicios. Sujetos activo y pasivo del delito.

La estafa de hospedaje es una modalidad defraudatoria en la que los autores del delito suelen actuar mediante actos tácitos o concluyentes, de modo que con su simple presencia y el uso y consumo de los servicios que se le prestan generan la apariencia falsa de que en su momento pagarán, no haciéndolo finalmente.

Se objeta que no concurren elementos de prueba suficientes para constatar el delito de estafa, y en concreto en lo que atañe al requisito del engaño. En contra de lo que alega la defensa, sí constan en la causa elementos de prueba que desvirtúan la presunción de inocencia y fundamentan la base fáctica del delito de estafa.

En efecto, tal como declararon en el plenario los dos testigos de cargo que se hallaban codirigiendo el establecimiento hotelero o de hospedaje en que se produjo la acción delictiva, el acusado compareció en el hostel conduciendo un vehículo marca Mercedes de última gama y bien vestido, dando así una apariencia de que se trataba de una persona solvente con la que no iban a surgir problemas en el momento de abonar los gastos de manutención y alojamiento de los 35 trabajadores que iban a ejecutar una obra en las proximidades para el Hospital Central de Asturias.

Al transcurrir los primeros quince días de estancia, comprendidos entre el 15 y el 30 de junio de 2006, el acusado abonó la suma de 6.300 euros correspondientes a los gastos de esa primera quincena, pago que hizo en parte en metálico y en otra parte mediante una transferencia bancaria.

Después, y en lo que atañe al abono del mes de julio, el acusado o el encargado que estaba al mando de los trabajadores de la obra, fueron dando largas sobre su pago, según especificó doña Andrea, hasta que finalmente aquel les entregó un cheque en pago de la deuda por la suma de 12.493 euros.

El acusado alegó en la vista oral del juicio que el cheque fue entregado como garantía del pago y no como pago real y efectivo. Sin embargo, ello fue negado por los regentes del establecimiento, negativa cuya veracidad se ha visto corroborada por

el hecho de que pasaran inmediatamente el cheque al cobro a través del Banco Popular de Oviedo, que es donde tienen abierta la cuenta (folio 8 de la causa). Posteriormente se informaron de que el Banco contra el que se libró el cheque era el Banco Popular de Portugal y no de España, por lo que hubo que gestionar el cobro del cheque en Portugal, trámite que se dilató en el tiempo, de ahí que los querellantes siguieran prestando el servicio completo de hospedaje a los obreros del acusado, siempre en la creencia de que las gestiones del cobro del cheque en Portugal tendrían un resultado positivo, cosa que finalmente no ocurrió, al contestar el Banco portugués en el mes de septiembre que la cuenta contra la que se libró el documento mercantil carecía de fondos.

Ya a primeros de octubre desaparecieron del hostel el acusado y el encargado de los trabajadores, así como estos, adeudando aquel los gastos correspondientes a los meses precedentes, cantidad que asciende a la suma total de 24.984 euros, y que ha de considerarse correcta si se pondera que la factura correspondiente a quince días que sí abonó alcanzó la cifra de 6.300 euros.

El recurrente alegó en su descargo que no pagó porque no conocía el importe de la deuda, dado que no se le pasaron al cobro facturas concretas con las sumas detalladas de lo adeudado, alegación que desdijeron los testigos querellantes afirmando que se le había concretado todo el importe detallado de lo adeudado.

También manifestó en la vista oral del juicio que no pagó porque el servicio de comida prestado por el Hostel era deficiente. A ello respondió ofendida la testigo encargada y dueña del local, Andrea, manifestando en el plenario que no habían tenido ninguna queja de la comida, respuesta que concuerda con el hecho contrastado del tiempo que se mantuvieron los trabajadores residiendo y comiendo en el hostel, y atendiendo también al documento que firmaron tres de los trabajadores (folio 9 de la causa).

También señaló la defensa que el acusado no intervino por su cuenta en la contratación del hospedaje, sino que lo hizo por cuenta de su empresa constructora. Sin embargo, ello no se ajusta a lo que declararon los testigos, quienes manifestaron que el acusado en todo momento actuó por su cuenta y no en nombre de una empresa. Ello aparece refrendado por el dato de que el cheque que resultó impagado aparece librado por el propio acusado a título personal y no en nombre de una empresa.

Por todo lo cual, se considera que sí ha quedado enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia, debiendo pues desestimarse este primer motivo.

En cuanto al requisito del engaño bastante en la conducta del acusado La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido de forma reiterada que el engaño en el delito de estafa tiene que ser un engaño precedente, bastante y causante. En cuanto al requisito del engaño precedente, comporta la exigencia de un engaño como factor antecedente y causal del desplazamiento patrimonial por parte del sujeto pasivo de la acción en perjuicio del mismo o de un tercero, desplazamiento que no se habría producido de resultar conocida la naturaleza real de la operación (SSTS 580/2000, de 19 de mayo; 1012/2000, de 5 de junio; 628/2005, de 13 de mayo; 977/2009, de 22 de octubre).

Como tiene también dicho esta Sala, en el delito de estafa se requiere la utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. De manera que la idoneidad en abstracto de una determinada maquinación sea completada con la suficiencia en el caso concreto en atención a las características personales de la víctima y del autor, y a

las circunstancias que rodean al hecho. Además, el engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero (STS 288/2010, de 16 de marzo; y 512/2012, de 10 de junio).

La aplicación de tales pautas jurisprudenciales al caso ahora debatido impide que prospere la tesis exculpatoria del recurrente, pues los indicios de un comportamiento engañoso por parte del acusado se muestran incuestionables. Y así, en primer lugar, es claro que el acusado, tal como se constató en la prueba testifical del plenario, compareció ante los propietarios del negocio de hospedaje dando la apariencia de ser una persona de notable solvencia, tanto por el vehículo que utilizaba como por la forma de vestir.

Además, pagó la primera quincena de mantenimiento y alojamiento de los 35 trabajadores y en ningún momento dejó entrever que iba a tener problemas económicos para seguir abonando las siguientes, sino todo lo contrario.

Cuando los dueños del hostel manifestaron su preocupación porque estaba retrasando excesivamente el pago de la primera quincena del mes de julio, el acusado los tranquilizó diciéndoles que no iba a haber ningún problema con el pago del hospedaje de las 35 personas. Y después les entregó un cheque el día 2 de agosto dando a entender que con él quedaba saldada la deuda, ocultando que la cuenta del librador carecía de fondos, engaño que le sirvió para que los querellantes prosiguieran prestándole los servicios de comida y de habitación hasta los primeros días del mes de octubre siguiente.

Por consiguiente, ha de concluirse que sí concurre prueba de cargo acreditativa de que el acusado se valió de varios actos fraudulentos en cadena que sirvieron de señuelo para obtener unas contraprestaciones de las que se benefició en perjuicio de la parte querellante, a la que adeuda una cantidad superior a los 24.000 euros.

Siendo así, el motivo resulta inatendible.

(Sentencia núm. 929/2012, de 19 de noviembre).

ARTÍCULO 301

Blanqueo de capitales. Doctrina sobre los «actos neutrales». Actos de «conversión» y «transmisión» de bienes, a sabiendas de su ilícito origen, que son acciones aptas para dificultar el conocimiento del origen último de los bienes. Quien ejercita estos actos típicos, conociendo su significación y su origen ilícito comete el delito, por más que puedan tener otra finalidad que se pretenda situar como móvil exclusivo.

El desarrollo del motivo hace necesario recordar la doctrina recogida en la STS 1300/2009, de 23 de diciembre, sobre los denominados actos neutrales como insuficientes para erigir el comportamiento de su autor en forma participativa criminalizada bajo el título de cooperación necesaria.

En el marco de nuestra jurisprudencia, hemos abordado aspectos de esta cuestión al referirse al significado causal de acciones cotidianas respecto del hecho principal (STS 185/2005), a la del gerente de una sucursal bancaria y a la intermediación profesional de un abogado en operaciones bancarias (STS 797/2006) y a la participación de operarios que realizaron trabajos de su oficio que sirvieron para acondicionar un vehículo empleado en el transporte de droga (STS 928/2006). En estos supuestos es

necesario comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por el que realiza una acción que, en principio, es socialmente adecuada.

Por ello los actos que convenimos en conocer como «neutrales» serían aquellos cotidianos de los que se puede predicar que, siendo socialmente adecuados, no cabe tenerlos por «típicos» penalmente. Y no lo son porque, con independencia del resultado, esos actos no representan un peligro socialmente inadecuado.

Así dijimos en nuestra Sentencia nº 34/2007, de 1 de febrero, que: una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución.

Recordamos allí criterios para poder calificar un acto neutral como participación delictiva: se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc.

3. De acuerdo con esta doctrina la conducta del letrado Sr. Benedicto Héctor no puede ser calificada de acto neutral, al no limitarse a una labor de asesoramiento profesional. La especial estructura de las sociedades constituidas en Delaware y la opacidad de las transmisiones respecto a la Hacienda Pública y terceros, su directa participación en la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada en España, gestionando y administrando sus cuentas con las que adquirirían los inmuebles, hacia esta especialmente idónea para el blanqueo de dinero de origen ilícito y la comisión de los delitos investigados –blanqueo de capitales y contra la Hacienda Pública–.

Existencia de riesgo de su utilización delictiva que debió extremar las cautelas para prevenir esa posible ilícita utilización.

4. Y en relación a la exclusión de la tipicidad mediante la alegación de un móvil (flexibilizar inversiones y obtener ventajas fiscales) como acertadamente recuerda el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, tal argumento entremezcla y trastoca los distintos planos del ámbito interno de la conducta delictiva.

En efecto, el dolo no debe confundirse con el móvil, de modo que mientras no se incorpore el móvil o ánimo especial al tipo del injusto no tendrá ningún poderío desestigmatizador y sólo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes o agravantes genéricas o específicas que le recojan (SSTS 1688/99, de 1 de diciembre, 474/2005, de 17 de marzo).

Por ello, en derecho penal, los móviles que guían la conducta de las personas imputadas en procesos penales son irrelevantes en la construcción dogmática del elemento subjetivo de los tipos penales. En otras palabras, carece de relevancia si el imputado realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal o para cualquier causa, lo relevante es si cuando realiza la acción comprendía el alcance de la norma prohibitiva y si era capaz de actuar conforme a esa comprensión y a tal efecto, a esa conclusión se llega cuando se constata que el imputado guió su conducta a la realización del tipo penal o si no quiso indagar, pudiendo hacerlo, sobre el contenido de su conducta, asumiendo los resultados que pudieran producirse (STS 1106/2006, de 10 de noviembre).

En el caso presente se tipifican los actos de «conversión» y «transmisión» de bienes, a sabiendas de su ilícito origen: la transmisión y conversión en otros bienes, son acciones, naturalmente, o por ellas mismas, aptas para dificultar el conocimiento

del origen último de los bienes. Quien ejercita estos actos típicos, conociendo su significación y a sabiendas del origen ilícito de los bienes, comete el delito por más que puedan tener otra finalidad que se pretenda situar como móvil exclusivo.

(Sentencia núm. 974/2012, de 5 de diciembre).

ARTÍCULO 305

Delito contra la Hacienda Pública. Incumplimiento de la obligación de abonar la cuota debida en concepto de impuesto de sociedades e IVA. Entramado de sociedades que pretendía ocultar la identidad del verdadero socio, titular de las participaciones y administrador de la sociedad dedicada a la promoción, construcción, venta y arrendamiento de bienes, y eludir el pago de los impuestos de IVA y Sociedades resultante de varias operaciones de venta de fincas. Ánimo defraudatorio como elemento subjetivo del tipo.

Tiene declarado esta Sala, (como es exponente la Sentencia 1244/2003, de 3 de octubre), que el delito contra la Hacienda Pública tiene como elemento subjetivo el ánimo de defraudar pero éste, que es evidente en quien declara mal o torticeramente los datos que han de servir para la liquidación del impuesto, puede darse también en quien no declara porque, siendo consciente del deber de hacerlo, omite una actuación esperada por la Administración Tributaria y la omisión es susceptible de ser tomada como expresión inveraz de que no existe el hecho imponible.

Y en la Sentencia de esta Sala 801/2008, de 26 de noviembre, se expresa que la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo, constituye una conducta defraudatoria en tanto en cuanto implica una infracción del deber mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina. Situación perfectamente aplicable al caso que ahora examinamos.

Han quedado, pues acreditadas, las conductas que se subsumen en los tres delitos contra la Hacienda Pública, correctamente apreciados por el Tribunal de instancia.

(Sentencia núm. 31/2012, de 19 de enero).

ARTÍCULO 319.1

Delito contra la ordenación del territorio. Construcciones ilegales y cultivo intensivo en zona no autorizada para uso agrícola. Cambio del uso del suelo desde el forestal y de cultivos de secano según zonas, al de agricultura intensiva de regadío, expresamente prohibido, por incluirse la finca en zona de máxima protección medioambiental por su valor ecológico en el entorno de Doñana.

Ciertamente en el hecho probado se describe con enorme claridad la conducta desarrollada por el acusado que en documento privado de octubre de 2004 convino con José Pedro propietario de la finca matriz, monte bajo de carácter eminentemente forestal y afectado por el Plan de Ordenación del Ámbito Territorial de Doñana ya

aprobado por Decreto 341/2003, el cambio de uso para su transformación agraria a sabiendas que la mayoría de la finca estaba incluida en la Zona A, de máxima protección medioambiental por su valor ecológico, y solo pequeñas superficies se encontraban clasificadas como zona C, no urbanizables pero compatibles con el uso agrario de cultivo de secano.

En esta tesitura, el 29 de septiembre de 2005, el acusado actuando en nombre de agromolinillo compra a José Pedro noventa hectáreas de la finca, que éste segregó para su venta, señalando como precio más de dos millones de euros, precio estratosférico habida cuenta el carácter forestal de la finca y la imposibilidad de su transformación en agraria, y que evidentemente obedece al propósito de los acusados de proceder, a cualquier precio, a la transformación del uso de la finca. De esta manera, al día siguiente, arrendó 50 hectáreas al también acusado Apolonio, y realizaron las siguientes actuaciones:

1.º) Apolonio obtuvo en septiembre de 2006 autorización administrativa para el destacado y restauración forestal de 6 hectáreas, y con incumplimiento de su obligación de respetar los pies de pinos y de vegetación y prohibición de realizar acciones erosivas en el suelo, arrancó toda la cubierta vegetal, extendiéndose más allá de la zona autorizada para aumentar la zona de cultivo.

2.º) Los acusados a partir de 2005, no solo roturan el suelo nivelándolo con maquinaria pesada, con desmonte de ladera y desvío del cauce de un arroyo, sino que eliminaron la cubierta vegetal, conservando solamente hectáreas de árboles en los linderos de los caminos para ocultar las transformaciones que venían operándose.

3.º) Los acusados Millán y Apolonio, durante el año 2006 construyeron una enorme balsa que afectó a los recursos hídricos de la zona, y en el año 2007 el acusado Millán ordenó la construcción de una nave en los terrenos segregados.

4.º) Por último, en febrero de 2008 que en la zona prohibida, el acusado instaló 24 módulos prefabricados para el alojamiento de trabajadores. Como colofón de la conducta desarrollada por los acusados, se declara probado que los daños ocasionados en la zona requieren la restauración de la cubierta vegetal, restitución de perfiles materiales y red hidrológica, retirado de la infraestructura agrícola y mantenimiento de la repoblación durante varios años, tasándose pericialmente en más de medio millón de euros.

La descripción fáctica confirma el acierto del Tribunal sentenciador en la calificación jurídica de los hechos incardinados en el artículo 319.1 del Código Penal. El acusado actúa evidentemente como promotor de las construcciones ilegales y transformaciones del terreno realizadas en la finca, estando perfectamente delimitada su actuación en el «factum».

En cuanto al concepto de promotor, la doctrina jurisprudencial desde la STS 1250/2001, 26 de junio, corroborada posteriormente por la sentencia 690/2003, 14 de mayo, viene considerando que como la Ley de Ordenación de la edificación de 1999 considera que promotor lo puede ser cualquiera, incluso ocasionalmente, la figura del promotor parte de una realidad preexistente, no se trata de un vocablo técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente, de manera que en el ámbito del artículo 319 será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, propugna o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación (*vid.* STS 1127/2009, de 27 de noviembre). Figura en la que, indudablemente, debe incardinarse la actuación del acusado. En cuanto al término «construcción», como señala con acierto la sentencia de instancia, debe tenerse en cuenta el concepto introducido en la ya citada sentencia de la Sala Segunda 1182/2006, de 29 de noviembre,

en asunto similar al que nos ocupa en el que en la construcción de una red de caminos cementados se había destruido la cubierta vegetal y soterrado el suelo, según el cual debe considerarse como construcción la que se produce por la obra del hombre y con el empleo de medios mecánicos y técnicos apropiados, con una sustancial modificación, con vocación de permanencia, de la configuración original de la zona geográfica afectada, debiendo tenerse en cuenta la significativa diferencia terminológica utilizada por el legislador, que emplea el vocablo «construcción» como acción típica en el epígrafe 1º del precepto, y «edificación» en el 2º, mucho más restringido que el otro.

Además, no cabe discutir que la instalación de una nave y módulos prefabricados constituye, sin duda, una construcción en el sentido etimológico del término. Por lo demás, no cabe discutir sobre la afectación del bien jurídico protegido porque el paraje tiene la consideración de especialmente protegido en la normativa administrativa, y es evidente la afectación de la ordenación del territorio que conlleva, que por su obviedad no merece mayores comentarios. Por último, se alude a que los acusados obtuvieron licencias administrativas y autorizaciones que permitían las actividades desarrolladas.

La afirmación es incierta, pues la nave, módulos y balsa de agua se realizaron sin solicitar licencia y autorización alguna, y en el caso que se solicitó autorización, se excedieron los acusados del ámbito de la misma para conseguir su propósito, que no era otro que la conversión del terreno en agrícola de regadío intensivo. La calificación de licencia-pantalla que realiza el Tribunal parece acertada, especialmente si se atiende al informe pericial, ratificado en el plenario, que afirma la falta de coincidencia entre las licencias que se solicitaban y la extensión y ubicación de las zonas de cultivo intensivo que se iban abriendo, amén de la imposibilidad de legalización de las obras desarrolladas porque en su conjunto afectaban a terrenos incluidos en la zona A, concluyendo el perito que los terrenos afectados por la transformación eran y son totalmente forestales y que en su actual estado la finca no cumple con su función forestal.

A mayor abundamiento, una simple licencia municipal no es suficiente para alterar o modificar el uso de la finca forestal, pues de conformidad con el artículo 40 de la Ley Forestal el cambio de uso de un terreno necesita informe y autorización del órgano forestal competente; en la misma línea, el artículo 62 de la Ley Forestal de Andalucía 2/1992, 15 de junio, dispone que el cambio de uso de los terrenos forestales para cultivos agrícolas u otros forestales requerirán autorización de la Administración Forestal, con independencia de la titularidad de los terrenos, sin perjuicio de las restantes autorizaciones o licencias requeridas.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia núm. 54/2012, de 7 de febrero).

ARTÍCULO 325

Delito contra el medio ambiente. Empresa dedicada a la fabricación de jabones para cosmética, geles y champús de baño sin autorización para vertidos de aguas residuales industriales que vierte las mismas a una arqueta o colector de aguas domésticas y sanitarias, desde donde iban a parar hasta el río, contaminando su cauce y dañando de manera grave la vegetación y el ecosistema del río.

El segundo de los motivos, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim. denuncia aplicación indebida del artículo 325 del CP, en la medida en que la sentencia recurrida

contiene una alusión a una norma extrapenal derogada, toda vez que la ley estatal 16/2002 de prevención y control integrados de la contaminación, derogó expresamente las autorizaciones de vertido del artículo 100 del Real Decreto Legislativo 1/2001. Así se desprendería de su disposición derogatoria única, en cuyo ámbito se incluyeron «... las prescripciones establecidas en la legislación sectorial que se cita a continuación, en relación con los procedimientos de solicitud, concesión, revisión y cumplimiento de las siguientes autorizaciones ambientales: autorizaciones de vertidos a las aguas continentales de cuencas intracomunitarias, reguladas en el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2001, 20 de julio».

También se refiere la defensa, ya en el ámbito autonómico, a la aprobación de una norma –la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades– que habría derogado algunos aspectos de la Ley 3/1998, 27 de febrero, norma aplicada por la sentencia que se recurre.

El motivo no puede ser acogido.

A) La defensa incurre en el mismo defecto que en el motivo precedente cuando incluye en el ámbito del principio acusatorio la exigencia de que el precepto administrativo que define la contravención normativa que da vida a la acción típica, tenga que estar vigente, con el mismo *nomen iuris*, en el momento del enjuiciamiento de los hechos. Como hemos afirmado en el anterior fundamento jurídico, lo verdaderamente decisivo es que el elemento normativo que acoge el artículo 325 del CP sea integrado con la suficiente claridad como para evitar cualquier interpretación extensiva generadora de indefensión o que desborde los límites exigidos por el principio de legalidad.

La Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, frente a lo que razona el recurrente, no supuso una derogación del régimen de autorización para la realización de los vertidos contaminantes. Así se desprende del artículo 4 de la mencionada ley, en el que se regula lo que el precepto denomina «principios informadores de la autorización ambiental integrada», o del artículo 5 en el que se señalan, entre las obligaciones de los titulares de las instalaciones sometidas a control, las siguientes: «a) disponer de la autorización ambiental integrada y cumplir las condiciones establecidas en la misma; b) cumplir las obligaciones de control y suministro de información previstas por la legislación sectorial aplicable y por la propia autorización ambiental integrada; c) comunicar al órgano competente para otorgar la autorización ambiental integrada cualquier modificación, sustancial o no, que se proponga realizar en la instalación».

La norma legal a la que la defensa atribuye un efecto derogador que habría afectado al régimen de autorización de vertidos de sustancias contaminantes en la comunidad autónoma catalana participa, por el contrario, de una finalidad radicalmente distinta a la que le adjudica el recurrente. Su aprobación buscaba transponer a nuestro sistema jurídico la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación. De lo que se trataba era de «... evitar, o al menos reducir, las emisiones de estas actividades en la atmósfera, el agua y el suelo, incluidos los residuos para alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente considerado en su conjunto».

En suma, la Ley 16/2002, lejos de aligerar el nivel de exigencia en el régimen de autorización administrativa para la realización de vertidos, nació –como proclama la exposición de motivos– con «... una inequívoca vocación preventiva y de protección del medio ambiente en su conjunto, con la finalidad de evitar, o, al menos, reducir, la contaminación de la atmósfera, el agua y el suelo. [...] A estos efectos, el control integrado de la contaminación descansa fundamentalmente en la autorización ambiental integrada, una nueva figura de intervención administrativa que sustituye y aglutina al

conjunto disperso de autorizaciones de carácter ambiental exigibles hasta el momento, con el alcance y contenido que se determina en el Título III».

Como apunta el Fiscal, la reforma introducida sólo afectaría a los procedimientos a seguir en la solicitud, concesión, revisión y cumplimiento de las autorizaciones ambientales reguladas en el Decreto Legislativo 1/2001, 20 de julio, pero no significa –frente a la tesis del recurrente– que en adelante no sea precisa la autorización que requiere el artículo 100 de esa norma reglamentaria para realizar vertidos contaminantes.

B) En el ámbito estrictamente autonómico, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades, tampoco se habría producido ese efecto derogatorio con influencia en el juicio de subsunción verificado por el Tribunal de instancia. En modo alguno puede afirmarse que la nueva regulación aprobada por el parlamento catalán implique un debilitamiento de los rígidos controles administrativos en la autorización de vertidos contaminantes. Así, en el Anexo II, referido a las «actividades sometidas al régimen de licencia ambiental, «se incluyen la fabricación de: 5.12.a) Jabones, detergentes y otros productos de limpieza y abrillantado; 5.12.b) Perfumes y productos de belleza e higiene».

Por tanto, no ha existido la infracción legal denunciada por la defensa. El juicio histórico describe cómo el acusado, en su condición de principal responsables de «Laboratorios Glower, S.A.» llevó a cabo vertidos incontrolados, careciendo de las licencias administrativas y de las preceptivas autorizaciones para vertidos de aguas residuales e industriales. Esos vertidos sobre el río Anoia se realizaron sin ningún sistema de depuración y tratamiento de las aguas, yendo a parar a una arqueta o colector de aguas domésticas y sanitarias, acabando en el cauce del río, con el consiguiente daño grave de la vegetación y el ecosistema de las aguas fluviales.

(Sentencia núm. 411/2012, de 18 de mayo).

ARTÍCULO 390

Falsedad de documento público. De notario que, habiéndose otorgado ya las escrituras públicas ante él, y devueltas por el Registro, procedió a alterar materialmente las matrices y las certificaciones de Juntas de entidad mercantil cambiando las fechas de la junta de socios a la que se referían y la intervención de personas en las mismas.

1. Según se desprende de los hechos probados, las escrituras mediante las que se elevaban a públicos los acuerdos adoptados en la junta de socios celebrada el 17 de octubre de 1997 fueron otorgadas ante el recurrente en noviembre de 1998, uniéndose a ellas certificaciones de lo acordado en la referida junta. Las escrituras fueron devueltas por el registro Mercantil, ante lo cual, el recurrente procedió a rectificar en las escrituras y en las certificaciones la fecha de la junta de socios, sustituyendo la mención al año 1997 por otra relativa al año 1998. Asimismo, con fecha 12 de abril de 1999 se añadió una diligencia redactada por el recurrente en la que se hacía constar que el nombramiento del compareciente (Maximiliano) provenía de una junta celebrada el 17 de octubre de 1998. Por el contrario, en una tercera escritura relativa al otorgamiento de un poder, se mantuvo la referencia al 17 de octubre de 1997 como fecha de celebración de la junta de socios. El recurrente entiende que para la correcta

valoración de estos hechos es preciso tener en cuenta que los administradores que se dice cesados en 1997 firmaron en junio de 1998 las cuentas del ejercicio 1997, lo que acredita que en realidad no habían cesado.

2. A pesar de las argumentaciones del recurrente, el tribunal de instancia ha tenido en cuenta el hecho mencionado en el fundamento jurídico tercero, al final, aunque no le reconozca los efectos que se pretenden en el motivo, lo que esta Sala considera razonable.

Efectivamente, el que los administradores cesados por la junta de socios celebrada el 17 de octubre de 1997 firmaran en 1998 las cuentas de ese ejercicio, no tiene la trascendencia que le atribuye el recurrente en relación al delito de falsedad, aunque pudiera tenerla en otros aspectos distintos referidos al alcance de su responsabilidad como administradores, que no es preciso concretar ni examinar aquí.

Lo relevante a los efectos del tipo penal es que de la sentencia resulta que al recurrente le constaba que la junta de socios en la que se habían adoptado los referidos acuerdos, que se elevaban a públicos ante él, era de fecha 17 de octubre de 1997. Pues el encargo de confección de las escrituras se produjo en octubre de 1997; así se hacía constar en las primeras escrituras, luego devueltas por el Registro Mercantil, y así aparecía en las certificaciones de los acuerdos, ya firmados ante el notario recurrente por quienes comparecían ante él. Y con independencia de los efectos que pudieran tener, especialmente frente terceros, el hecho de que los ceses y nombramientos de administradores acordados en dicha junta de socios, una vez aceptado el último, no se inscribieran en el Registro en el plazo legal; el que los cesados no hubieran instado la debida inscripción del cese en el Registro; incluso el que los citados administradores firmaran, con posterioridad al referido acuerdo, las cuentas del ejercicio de 1997; o la determinación de si esa fue o no su única actuación como tales en ese periodo, lo cierto es que todo ello no autorizaba al recurrente a rectificar unas escrituras ya otorgadas para hacer figurar en ellas como fecha de celebración de la junta de socios a la que se referían una distinta a la que realmente correspondía. No se trata, pues, de que el notario actuara sobre la base de unas nuevas certificaciones presentadas ante él por los comparecientes, ignorando si éstas respondían o no a la realidad, sino de que, habiéndose otorgado ya las escrituras públicas ante él, y devueltas por el Registro, procedió a alterar materialmente las matrices y las certificaciones cambiando las fechas de la junta de socios a la que se referían, sustituyendo las menciones al año 1997 por otras al año 1998, y redactando bajo su fe, además, una diligencia en la que se hacía constar que el nombramiento del compareciente provenía de una junta celebrada el 17 de octubre de 1998, cuando le constaba que la junta se había celebrado en el mismo día y mes del año anterior. En definitiva, el recurrente contribuyó dolosamente a que se hicieran constar en escrituras públicas otorgadas ante él unos acuerdos sociales adoptados el 17 de octubre de 1997, como si lo hubieran sido en una junta de socios de 1998 que nunca existió, lo cual le constaba, procediendo para ello como se dice en el relato fáctico de la sentencia.

Tampoco puede entenderse que el recurrente hubiera actuado en la creencia de que, de hecho, se aportaban nuevas certificaciones según las cuales los acuerdos se habían tomado en junta celebrada en 1998. En primer lugar, y al menos, porque, según resulta de los hechos probados, y no es contradicho tampoco en el recurso, la idea de alterar las fechas surge con posterioridad a noviembre de 1998, cuando el Registro Mercantil devuelve las escrituras. En segundo lugar, porque no podía ignorar, en modo alguno, que con su actuación suprimía la existencia de la junta de 1997, con los consiguientes efectos para quienes entonces cesaron, sin que de ninguna forma le constara al recurrente que los socios aceptaran dar por celebrada una junta general en la que su cese como administradores se acordara en octubre de 1998 y no

en 1997 como sabía que inicialmente se había acordado, pues es claro que no comparecieron ante él, con ese objeto, todos los afectados.

Finalmente, no es posible entender que el recurrente se limitó a rectificar un error material. Pues no existía error alguno desde el momento en que en las escrituras iniciales se hacía constar la fecha real de celebración de la junta y de adopción de los acuerdos.

Por lo tanto, en la sentencia se tiene en cuenta el hecho cuya consideración se dice omitida, y se hace de forma que esta Sala considera razonable, lo que determina la desestimación de la queja.

3. En cuanto a la segunda queja, señala el recurrente que no se precisa qué acción se corresponde con cada uno de los dos preceptos invocados al calificar jurídicopenalmente los hechos.

Es cierto que la motivación debe referirse también a los aspectos jurídicos relativos a la interpretación y aplicación de las normas y a sus consecuencias. También lo es que, aunque siempre sea conveniente una referencia a las cuestiones debatidas, no es precisa una especial extensión cuando se trata de aspectos obvios.

En el caso, es cierto que en la sentencia no se contiene una precisión exacta y exhaustiva de los aspectos a los que se refiere el motivo, pero dada la claridad de las cuestiones resueltas, ha de concluirse que el Tribunal no ha cometido infracción alguna. Establecido en los hechos, de un lado, que el recurrente alteró materialmente aspectos esenciales de varios documentos para incluir datos que le constaba que no respondían a la realidad, y, de otro lado, que redactó una diligencia en la que hizo afirmaciones que le constaba que tampoco respondían a la realidad, ninguna dificultad ofrece subsumir la primera conducta en el artículo 390.1.º y la segunda en el artículo 390.4.º, ambos del Código Penal.

De todo ello resulta que no se ha producido una aplicación irracional del tipo penal. Considera el recurrente que la argumentación relativa a la existencia de perjuicio es irracional. Sin embargo, como ya se dijo antes, con independencia de los efectos que frente a terceros pudiera atribuirse a la no inscripción en el Registro del cese y nuevo nombramiento respecto a las actuaciones de los anteriores administradores en aspectos concretos, no es indiferente la fecha del acuerdo por el que la junta de socios decide su separación del cargo, pues la inscripción no es requisito de validez. Así, ha señalado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Sección 1) en Sentencia núm. 242/2011, de 4 abril, que «... la inscripción registral del cese de un administrador societario no constituye un requisito para la validez y eficacia de tal acto jurídico...». En sentido similar la STS, Sala de lo Civil, nº 700/2010.

En consecuencia, el motivo se desestima.

En el quinto motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia infracción por aplicación indebida del artículo 390.1.1º del Código Penal, pues sostiene que no ha existido una mutación de la apariencia externa del documento; que la acción recae sobre un extremo ajeno a la fehaciencia notarial, lo que impide relacionarlo con la función pública; que la modificación no afecta a un elemento esencial, y que no ha existido perjuicio ni dolo falsario.

1. Según los hechos probados de la sentencia impugnada, ante el recurrente se otorgaron en el mes de noviembre de 1998 unas escrituras elevando a públicos unos acuerdos sociales adoptados en una junta general de socios celebrada el 17 de octubre de 1997, relativos al cese de los administradores de la sociedad y a una ampliación de capital. El encargo se efectuó en el mes de octubre de 1997. Se redactaron las correspondientes certificaciones que se unieron a las matrices de las escrituras, todas ellas relativas a la junta celebrada el señalado día 17 de octubre de 1997. Las escrituras fueron presentadas en el Registro Mercantil, que las rechazó por contradicción de su

contenido con otros asientos previos. Ante ello, el recurrente procedió a alterar en las matrices y en las certificaciones emitidas las fechas de la junta de socios a la que las escrituras se referían, sustituyendo las menciones al año 1997 por otras relativas al año 1998. Igualmente añadió a otra escritura una diligencia en la que se hacía constar que el nombramiento del compareciente, Maximiliano, como administrador provenía de una junta celebrada el 17 de octubre de 1998.

2. A los efectos del motivo, importa destacar que el recurrente no recibió una nueva certificación relativa a una nueva junta de socios que hubiera podido celebrarse en el año 1998, en la que se hubieran reiterado los acuerdos adoptados ya en 1997. No se trata de que, ante una nueva certificación o comparecencia se limitara a dar fe de lo manifestado ante él. En este caso, las escrituras públicas se habrían referido a dos juntas de socios diferentes, cada una con su propio contenido, lo cual podría tener sus efectos en el ámbito mercantil, especialmente habida cuenta de la regulación legal relativa al nombramiento y cese de los administradores sociales. Por el contrario, actuó de tal forma que en las escrituras se hacía constar que la única junta de socios en la que se había acordado el cese de los administradores había tenido lugar en el año 1998. En la apariencia final creada mediante tales escrituras, en cuya confección participó el notario recurrente con pleno conocimiento de causa, la junta celebrada el 17 de octubre de 1997, a la que se referían las escrituras y las certificaciones primeras, otorgadas y firmadas por los comparecientes antes de su presentación al Registro Mercantil, no había existido.

En primer lugar, por lo tanto, existió una alteración de documentos ya existentes, sin que pueda valorarse como una rectificación de un error, aun cuando el procedimiento fuera similar al empleado en esos casos. Pues es claro que no se trataba de un error, sino de hacer figurar en los documentos una fecha de celebración de la junta de socios distinta de la real, que inicialmente se había plasmado en aquellos, con la evidente consecuencia de alterar el momento en el que se había acordado el cese de los administradores sociales.

En segundo lugar, el recurrente no autorizó unos nuevos documentos elevando a públicos unos nuevos acuerdos, sino que alteró las fechas de los ya existentes, lo cual afecta al contenido y ámbito de la fe pública. Pues con su actuación lo está modificando en cuanto suprime la mención, previamente existente, a una junta de socios a cuya existencia y acuerdos se habían referido ya las certificaciones obrantes en la notaría desde octubre de 1997 y las escrituras redactadas y presentadas al Registro en noviembre de 1998.

En tercer lugar, la fecha de la junta de socios en la que se acordaba el cese de los administradores es un elemento esencial a los efectos de la discusión, evidentemente posible, sobre la responsabilidad de los mismos. El delito de falsedad documental no exige la provocación de un perjuicio concreto, bastando la potencialidad de causarlo. A estos efectos es evidente la repercusión potencial de una diferencia de un año en la fecha del acuerdo social de cese de los administradores.

Y, finalmente, en cuanto al dolo falsario, es claro que el recurrente era consciente de la alteración de la fecha de la celebración de la junta de socios y de sus posibles consecuencias. El recurrente ya había autorizado unas escrituras, basadas en unas certificaciones relativas a la celebración de la junta de socios el 17 de octubre de 1997. El encargo lo había recibido en el mismo mes de octubre de 1997, por lo que no puede entenderse que actuó en la convicción de que se había producido un error en la fecha. De otro lado, aun cuando, ante el rechazo de las escrituras por el Registro, hubiera actuado a petición de los comparecientes, y sin perjuicio de la responsabilidad de éstos, lo cierto es que aceptó modificar el contenido de los documentos de manera que, bajo la apariencia de rectificación de un error material, hacía desaparecer del protocolo notarial su previa actuación como fedatario relativa a una junta de socios celebrada en el año 1997. Y, en cualquier caso, no podía ignorar que la sustitución de

la fecha real de celebración de aquella junta por otra posterior afectaba, o al menos podría afectar, a personas que no habían comparecido en la notaría y cuyo consentimiento a la alteración no considera probado el Tribunal de instancia tras el examen de las pruebas practicadas, especialmente las de carácter personal.

En consecuencia, el motivo se desestima.

En el sexto motivo, con el mismo apoyo procesal, denuncia la infracción del artículo 390.1.4º del Código Penal, pues sostiene que no existe narración de hechos falsos, no siendo el notario el autor de las declaraciones sobre la adopción de los acuerdos que expresan las certificaciones que fueron modificadas para ajustarlas a la realidad de lo acaecido, de acuerdo con sus autores.

1. A los efectos de la confirmación del fallo condenatorio, la cuestión no es relevante casacionalmente, dada la desestimación del anterior motivo. En cualquier caso, no puede aceptarse que la alteración realizada en los documentos tuviera como finalidad ajustar el contenido de éstos a lo realmente acontecido, cuando al recurrente le constaba, como ya se ha señalado, que el acuerdo de cese de los administradores y de nombramiento de administrador único había tenido lugar en una junta de socios celebrada el 17 de octubre de 1997. La determinación de los efectos de este acuerdo, tanto en las relaciones de los administradores con la sociedad o con otros socios, como frente a terceros, no puede ser aquí efectuada, pues no ha sido objeto de la sentencia de instancia ni depende solo de los datos contenidos en la misma. En cualquier caso, y como ya se ha dicho, la fecha no es irrelevante. Como recuerda la STS, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 2007. «El artículo 58.4 LSRL establece que «el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación» y la inscripción en el Registro Mercantil se produce para la oponibilidad frente a terceros de los citados nombramientos; la inscripción no es constitutiva, como se deduce claramente del citado artículo 58.4 LSRL... Paralelamente, el artículo 68.1 de la misma ley tampoco exige la inscripción en el Registro como elemento de validez de la decisión de cese acordada por la junta general.

2. En lo que se refiere a la aplicación del artículo 390.1.4º, en el mismo se sanciona a la autoridad o funcionario público que cometa falsedad faltando a la verdad en la narración de los hechos. Ya hemos señalado con anterioridad que en la sentencia se declara probado que el recurrente redactó y autorizó una diligencia notarial incorporada el 12 de abril de 1999 a la escritura nº 002, en la que se hacía constar que el nombramiento del compareciente provenía de una junta de socios celebrada el 17 de octubre de 1998, cuando al recurrente le constaba que tal junta se había celebrado el mismo día del año anterior, pues así se desprendía de las certificaciones inicialmente confeccionadas en la misma notaría.

Por todo ello, el motivo se desestima.

(Sentencia núm. 690/2012, de 25 de septiembre).

ARTÍCULO 432

Malversación de caudales públicos. Alcalde que se apropia del importe correspondiente a una tasa de licencia de construcción. No concurre el subtipo atenuado del artículo 433 CP al existir una vocación de ejercer sobre el dinero malversado una relación dominical con carácter definitivo.

Viene a impugnar el recurrente la catalogación de los hechos como delito del artículo 432.1 CP, entendiendo que la devolución del dinero malversado le hace merecedor de la aplicación del tipo más liviano que, a modo de reparación, prevé el artículo 433 CP cuando dicha entrega se produzca dentro de los diez días siguientes a la incoación del proceso penal. Para el recurrente, en suma, resulta de los hechos un mero *animus utendi* frente al *animus rem sibi habendi* de la modalidad más grave.

En su artículo 433, nuestro Código Penal castiga a «la autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones», reconduciendo en su segundo inciso las penas imponibles a las del artículo 432 en el caso de que el autor «no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso». Este segundo precepto, el artículo 432, castiga más severamente a «la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiera que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones» (ap. 1.º), modalidad que ha aplicado aquí la Audiencia Provincial de Córdoba.

La distinción entre ambos preceptos ha sido analizada en la STS núm. 222/2010, de 4 de marzo, remitiéndose a su vez a la STS núm. 657/2004, de 19 de mayo, para afirmar: «La diferencia entre ambas figuras delictivas radica en el propósito del agente que realiza la sustracción, integrándose el hecho en el artículo 432 cuando el ánimo del sujeto activo es el de incorporar a su patrimonio el bien público distraído con vocación de ejercer sobre éste una relación dominical con carácter definitivo, o sea el conocido *animus rem sibi habendi*, y será aplicable el artículo 432 cuando el ánimo sea de mero uso, esto es, de disponer temporalmente de la cosa mueble con intención de devolverla posteriormente y, por tanto, sin voluntad de incorporarla al patrimonio (*animus utendi*) (véanse SSTS de 14 de marzo y 20 de diciembre de 2000, entre otras muchas)».

A la vista de los hechos declarados probados, resulta invariable aplicar la forma atenuada de malversación que reclama el recurrente y que, aun no habiendo sido planteada por la defensa, descartó fundadamente la Sala de instancia (*vid.* FJ. 6º), pues la actuación apoderativa del acusado estuvo presidida por un ánimo de incorporar permanentemente a su patrimonio los 4413,47 euros recibidos. Así lo demuestra el hecho de que, tras recibir en mano tal cantidad de efectivo, la hiciera directamente suya, no siendo sino más de un año después cuando decidió reintegrar el dinero del que había dispuesto a título particular, y ello porque tuvo noticia de que se había descubierto la situación irregular, única razón que lo llevó a depositar una cantidad similar en la cuenta bancaria abierta a nombre de la E.L.A.

Sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre los efectos atenuatorios que ha de merecer esa ulterior decisión de devolución, su acción delictiva de ningún modo cumple los presupuestos del inciso segundo del artículo 433, que el Legislador vincula a una situación muy diferente, cual es la del culpable que, habiendo distraído dinero público del que dispusiere por razón de su cargo, lo reponga en el breve plazo de días que marca el legislador. El acusado lesionó aquí la confianza en el manejo honesto de los caudales públicos a la que alude la jurisprudencia de esta Sala (*vid.* SSTS núm. 537/2002, de 5 de abril, o núm. 1486/1998, de 26 de noviembre, entre otras), guiado por un ánimo de enriquecimiento permanente, es decir, un *animus rem sibi habendi*, y no por un mero ánimo de utilización temporal del dinero recibido, cuya titularidad correspondía desde el inicio a las arcas municipales.

Ambos motivos merecen ser desestimados.

(Sentencia núm. 497/2012, de 4 de junio).

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Año 2012)

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo,
Sala Segunda

Durante el año 2012, el Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, adoptó, una serie de acuerdos relativos a los siguientes delitos:

- Artículo 138 (Homicidio).
- Artículo 76.1 (Cumplimiento máximo de las penas en cualquier delito).

Seguidamente se incluyen, completos, los citados acuerdos en que se trata sobre los delitos mencionados:

25 DE ABRIL DE 2012

Asunto: Punibilidad de la tentativa inidónea de Homicidio (inidoneidad del medio): uso de pistola sin munición.

Acuerdo: «El artículo 16 del Código Penal no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y ex ante son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico».

19 DE DICIEMBRE DE 2012

Asunto: Criterio de interpretación del artículo 76.1 del CP en cuanto a la determinación de los límites máximos de cumplimiento contenidos en los apartados *a)* a *d)* en los casos de tentativa.

Acuerdo: Para determinar los límites máximos de cumplimiento establecidos en las letras *a)* a *d)* del artículo 76 del Código Penal hay que atender a la pena máxima imponible pero teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito.

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

Circulares

CIRCULAR 1/2012 SOBRE EL TRATAMIENTO SUSTANTIVO Y PROCESAL DE LOS CONFLICTOS ANTE TRANSFUSIONES DE SANGRE Y OTRAS INTERVENCIONES MÉDICAS SOBRE MENORES DE EDAD EN CASO DE RIESGO GRAVE

SUMARIO: I. Introducción.–II. Marco jurídico. II.1 Ámbito general. II.2 Especialidades en relación con los menores de edad. II.3 Determinación de la madurez del menor.–III. Conflictos de intereses ante transfusiones de sangre y otras intervenciones sanitarias de grave riesgo sobre menores de edad. III.1 Criterios generales. III.2 Referencia a los Testigos de Jehová.–IV. Competencia judicial y legitimación del Fiscal.–V. Pautas para la solución de determinados conflictos de intereses.–VI. Aspectos procesales.–VII. Organización interna.–VIII. Comunicaciones interorgánicas.–IX. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los conflictos que pueden generarse en clínicas y hospitales cuando los facultativos consideran necesario practicar a un menor de edad una transfusión de sangre u otra intervención médica en situación de «riesgo grave» y el menor, sus representantes legales o unos y otro se oponen, además de ser de por sí jurídicamente complejos, suponer la afectación de derechos fundamentales y venir acompañados de un fuerte componente emocional, exigen una resolución urgente.

Si a estos perfiles se une el hecho de que el marco jurídico para resolver estos conflictos no es lo suficientemente claro, la necesidad de contar con unas pautas generales interpretativas se torna imprescindible.

La labor exegética orientada a iluminar esas zonas oscuras debe necesariamente inspirarse desde el punto de vista sustantivo en el principio del superior interés del menor. Desde el punto de vista procesal será el principio de celeridad el que proporcione asideros, partiendo de que en la mayoría de estos supuestos, a la vista de los bienes jurídicos afectados, la decisión no admite ningún tipo de dilación.

II. MARCO JURÍDICO

II.1 **Ámbito general**

La generalización de la exigencia de que cualquier tratamiento o intervención médica cuente con una información previa y comprensible de su naturaleza, sus riesgos y sus beneficios y la atribución de la capacidad de decisión última sobre su realización al enfermo, constituye una manifestación del principio de autonomía. Su efectividad en este ámbito comporta una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC núm. 154/2002, de 18 de julio).

Por esa razón, se ha afirmado que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, a no ser que ello se haga al amparo de una justificación constitucional (SSTC núm. 120/1990, de 27 de junio, 137/1990, de 19 de julio, y 37/2001 de 28 de abril).

Por su parte, el TS en SSTS núm. 3/2001, de 12 de enero y 447/2001, de 11 de mayo, ambas de la Sala Primera, ha manifestado que «el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo».

Pero obviamente no se trata de un derecho ilimitado. Los límites se reconocen en el mismo instrumento que consagra a nivel internacional éste y otros derechos en el ámbito sanitario, el Convenio suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina (ratificado por España en 1999 y en vigor desde el 1 de enero de 2000). Su texto, tras proclamar la regla general sobre el consentimiento informado en el artículo 5, establece ciertas excepciones en razón de la protección de los menores de edad y de quienes carecen de capacidad para expresarlo (arts. 6 y 7), o en razón de la necesidad derivada de situaciones de urgencia y el respeto a los deseos expresados con anterioridad por el paciente (arts. 8 y 9), y señala también otras posibles restricciones al ejercicio de estos derechos siempre que estén previstas por la ley y constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, fundadas, entre otras razones, en la protección de la salud pública o de los derechos y libertades de las demás personas (art. 26).

II.2 **Especialidades en relación con los menores de edad**

En todos los países de nuestro entorno, la franja de edad y las restricciones de la capacidad de obrar ligadas a la minoría han variado con el tiempo. Actualmente se

considera que los niños tienen, en definitiva, «derecho a asistencia y cuidado especiales» debido a «su falta de madurez física y mental», y es unánimemente aceptada la edad de 18 años como el momento de pleno cambio a la vida adulta.

Sin embargo, existen ámbitos de autonomía legalmente reconocida por debajo de esa edad. Así, el artículo 162 CC excepciona del ámbito de representación de los padres los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

Por derechos de la personalidad hemos de entender aquellos que pretenden garantizar a la persona el goce y respeto de su propia entidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y espirituales. En este contexto, el precepto responde a la idea de que en la esfera estrictamente personal y en la familiar de carácter personal está normalmente excluida la sustitución del titular, de forma que el representante no puede actuar o su actuación es sólo complementaria. Por consiguiente, los derechos de la personalidad deben ser ejercitados por sus titulares, sin que quepa un consentimiento por representación, siempre que el menor tenga condiciones suficientes de madurez.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante LOPJM) dispone que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

En el marco civil, existen otros preceptos que evidencian el reconocimiento legal de un progresivo ámbito de capacidad a los menores adolescentes: *ad exemplum*, el mayor de catorce años puede testar (art. 663.1 CC) o ser testigo en los actos inter vivos (art. 1.246.3 CC); el mayor de dieciséis años puede solicitar la emancipación judicial (art. 320 CC) y ser testigo en el testamento excepcional otorgado en tiempo de epidemia (art. 701 CC) o adquirir la mayoría de edad laboral (art. 6.1 del Estatuto de los Trabajadores); el artículo 3.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen atribuye a los menores la capacidad de consentir las intromisiones en tales derechos, si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil...; el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Protección de Datos de carácter personal permite a los menores de 14 años prestar por sí mismos su consentimiento para el tratamiento de sus datos.

En relación con esta normativa, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1989 y de 14 de mayo de 2010 señalan que «no existe una norma que, de forma expresa, declare la incapacidad de los menores para obrar en el ámbito civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para actuar por sí mismo; y no cabe derivar esa incapacidad para obrar ni del artículo 322 CC en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados». Más adelante ambas resoluciones añaden que, «... si a partir de los 18 años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esa edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1, 3 y 5 del Código Civil) y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad».

En resumen, en el ámbito civil la minoría de edad no es una de las causas de incapacidad del artículo 200 CC por lo que ha de ser analizada en cada caso concreto a los efectos de calificar la suficiencia en la prestación del consentimiento en

atención a la naturaleza y trascendencia de la decisión y al grado de madurez del disponente.

Este marco no es exclusivo de nuestro ordenamiento sino que obedece a una pauta que rige en el entorno de los países occidentales. En relación con el consentimiento informado, por ejemplo, en el Reino Unido, la *Family Law Reform Act 1969* fija en su artículo 8 la edad de 16 años para otorgar consentimiento informado pleno. Además de este artículo, es de citar, por su amplia repercusión en el ámbito doctrinal, la sentencia dictada en 1985 por la Cámara de los Lores en el caso *Gillick vs. el departamento de salud de West Norfolk y Wisbech* (3 All ER 402 HL) en la que se declaró la capacidad de unas adolescentes menores de 16 años para recibir asesoramiento y tratamiento médico anticonceptivo en función de su capacidad para comprender el alcance y finalidad de dicho tratamiento. La sentencia concluía que la ley no reconoce una regla de autoridad absoluta en materia de potestades parentales hasta una edad determinada, sino que los derechos, deberes y responsabilidades inherentes a la patria potestad y relativos al cuidado de los hijos, están reconocidos en tanto en cuanto sean necesarios para la protección del hijo por lo que ceden ante el derecho de éste de realizar sus propias decisiones cuando alcanza un entendimiento suficiente e inteligencia para decidir.

En este contexto previo, para determinar con carácter general quién puede o debe prestar el consentimiento informado a la práctica de intervenciones médico sanitarias a menores de edad debe considerarse en primer lugar el Convenio de Oviedo que entre las disposiciones ya comentadas contempla de forma específica la situación de los menores de edad.

Su artículo 6, apartado segundo, señala que, cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.

El apartado cuarto del mismo precepto añade que el representante, la persona, autoridad o institución indicados en los apartados 2 y 3 recibirán en iguales condiciones la información a que se refiere el artículo 5.

Finalmente el apartado quinto dispone que la autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada.

El informe de explicación que el propio Convenio incorpora subraya la exigencia de que la intervención del menor tenga mayor peso en función de su edad y capacidad de comprensión, lo que puede incluso dar lugar a que el consentimiento del menor sea necesario, o suficiente para algunas intervenciones.

También destaca este informe la necesidad de que existan procedimientos adecuados para «los casos en que las decisiones sean contrarias al interés del paciente».

Con estas pautas generales, el Convenio de Oviedo remite a la legislación nacional en materias como la fijación de la edad para consentir, el tipo de intervenciones en las que cabe el consentimiento autónomo o es necesario sustituirlo y los concretos cauces procesales procedentes para solventar los casos en que las decisiones de los representantes legales fueran contrarias al interés del menor.

En nuestro país, en el marco general expuesto de la capacidad de obrar de los menores de edad, la cuestión ha sido abordada por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP), promulgada como consecuencia de la suscripción del citado Convenio de 1997.

El artículo 9.3 de esta ley trata de los límites del consentimiento informado y el consentimiento por representación recurriendo a una estructura compleja y a expresiones ambiguas. Se maneja aquí un concepto funcional de la capacidad para consentir, definida en términos negativos, esto es, señalando en primer lugar quiénes deben considerarse incapaces de consentir y cuándo debe sustituirse el consentimiento y a continuación, cuándo no cabe la representación.

El apartado c) del artículo 9.3, relativo a los menores de edad dice textualmente:

(Se otorgará el consentimiento por representación)...

- Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

- Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

El tenor legal hace referencia a cinco posibles situaciones en las que pueden encontrarse los menores: la incapacidad o incapacitación por circunstancias ajenas a la edad; la ausencia de capacidad para comprender el alcance de la intervención propia de la edad; la madurez o capacidad intelectual y emocional suficiente para comprender y consentir la intervención; la emancipación y la mayoría de 16 años sin incapacidad ni incapacitación.

Pero desde el punto de vista de su tratamiento estas cinco situaciones pueden englobarse en dos:

- Los menores sin capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance de la intervención. A ellos se alude en la doctrina, siguiendo la nomenclatura consagrada en el Derecho comparado, como «menores no maduros». El texto legal atribuye la capacidad a estos efectos a los mayores de 16 años, pero no presupone expresamente la ausencia de madurez por debajo de esa edad ni fija de forma directa un umbral mínimo de capacidad. Por ello, tratándose de menores de menos de 16 años se impone evaluar en cada caso la posible concurrencia de los parámetros de madurez. Con todo, será difícil apreciarlos en niños de corta edad y así parece reconocerlo indirectamente el mismo precepto al imponer la obligación de oír la opinión del menor en la toma de decisión, sólo si cuenta 12 años.

Lógicamente, a los efectos que aquí se analizan, también se integran en este grupo los menores incapaces por cualquier enfermedad o situación y los incapacitados, cuando tales circunstancias les impidan comprender el alcance la intervención.

En todos estos casos, el consentimiento habrán de prestarlo los representantes legales del menor, con la obligación de oírle siempre que tenga más de 12 años.

En principio, los representantes legales del menor vienen obligados a procurar y por ende, a consentir, los tratamientos e intervenciones necesarios para preservar el derecho a la vida y la salud de los menores.

Así se desprende de su posición de garantes de tales bienes jurídicos en función del deber de velar por ellos que les impone el artículo 154 CC.

En el mismo sentido, el artículo 9.5 de la LAP exige que el consentimiento por representación «se otorgue siempre a favor del paciente».

- Los menores con capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención o «menores maduros». En esta situación se encuentran siempre los

menores de 16 y 17 años que no sean incapaces o estén incapacitados, los menores emancipados y los menores de menos de 16 años cuando, a criterio del facultativo, tengan suficiente madurez para consentir.

En estos casos, como regla general, el consentimiento habrá de prestarlo el propio menor.

Respecto de los menores emancipados y mayores de 16 años, el texto legal es tajante: no cabe prestar el consentimiento por representación.

A continuación sin embargo, se desvirtúa tan terminante declaración al introducirse, en proposición adversativa, la modificación del proceso de decisión sobre intervenciones «de grave riesgo». En tales casos, se dice, ... los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

La ambigua redacción legal, elude sustraer expresamente al menor del proceso de decisión, pero tal eventualidad aparece implícita en la referencia a una «toma de decisión» en la que se ha de «tener en cuenta» la opinión informada de sus padres.

También se ha eludido la atribución expresa de la decisión correspondiente al médico, aunque sí debe ser éste el que aprecie la situación de grave riesgo y la necesidad de la intervención y el que informe de todo ello a los padres.

Solo queda clara la exclusión de los representantes legales ya que incluso en estos casos, los padres sólo tienen derecho a la información y a la toma en consideración de su opinión.

Como presupuesto previo, la aplicación concreta de este régimen legal plantea la necesidad de la determinar correctamente la madurez del menor.

II.3 Determinación de la madurez del menor

La prestación del consentimiento a la práctica de intervenciones médicas es un proceso complejo en el que intervienen varias personas. El paciente sólo puede ejercer su autonomía para elegir o rechazar las opciones terapéuticas disponibles si el médico le proporciona una completa y comprensible información técnica. Pero no todas las personas están en condiciones intelectuales y emocionales para procesar esa información y decidir en función de ella.

Superados los planteamientos «formal» (la capacidad depende de su previa atribución legal) y «consecuencial» (la capacidad se reconoce a quien toma decisiones razonables), la valoración de la competencia adecuada ha de ajustarse al criterio funcional que mide la concreta capacidad intelectual y emocional para adoptar una determinada decisión.

En el contexto del artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (CDN), el «estar en condiciones de formarse un juicio propio» es el presupuesto para ejercer el derecho a expresar libremente las propias opiniones. Un paso más, el concepto de madurez, implica también cierta razonabilidad y autonomía de tales opiniones.

El Comité de Derechos del Niño, en su Observación General n.º 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/CG/12, 20 de julio de 2009), señala que el término «madurez» hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño para formarse opinión sobre un tema concreto y para decidir al respecto.

En el ámbito sanitario, el criterio de competencia funcional de los menores de edad ha tomado carta de naturaleza desde la difusión del ya citado caso *Gillick* hasta el punto de que en la doctrina la capacidad intelectual y emocional para com-

prender el alcance de una intervención se designa frecuentemente como «Gillick competente».

En nuestro Derecho el artículo 9.3 a) de la LAP, atribuye expresamente la evaluación de la «capacidad de decisión» del paciente al «criterio del médico responsable de la asistencia». Esta atribución de carácter general debe entenderse extensiva al caso de los pacientes menores ya que el artículo 9.3 c) no menciona ninguna instancia responsable de la evaluación de la capacidad del menor. A falta de mayor precisión legal, los médicos deben decidir en cada caso con cierta dosis de sentido común.

Sin embargo, puesto que la capacidad de comprensión necesaria para cada intervención médica varía de unos a otros sujetos y en función de la entidad y posibles consecuencias de cada actuación, pueden darse algunas pautas para esta decisión:

La primera es que la capacidad del menor debe ser evaluada siempre a efectos de tomar debidamente en cuenta sus opiniones y de comunicarle la influencia que las mismas tengan en el proceso de decisión. La evaluación deberá verificar si hay, en la persona y caso concreto, una mínima racionalidad de la opinión u opción de forma que el deseo expresado sea congruente con los fines contemplados por quien lo expresa y que éstos sean razonablemente realizables en el marco de su realidad personal.

La segunda es que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, porque el desarrollo cognitivo y emocional no va ligado de manera uniforme a la edad biológica. La información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo recibido condicionan decisivamente la evolución de la capacidad del menor para formarse una opinión propia. Por ese motivo, se impone siempre una evaluación individualizada –y tanto más exhaustiva cuanto más joven sea el paciente– caso por caso de las opiniones y deseos expresados, y por ende, del grado de madurez de cada menor. Para ello, el propio artículo 9.3 c) LAP aporta una orientación inicial cuando se trata de menores de 12 años, al no exigir con carácter general en tales casos la audiencia de los mismos.

La tercera es que debe atenderse a los efectos de la cuestión a decidir en la vida del menor. Cuanto más trascendentes o irreversibles sean las consecuencias de la decisión, más importante será evaluar correctamente la madurez y más rigurosa deberá ser la apreciación de sus presupuestos.

Por último, hay que recordar que la Convención de Derechos del Niño reconoce los derechos y las responsabilidades de los padres o representantes legales de los niños de impartirles dirección y orientación apropiadas pero subraya también que tal reconocimiento tiene por objeto permitir que los niños ejerzan sus derechos con autonomía creciente en función de su edad.

III. CONFLICTOS DE INTERESES ANTE TRANSFUSIONES DE SANGRE Y OTRAS INTERVENCIONES SANITARIAS DE GRAVE RIESGO SOBRE MENORES DE EDAD

III.1 Criterios generales

Las pautas que proporcionan las reglas generales sobre capacidad de obrar de menores de edad que se han analizado más arriba y el artículo 9 de la LAP servirán para resolver la necesidad de consentimiento informado de cualquier intervención

médico-sanitaria común cuando los factores de riesgo o daño para los intereses del menor están ausentes o no son graves.

Pero pueden surgir conflictos de intereses cuando los facultativos aprecian la necesidad de una concreta intervención cuya omisión pueda generar grave riesgo para el paciente menor de edad y éste, sus representantes o uno y otros niegan el consentimiento. Los bienes en conflicto serán de un lado, la vida del paciente menor de edad y en relación con ella, su salud, y de otro, su autonomía y libertad de decisión, sea indirectamente ejercida a través de la representación legal, o sea directamente ejercida cuando se trata de menores emancipados, mayores de 16 años o menores maduros.

Estas situaciones excepcionales de máximo conflicto por la gravedad de los riesgos y la importancia de los bienes jurídicos en juego, han de superarse priorizando el interés superior del menor y paciente sobre la voluntad expresada por el mismo o en su caso, por sus representantes legales.

Aunque esta solución no está expresamente contemplada en el artículo 9.3 c) de la LAP, se desprende de una interpretación armónica de este texto legal en relación con la LOPJM y con otras disposiciones relativas a la vida y salud de menores de edad.

El principio del «interés del paciente» viene consagrado en los artículos 6 y 9.5 del Convenio de Oviedo. El primero de ellos señala que cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley, y que esta autorización podrá ser retirada en cualquier momento en interés de la persona afectada. El segundo de estos preceptos indica que el consentimiento por representación sólo podrá otorgarse en beneficio del paciente.

En su formulación genérica, el interés del paciente coincide con el interés superior del menor. Este último sirve de pauta para la resolución de estos conflictos porque el ya citado artículo 2 LOPJM lo introduce de forma expresa como principio rector en la aplicación de la ley estableciendo que primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

La concreción práctica del concepto jurídico indeterminado de «interés del menor» no siempre es fácil para el intérprete general de las normas ni para su aplicador en el caso concreto, pero la Sala Primera del Tribunal Supremo, siguiendo el ejemplo del artículo 9 de la Children Act británica de 1985 y como alternativa al recurso legal a la cláusula general, viene aportando en sus resoluciones desde la STS núm. 565/2009 de 31 de julio, una serie de criterios, máximas de experiencia, medios o procedimientos para orientar la determinación del interés del menor y paralelamente, su concreción en el caso concreto. Se señala así que el interés del menor se identifica en primer lugar con:

– Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas».

A continuación, sigue diciendo la Sentencia citada que,

– Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento.

Sin intención evidente de jerarquizar los criterios de determinación del interés superior, con este orden enumerativo el Tribunal Supremo deja clara la prioridad de

satisfacer las necesidades básicas o vitales del menor entre las que cita expresamente su salud. También queda claro que la necesidad de atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, con ser esencial, se subordina a la compatibilidad de tales deseos, sentimientos y opiniones con las necesidades básicas o vitales del mismo. Es evidente que si la salud es una de tales necesidades básicas, lo será prioritariamente la vida como presupuesto *sine qua non* de todas las demás.

Pero aún cabe destacar otros dos criterios importantes del repertorio que proporciona esta sentencia:

– Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse.

– Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión «en interés del menor» (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio).

La identificación del «interés superior del menor» con la protección de su vida y su salud y con la consideración de las consecuencias futuras de toda decisión que le afecte, unida al carácter irreversible de los efectos de ciertas intervenciones médicas o de su omisión en casos de grave riesgo, llevan a cuestionar la relevancia de la voluntad expresada por los representantes legales del menor no maduro cuando su contenido entraña objetivamente grave riesgo.

Igualmente, la salvaguarda del superior interés del menor impondrá restricciones a la capacidad de los menores emancipados, mayores de 16 años y menores maduros en relación con decisiones que en el ámbito médico sanitario comporten el mismo riesgo grave. Esta conclusión se desprende en primer lugar de la cláusula contenida en el inciso último del artículo 9.3 c) *in fine* de la LAP que se ha analizado más arriba y de la que se deduce que cuando el facultativo aprecia situaciones de «riesgo grave», excluido el consentimiento por representación, debe «tomarse una decisión» tras informar y oír a los padres del menor, «teniendo en cuenta su opinión».

La oscuridad de la dicción legal del artículo 9.3 c) en este punto queda compensada por la claridad con la que el legislador establece la irrelevancia del consentimiento del menor edad, sea o no maduro para decidir determinadas intervenciones médicas que pueden comprometer de forma importante su salud o tener consecuencias irreversibles. En este sentido, cabe recordar varias disposiciones legales:

- El artículo 143 CP niega la validez del consentimiento de los menores de 18 años para configurar el subtipo atenuado de auxilio al suicidio en casos de «eutanasia directa».

- El artículo 156 del Código Penal niega relevancia al consentimiento de cualquier menor de edad para excluir la antijuridicidad de las lesiones en materia de trasplantes, cirugía transexual y esterilizaciones.

- El artículo 4 de la Ley 30/1979 sobre trasplantes de órganos, en relación con el 155 del CP, prohíbe a los menores de edad, en todo caso, la donación de órganos.

- El artículo 7 del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre sobre normas de calidad y seguridad para la donación, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, prohíbe la extracción de células y tejidos humanos a menores de cualquier edad, salvo determinados supuestos excepcionales y expresamente recogidos.

- El artículo 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de reproducción asistida en relación con el 161 CP prohíbe también la aplicación de estas técnicas a personas menores de edad.

- En general, el artículo 6.1 del Convenio de Oviedo excluye la posibilidad de aplicar a menores de edad, aun con consentimiento informado, cualquier tratamiento médico que no redunde en el beneficio directo del paciente.

La irrelevancia legalmente establecida del consentimiento en relación con estos tratamientos e intervenciones –sólo justificada en el interés superior que representan los derechos a la vida y la salud– obliga a descartar con mayor motivo la voluntad del menor, incluso el menor maduro y el mayor de 16 años respecto del rechazo de tratamientos médicos de carácter vital.

Se impone establecer un equilibrio entre el respeto debido a la autonomía del paciente menor de edad, a la patria potestad, y la protección de la vida e integridad individuales. Puesto que los menores de edad están en proceso de formación y hasta los 18 años no alcanzan la plena capacidad, se encuentran teóricamente bajo la protección del Estado, por lo que no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte u otros de carácter gravemente dañino e irreversible para la salud del menor interesado. Sólo así pueden preservarse las condiciones del futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto.

III.2 Referencia a los Testigos de Jehová

La doctrina de los Testigos de Jehová tiene la consideración legal de confesión religiosa, con personalidad jurídica propia reconocida en el ordenamiento jurídico español desde su inscripción en 1970 en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia (núm. 204-SG/A, 10 de julio de 1970).

La negativa de los miembros de esta confesión a la transfusión de sangre se funda en una interpretación literal de varios pasajes bíblicos según la cual, la prohibición del consumo de sangre no es una simple restricción dietética sino un serio requisito moral aplicable tanto a la vía oral como a la intravenosa o a cualquier otra y se extiende al uso de derivados sanguíneos y sangre que haya sido separada del cuerpo durante un periodo de tiempo. Por ello, son muchos los centros hospitalarios que disponen de formularios específicos de consentimiento informado para pacientes que rechazan la administración de sangre y hemoderivados.

Tanto la aceptación de la transfusión como el rechazo al tratamiento deberá constar por escrito, como exige la ley, y la firma del consentimiento deberá realizarse de manera que garantice la completa comprensión del paciente o de sus representantes legales de los riesgos que el rechazo de la transfusión comporte, y la autonomía de la decisión de la persona sin coacciones de ningún tipo.

Como en cualquier otra intervención médica comprometida hay que atender a la disponibilidad de alternativas a la transfusión de sangre e informar suficientemente sobre las mismas. El llamado Documento «Sevilla» de consenso sobre alternativas a la transfusión de sangre alogénica [Med. Clin (Barc) 2006], clasifica el grado de recomendación o indicación médica de las alternativas desde «A» (que contaría con estudios controlados) hasta «E» (con estudios no controlados) y termina con la conclusión general de que la mayor parte de las alternativas a la transfusión de sangre alogénica se sustentan en grados de recomendación medios o bajos y que se precisan nuevos estudios controlados.

Con carácter general las alternativas disponibles consisten en la aplicación de sueros sin contenido celular hemático. Su finalidad es básicamente preventiva o se dirige a mejorar el estado general del paciente con carácter previo a una intervención quirúrgica, pero no permiten el restablecimiento del contenido y función celular de la

sangre, ni son por ende, tratamiento alternativo real y eficaz para garantizar la vida y la salud en casos de hemorragia severa, sea accidental o de cualquier otra índole.

Por ello, el rechazo de la transfusión de sangre planteará siempre un conflicto de intereses entre el ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia del paciente y su vida y salud, ya que tal indicación médica se funda en la necesidad de reposición del contenido y función celular de la sangre que falta o se ha perdido.

Han sido tres los pronunciamientos del Tribunal Constitucional relacionados con los conflictos a que puede dar lugar la negativa del paciente, testigo de Jehová, a recibir una transfusión de sangre. Los dos primeros aunque no se refieren a pacientes menores de edad, ilustran el criterio de nuestro intérprete constitucional.

El ATC núm. 369/1984, de 20 de julio, analizó y descartó la eventual responsabilidad penal del juez que autorizó la transfusión de sangre a una mujer de esta religión, ya gravemente enferma que rechazaba la intervención en razón de sus creencias, que había demandado tratamiento alternativo y que finalmente, falleció 4 días después de recibir la transfusión ordenada judicialmente. Se señala expresamente que la intervención judicial estuvo amparada por los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, ya que este derecho, garantizado en el artículo 16 de la CE, tiene como límite la salud de las personas.

Posteriormente, la STC núm. 166/1996, de 28 de octubre, examinó la exigencia de reintegro de los gastos de una clínica particular realizados por uno de los miembros de esta confesión ante la negativa de los médicos de la Seguridad Social a practicar la intervención quirúrgica sin transfusión de sangre. Consideró que la realización de una intervención quirúrgica prescindiendo de un remedio cuya utilización pertenece a la «lex artis» del ejercicio de la profesión médica, sólo puede decidirse por quienes la ejercen y de acuerdo con las exigencias técnicas del caso, y que las causas ajenas a la medicina, por respetables que sean –como lo eran en este caso–, no pueden interferir o condicionar las exigencias técnicas de la actuación médica.

Más interesante resulta la STC núm. 154/2002, de 18 de julio, por estudiar el conflicto de intereses surgido al rechazar la transfusión de sangre un menor de 13 años que, a raíz de un accidente de bicicleta evidenció un síndrome de paracetopenia con gravísimo riesgo hemorrágico en razón de aplaxia medular o infiltración leucémica hasta entonces ignoradas y que no pudieron diagnosticarse con precisión. Los padres y el propio niño, testigos de Jehová, se opusieron firmemente a la transfusión de sangre, ante lo que el centro hospitalario, solicitó y obtuvo una autorización judicial, para el caso de riesgo vital. La intervención no pudo realizarse porque el terror con el que el paciente la rechazaba entrañaba también severos riesgos de hemorragia cerebral. En los días sucesivos y tras una peregrinación por centros hospitalarios en busca de soluciones alternativas, el estado del paciente, ya en su domicilio, se hizo tan crítico que, merced a nuevas intervenciones judiciales, acatadas por los padres, se propició la intervención médica y la transfusión, que no pudo ya contrarrestar los signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral ni impedir el fallecimiento.

Frente a la absolución de los padres en la instancia, el TS los condenó por homicidio en comisión por omisión, con atenuante muy cualificada de arrebató y obcecación en función de sus creencias religiosas. El TC sin embargo declaró que tal condena entraña vulneración del derecho a la libertad religiosa.

En relación con los temas que ahora interesan, la STC núm. 154/2002 consideró que, aun cuando no hubiera certeza sobre la madurez del menor para decidir sobre una cuestión de trascendencia vital, con su oposición a la intervención médica ejerció los derechos a la libertad religiosa y a la integridad física de los que era titular.

Pero señaló también que «... el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencio-

nados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto –como el ahora contemplado– que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable... Y que «... en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales», ya que la vida, «en su dimensión objetiva, es “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” y “supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”».

Por lo que hace a la actuación judicial en este caso, la misma sentencia sigue declarando que «es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional...» Además, es oportuno señalar que... 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». En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser.

También el TEDH se ha pronunciado, siquiera marginalmente, sobre esta cuestión en el caso *Hoffmann vs Austria* –STEDH de 23 de junio de 1993– apreció trato discriminatorio por parte del Tribunal Supremo austríaco en la denegación del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos a la Sra. Hoffmann con base en su condición de Testigo de Jehová y en su eventual negativa a que los hijos recibiesen una transfusión de sangre en caso de precisarla. El TEDH acude a preceptos del Código Civil austríaco para estimar que «la decisión judicial (...) puede suplir el consentimiento de los padres para hacer tal transfusión, médicamente necesaria» y que merced a tal posibilidad de acudir en todo momento a una decisión judicial externa, la actitud de la madre respecto a las transfusiones «no representa un peligro para los hijos». En definitiva, no se cuestiona en ningún momento la primacía de la vida de los hijos en caso de posible conflicto con la voluntad o creencias de su representante legal.

Estos precedentes jurisprudenciales y el tenor del artículo 9.3 de la LAP indican que la solución de los posibles conflictos de intereses cuando están en juego graves riesgos, debe partir de la irrelevancia de la voluntad de los menores de edad, ya expresada por sí mismos o a través de sus representantes legales, cuando su sentido en uno u otro caso, sea contrario a la indicación médica cuya omisión comporte riesgo vital grave para la vida o la salud del paciente menor de edad. Estas situaciones, cuando se produzcan, deberán ponerse en conocimiento de la autoridad competente y resolverse como se dirá más adelante.

IV. COMPETENCIA JUDICIAL Y LEGITIMACIÓN DEL FISCAL

La LAP de 2002 no especifica expresamente quién ha de resolver los conflictos que se presenten cuando en casos de «riesgo grave» los facultativos entienden que es imprescindible una transfusión de sangre u otra intervención médica urgente y el menor o sus representantes se niegan a prestar el consentimiento.

Sí existen previsiones fragmentarias en la legislación autonómica. Así, derivan la decisión a la autoridad judicial declarando siempre prevalente el derecho a la vida del

menor el artículo 11.1 d) de la Ley 6/1995, de 28 de marzo de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid, el artículo 32 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón y el artículo 10 de la Ley 17/1998, de 20 de abril de los Derechos y Atención al Menor de Andalucía. El apartado 9 de este artículo establece además el derecho de los menores a recibir los cuidados médicos precisos con el máximo respeto a sus creencias éticas y religiosas, «siempre y cuando éstas no pongan en peligro la vida del menor o la salud pública, en cuyo caso, se atenderán a lo dispuesto por la autoridad y la legislación vigente».

Por su parte, el artículo 6.1 d) de la ley gallega 3/2001, de 28 de mayo (modificada por Ley 3/2005, de 7 de mayo; el artículo 9.3 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de derechos e información al Paciente de la Comunidad Valenciana; el artículo 51.3 de la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra remiten a la «autoridad competente en virtud de lo dispuesto por la legislación civil», en los casos en que la decisión del representante legal del menor sea contraria a los intereses del menor.

Pese a que ciertamente estas regulaciones autonómicas no son un modelo de precisión, cabe concluir que, tratándose de un conflicto intersubjetivo en el que están empeñados derechos fundamentales, es necesario judicializar su resolución.

Pero con carácter general la intervención judicial para casos de conflictos se ampara en las previsiones del artículo 158 CC. Este precepto en su núm. 4 dispone que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

El Fiscal no sólo está legitimado para promover el procedimiento –como expresamente prevé el artículo 158 CC– sino que debe entenderse que su intervención es preceptiva cuando el expediente se inicie de oficio o por otros legitimados. A tales efectos debe recordarse que el artículo 124 CE encomienda al Ministerio Fiscal la misión de «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados...» y que en concreción de este mandato, el artículo 3.7 EOMF dispone que corresponde al Ministerio Fiscal «... intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.» En estos supuestos, los mecanismos ordinarios de representación entran en una crisis cuya resolución exige una intervención pública externa.

Por su parte, la LEC 1881 establece en su artículo 1815 (actualmente en vigor) que se oír precisamente al Ministerio Fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos; y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la Autoridad. También el artículo 749 de la LEC 2000 establece la preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre menores del título primero del Libro cuarto de la LEC.

V. CONFLICTOS DE INTERESES Y PAUTAS PARA SU RESOLUCIÓN

De lo dicho hasta ahora se desprende que en relación con estas intervenciones médicas sobre menores de edad y en función de la voluntad expresada por ellos o sus

representantes legales, pueden plantearse diferentes conflictos de intereses. La solución debe analizarse distinguiendo los siguientes supuestos:

1. El menor maduro se niega a una transfusión de sangre u otra intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, en casos en los que los representantes legales son favorables a que se realice la misma.

En tal supuesto el médico, a la vista de la redacción del artículo 9.3 c) LAP, podría, sin necesidad de acudir al Juez, llevar a cabo la intervención. No obstante, siempre que la situación no sea de urgencia, será aconsejable como más respetuoso con el principio de autonomía del menor, plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal.

2. El menor maduro rechaza la práctica de una transfusión u otra intervención con grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión.

En estos casos debe el médico plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

3. El menor maduro presta su consentimiento a la intervención, siendo los representantes legales los que se oponen.

En este supuesto no existe un conflicto entre los deseos y opiniones del menor y sus derechos a la vida y la salud, por lo que debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.

4. Los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten la intervención, generando la omisión de la misma riesgo grave para su vida o salud.

El médico no puede aceptar la voluntad de los representantes del menor, pues se encuentra en una posición de garante respecto de su paciente. Por ello habrá de plantear el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial.

No obstante, en situaciones urgentes puede el médico directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres, estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación: cumplimiento de un deber y estado de necesidad justificante.

VI. ASPECTOS PROCESALES

No existe una norma específica que regule el procedimiento a seguir en los casos en los que el médico, como garante de la salud e integridad del paciente menor de edad, ponga los hechos en conocimiento de la autoridad judicial.

El artículo 158 CC *in fine*, tratando de dotar de la máxima flexibilidad procesal a la tramitación de expedientes en los que se ventilan pretensiones que afectan a intereses esenciales de menores, declara que todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

La disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor también dispone que se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan... para adoptar las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil.

Por tanto, cuando no se siga otro procedimiento, habrá de incoarse uno de jurisdicción voluntaria.

La regulación del procedimiento de jurisdicción voluntaria se contiene en los artículos 1811 y siguientes de la LEC de 1881, en vigor conforme a la disposición derogatoria única de la LEC de 2000.

La propia naturaleza de la decisión a adoptar debe llevar a calificar el procedimiento como urgente e inaplazable, debiendo tramitarse por el Juzgado de Guardia.

La competencia del Juzgado de Guardia derivaría de la previsión contenida en el artículo 42.5 del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales que dispone que el Juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia conocerá también, en idéntico cometido de sustitución, de las actuaciones urgentes e inaplazables que se susciten en el ámbito de la Oficina del Registro Civil así como de las atribuidas a los Jueces Decanos en el artículo 70 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Recordemos que el artículo 70 LEC establece que los Jueces Decanos y los Presidentes de Tribunales y Audiencias podrán, a instancia de parte, adoptar las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable.

El Fiscal debe emitir su dictamen con carácter preferente y urgente, conforme a las previsiones expuestas en este documento. En caso de que se pusieran los hechos directamente en su conocimiento, tras recabar de ser necesaria la documentación por el medio más rápido posible, promoverá ante el Juzgado de Guardia la incoación de expediente de jurisdicción voluntaria, fijando en el propio escrito inicial su posición en relación con la intervención.

Los médicos no están legitimados para promover el procedimiento, pero mediante el cumplimiento de su obligación de poner los hechos en conocimiento de la autoridad, deberá el Juez proceder de oficio, si el mismo es el destinatario directo de la información, o a instancias del Fiscal, si es éste quien recibe la comunicación de los médicos.

VII. ORGANIZACIÓN INTERNA

El apartado III.-4.4) de la Instrucción núm. 3/2008, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores encomienda a las Secciones de Menores de las Fiscalías promover medidas urgentes conforme al artículo 158 CC para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios y el apartado III.-4.6) les atribuye la función de promover acciones en defensa de los derechos fundamentales de los menores. La intervención en estos asuntos será, en principio, competencia de las Secciones de Menores de las Fiscalías.

Ello no obstante, son muy pocas las Fiscalías en las que existe un servicio de guardia de menores con efectiva presencia del Fiscal pudiendo estar su sede muy alejada del Juzgado de Guardia ante el que se plantee el conflicto. Por ello, apelando a las facultades autoorganizativas de cada Fiscalía a las que frecuentemente remite la citada Instrucción, y a la celeridad con que deben ser tratados estos casos, con carácter general la competencia habrá de ser asumida por el Fiscal que atienda la guardia ordinaria, estableciéndose a tal efecto la oportuna coordinación con la Sección de Menores.

VIII. COMUNICACIONES INTERORGÁNICAS

Los Sres. Fiscales Jefes trasladarán la presente Circular a los Delegados Provinciales de Sanidad o equivalentes, para su conocimiento y efectos.

IX. CONCLUSIONES

1.º Los menores de 16 años que, a juicio del facultativo, no estén en condiciones de comprender el alcance de la intervención, carecen de capacidad para prestar el consentimiento informado. En estos supuestos el consentimiento para los tratamientos médicos habrá de ser prestado por los representantes legales.

2.º Pueden prestar el consentimiento informado los menores de 16 y 17 años y los emancipados. También pueden prestarlo los menores de cualquier edad que, a criterio del facultativo, tengan suficiente madurez para consentir. No obstante, como regla general, los menores de menos de 12 años deben ser considerados inmaduros a efectos de prestar el consentimiento informado.

3.º La capacidad de los menores para prestar el consentimiento informado debe entenderse modulada cuando se trate de intervenciones «de grave riesgo», de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.3 c) Ley 41/2002, conforme a las conclusiones que se exponen a continuación.

4.º Cuando el menor que deba considerarse maduro conforme a las previsiones de la anterior conclusión se niega a una transfusión de sangre u otra intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, si los representantes legales son favorables a que se realice la misma, por aplicación del artículo 9.3 c) de la LAP, podrá, sin necesidad de acudir al Juez, llevarse a cabo la intervención. No obstante, siempre que la situación no sea de urgencia, será aconsejable como más respetuoso con el principio de autonomía del menor, plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal.

5.º Cuando el menor maduro rechaza la práctica de una transfusión u otra intervención con grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión, el médico debe plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

6.º Cuando el menor maduro presta su consentimiento a una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud, y son los representantes legales los que se oponen, debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.

7.º Cuando los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud habrá de plantearse el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente por el médico o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial. No obstante, ante situaciones urgentes puede el médico directamente aplicar el tratamiento amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber o de estado de necesidad justificante.

8.º En estos supuestos el dictamen del Fiscal debe partir de que puesto que los menores de edad, entendiendo por tales los menores de dieciocho años, se encuentran en proceso de formación y no han alcanzado la plena capacidad, no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte o graves daños para su salud.

9.º Cuando no se siga otro procedimiento, habrá de incoarse uno de jurisdicción voluntaria.

10.º El Fiscal no sólo está legitimado para promover estos procedimientos, sino que debe entenderse que su intervención es preceptiva cuando el expediente se inicie de oficio o por otros legitimados.

11.º La propia naturaleza de la decisión a adoptar debe llevar a calificar el procedimiento como urgente e inaplazable, debiendo tramitarse por el Juzgado de Guardia.

12.º El Fiscal debe emitir su dictamen con carácter preferente y urgente, conforme a las previsiones expuestas en este documento. En caso de que se pusieran los hechos directamente en su conocimiento, promoverá ante el Juzgado de Guardia la incoación de expediente de jurisdicción voluntaria.

13.º Con carácter general, deberá intervenir en estos supuestos el Fiscal que atienda la guardia ordinaria, estableciéndose a tal efecto la oportuna coordinación con la Sección de Menores de la Fiscalía.

14.º Los Sres. Fiscales Jefes trasladarán la presente Circular a los Delegados Provinciales de Sanidad o equivalentes, para su conocimiento y efectos.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán, en lo sucesivo, a las prescripciones de la presente Circular.

Consultas

CONSULTA 1/2012, SOBRE LA INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LOS SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

SUMARIO: I. Introducción y planteamiento de la consulta. La sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre.–II. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad como «forma sustitutiva» de cumplimiento: II.1 Naturaleza legal de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. II.2 La suspensión como modalidad de cumplimiento en la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. II.3 Diferencias de regulación con el artículo 60 del Código Penal. II.4 Consecuencias del régimen legal.–III. La cobertura legal del efecto interruptivo.–IV. Criterios de actuación del Ministerio Fiscal.–V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 97/2010, DE 15 DE NOVIEMBRE

En los últimos años, el Tribunal Constitucional ha dictado varias resoluciones de amparo que han tenido una importante incidencia sobre la operatividad del instituto de la prescripción en el ámbito penal. Muy especialmente, la STC núm. 63/2005, de 14

de marzo, abrió un intenso debate sobre la interrupción de la prescripción de los delitos y motivó un estudio pormenorizado por parte de la Fiscalía General del Estado materializado en la Instrucción núm. 5/2005, de 15 de junio, sobre interrupción de la prescripción. Una vez que esta polémica parece definitivamente zanjada con la intervención del propio Legislador –que, dentro de la amplia reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha dado una nueva redacción al artículo 132 del texto punitivo–, se ha abierto camino, sin embargo, una nueva incertidumbre, relacionada ahora con el sistema de prescripción de las penas y suscitada igualmente al hilo de una resolución del Tribunal Constitucional.

En efecto, la STC núm. 97/2010, de 15 de noviembre, ha rechazado que la suspensión de la ejecución, acordada durante la tramitación de un indulto o con ocasión de un recurso de amparo, tenga la virtualidad de interrumpir el cómputo del plazo de prescripción de la pena privativa de libertad impuesta al condenado. La resolución dictada por el máximo intérprete de la Constitución plantea, de esta forma, una duda interpretativa que, suscitada con disparidad de opiniones en el seno de la Fiscalía consultante, gira fundamentalmente en torno a la posible traslación del criterio adoptado por el Tribunal Constitucional a los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena previstos en los artículos 80 y siguientes del texto punitivo.

Conviene realizar, en primer lugar, un breve recordatorio del contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional que ha motivado la elevación de consulta a la Fiscalía General del Estado. Según consta en los antecedentes de la sentencia 97/2010, el demandante de amparo fue condenado a una pena de 9 meses de prisión que, impuesta por el Tribunal Territorial Militar Cuarto, ganó firmeza con la sentencia casacional de 9 de abril de 2001. Ante la condena recaída, el penado inició dos vías de actuación paralelas. Por una parte, recurrió en amparo la resolución de la Sala Quinta del Tribunal Supremo y, por otra, pidió al Ministerio de Justicia la concesión del indulto. La ejecución de la condena impuesta quedó así –sucesivamente y de acuerdo con los artículos 4.4 del Código Penal y 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional– paralizada hasta tanto recayese una resolución definitiva en los dos incidentes abiertos, lo que ocurrió primero en relación con el indulto –que fue denegado mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de septiembre de 2002– y más tarde con respecto al recurso de amparo –que fue desestimado por el Tribunal Constitucional en sentencia de 20 de diciembre de 2005–. Reanudada la ejecución de la condena, el Tribunal Militar acordó, mediante auto de 15 de enero de 2010 –y transcurridos, por tanto, casi nueve años desde la firmeza del fallo condenatorio– que se diera inicio al cumplimiento de la pena de prisión, en el entendimiento de que no había prescrito. A juicio del Tribunal Militar, no estableciendo el precepto directamente aplicable (art. 46 del Código Penal Militar) más que los plazos de prescripción, debía acudir a la regulación general supletoria contenida en el Código de 1995, de la que el órgano jurisdiccional infirió, siguiendo la interpretación jurisprudencial dominante, que la prescripción había sido interrumpida en los dos incidentes de suspensión planteados.

Esta concreta interpretación del órgano de la jurisdicción militar constituyó el objeto del recurso de amparo que dio lugar a la sentencia 97/2010. En dicha resolución el Tribunal Constitucional entiende que la interpretación efectuada en la vía judicial previa infringe las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Considera, así, en primer lugar, que es aplicable a la prescripción de la pena la reciente doctrina sobre la prescripción de las infracciones penales. Estima, de este modo, que ha de evaluarse la aplicación del instituto prescriptivo desde la óptica constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y siguiendo un canon interpretativo especialmente exigente. En el ámbito de la prescripción, el artículo 24 de la Constitución se

erige en tutela reforzada al servicio de la efectividad de los derechos fundamentales a la libertad (art. 17 CE) y a la legalidad penal (art. 25 CE). Por lo tanto, no basta que la interpretación de la norma aplicable no sea arbitraria, ni manifiestamente irrazonable o que no incurra en error patente. Se exige, además, que la aplicación de las disposiciones que disciplinan el régimen de la prescripción no exceda «de su más directo significado gramatical». No es admisible, por tanto, «una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo».

En el caso planteado, el Tribunal Constitucional estimó que el artículo 134 del Código Penal, aunque aparentemente se limita a señalar los dos momentos iniciales del cómputo de la prescripción, establece «implícitamente» una única causa interruptiva: el inicio del cumplimiento de la pena. Por tanto, el tenor literal de este precepto contrasta significativamente con el del artículo 132 del texto punitivo, que, en relación a la prescripción del delito, establece causas expresas de interrupción. El Tribunal, al examinar el artículo 4.4 del Código Penal y el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional –en la redacción vigente al tiempo de los hechos–, constata que en estos preceptos no se hace referencia alguna a la posible interrupción del cómputo de la prescripción de la pena. Ni en uno ni en otro supuesto –afirma el Tribunal– [...] la normativa reguladora otorga a dichas suspensiones la condición o la cualidad de causas interruptivas de la prescripción de la pena suspendida.

Ciñendo su pronunciamiento exclusivamente al concreto caso suscitado en la vía judicial previa, esto es, a la consideración o no de la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto y de un recurso de amparo como causas de interrupción de la prescripción, el Tribunal Constitucional concluye que la interpretación realizada por el Tribunal Militar Territorial no es constitucionalmente aceptable, pues excede [...] del más directo significado gramatical del tenor de los preceptos legales en este caso concernidos, careciendo, en definitiva, de cobertura legal. No se satisface, en suma, el canon constitucional reforzado exigido.

La Fiscalía consultante plantea ahora si esta interpretación del Tribunal Constitucional debe extenderse a la suspensión de la ejecución de la pena regulada en los artículos 80 a 87 CP, institución sobre la que la sentencia citada no se pronuncia en ningún momento –aunque sí había sido objeto de cierto debate en el procedimiento judicial previo al amparo–. De ser así, el lapso de prescripción de la pena seguiría su curso durante las incidencias propias de la suspensión condicional. La alternativa, defendida por la mayoría de los fiscales del órgano consultante, es entender que existen diferencias sustanciales de régimen jurídico que dejan la suspensión condicional fuera, no ya sólo del pronunciamiento expreso, sino también de la fuerza expansiva de los argumentos utilizados por el máximo intérprete de la Constitución.

Pues bien, el criterio de la Fiscalía General del Estado es que esas diferencias sustanciales existen y que, además, se observan justamente en relación con las dos tesis que principalmente sustentan el desarrollo argumental de la sentencia 97/2010. De una parte, la peculiar naturaleza jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad aleja esta institución de los dos supuestos abordados en la aludida resolución de amparo, pues se trata de una forma sustitutiva de cumplimiento directamente incardinable en el tenor literal del vigente artículo 134 del Código. De otro lado, el texto punitivo otorga, más allá de este concreto precepto, una cobertura legal suficiente a la interrupción de la prescripción a través de mandatos expresos y taxativos que hacen innecesaria una interpretación extensiva o analógica de las normas legales aplicables.

II. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD COMO «FORMA SUSTITUTIVA» DE CUMPLIMIENTO

II.1 Naturaleza legal de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad

La STC núm. 97/2010 declara expresamente que el «cumplimiento» de la pena interrumpe el plazo de prescripción. En efecto, el fundamento cuarto de la resolución citada señala que, aunque el artículo 134 del texto punitivo «se circunscribe a establecer dos momentos de inicio del cómputo del tiempo de la prescripción, implícitamente cabe inferir de su redacción, como pacíficamente admite la doctrina, que en él se contempla el cumplimiento de la pena como causa de interrupción».

En realidad, la propia dinámica de la prescripción excluye la operatividad de este instituto cuando la pena impuesta está siendo ejecutada. Por elementales razones de seguridad jurídica, el inicio de la ejecución de la pena, como virtual amenaza que pende sobre los derechos individuales del ciudadano afectado, no puede dilatarse indefinidamente en el tiempo (SSTC 29/2008, de 20 de febrero, 195/2009, de 28 de septiembre y 37/2010, de 19 de julio). Esa situación de incertidumbre cesa completamente una vez que la pena impuesta comienza a ser cumplida. Lo esencial, por tanto, es determinar cuáles son los actos constitutivos de verdadero «cumplimiento» que tienen, tal y como reconoce el Tribunal Constitucional, la virtualidad de interrumpir el transcurso del plazo de prescripción. Y, más concretamente, debe determinarse si la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad prevista en los artículos 80 a 87 CP constituye una modalidad de cumplimiento a la que puede asociarse el mencionado efecto interruptivo.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es la manifestación actual de una tradición institucional centenaria que arranca con la «condena condicional» de ley de 17 de marzo de 1908 y llega, como antecedente más inmediato de la normativa en vigor, a la «remisión condicional» del Código de 1973. Como las instituciones que la precedieron, la suspensión de la ejecución trata de evitar, «respecto de las penas privativas de libertad de corta duración», el «probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios» (STC núm. 166/1993, de 20 de mayo). Como también señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 209/1993, de 28 de junio, la «escasa duración» de la pena corta de prisión «no permite que los efectos negativos de la convivencia sean contrarrestados por un tratamiento penitenciario adecuado para la reeducación del recluso». Se busca, por ello, una fórmula alternativa de cumplimiento que, evitando el contacto del penado con el ámbito penitenciario, prevenga «el previsible “contagio criminológico” que puede tener lugar en la prisión en casos en los que la corta duración de la pena no permite un tratamiento resocializador» (STS núm. 1200/2000, de 5 de julio).

En este sentido, el Código de 1995 regula, dentro del Título III –relativo a las penas– de su Libro I, la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad. La regulación se contiene en un capítulo único que agrupa estas instituciones en una rúbrica expresiva de su naturaleza que hace referencia a «las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad» –y que, en la redacción anterior a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, otorgaba también esa condición de ejecución «sustitutiva» a la libertad condicional–. Como se ha apuntado, esto no es más que la culminación congruente de un proceso histórico cuyo desenlace se vincula, en la Exposición de Motivos del Código de 1995, a «los objetivos de resocialización», que

inciden en «la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando (...) las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos».

Conforme al tenor de la rúbrica legal, la suspensión de la pena es, por tanto, una «forma sustitutiva» de ejecución, o, dicho de otro modo, una forma alternativa de cumplimiento que trata de evitar el ingreso del penado en un centro penitenciario. A estos fines, el ordenamiento jurídico vigente ofrece fórmulas y vías de cumplimiento que implican restricciones de libertad mucho menos gravosas que las propias del régimen ordinario y que, en el supuesto de suspensión de la ejecución, comprenden en todo caso la obligación general de no delinquir en el plazo fijado (art. 83.1). A ésta se suma un amplio catálogo de obligaciones y reglas de conducta (art. 83.2), algunas de las cuales resultan de preceptiva imposición en los supuestos relacionados con la violencia sobre la mujer (art. 85.1.11). Finalmente, cuando existe una conexión causal del hecho delictivo cometido con la dependencia de sustancias tóxicas o estupefacientes, se exige el sometimiento del penado a un tratamiento de deshabituación que no puede ser abandonado (art. 87.4).

De los preceptos aludidos se infiere que esta modalidad de suspensión de la ejecución de la pena tiene una naturaleza radicalmente distinta a la de los dos supuestos abordados en la STC núm. 97/2010. No se trata, como en los casos de petición de indulto o de tramitación de un recurso de amparo, de una paralización de toda la actividad judicial ejecutiva, con cese efectivo del ejercicio de esta función jurisdiccional. Se trata, antes bien, de una forma alternativa de cumplimiento que implica, de un lado, la sujeción del penado a concretas obligaciones y reglas de conducta, y supone, de otro, una actividad judicial de vigilancia permanente que obliga incluso a que el Juez o Tribunal encargado de la ejecución deba recabar preceptivamente informes de carácter periódico para comprobar el cumplimiento estricto de las obligaciones impuestas (arts. 83.2 y 87.4).

Como verdadero régimen alternativo de cumplimiento, la suspensión de la ejecución de la pena sólo produce efectos extintivos de la responsabilidad criminal cuando el penado no ha delinquido y ha realizado apropiadamente los deberes y obligaciones que le han sido asignados. Los mandatos contenidos en el texto punitivo son suficientemente esclarecedores en este punto. Sólo si se han cumplido satisfactoriamente las obligaciones que han dado contenido a esta forma alternativa de ejecución queda extinguida la responsabilidad criminal del reo (*vid.* arts. 85.2 y 87.5.11). En otro caso, procede la aplicación de la modalidad ordinaria de cumplimiento de la pena –modalidad ordinaria a la que se refiere de modo sincopado el artículo 87.5.11 al señalar que el tribunal ordenará el «cumplimiento» de la pena–. Se hace, de este modo, evidente que la suspensión es una forma de ejecución de la pena basada, de un lado, en la vigilancia permanente del Tribunal, y, de otro, en la efectiva realización de las condiciones impuestas por parte del sujeto beneficiario. Nada, por tanto, que ver con una supuesta paralización de la actividad judicial ejecutiva como la que puede producirse por razón de la petición de indulto o de la tramitación de un recurso de amparo.

II.2 La suspensión como modalidad de cumplimiento en la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Que la suspensión de la ejecución es una modalidad de cumplimiento es, por otra parte, la tesis sostenida por el propio Tribunal Constitucional. Así lo afirma expresamente la STC núm. 166/1993, de 20 de mayo. En el caso abordado en esta importante resolución, la Junta Electoral Provincial había excluido al demandante de amparo de la proclamación de candidatos al Senado apreciando en él una causa de inelegibilidad

derivada de la previa condena a pena privativa de libertad con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Para el demandante, la accesoria de la inhabilitación sólo debía ser operativa en tanto que el ingreso en el centro penitenciario fuera efectivo. Conforme a esta interpretación, la remisión condicional –como precedente de la actual suspensión de la ejecución de la pena–, al impedir aparentemente el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, debía excluir la aplicación de la inhabilitación para el sufragio pasivo. La STC núm. 166/1993 rechazó de plano esta argumentación y afirmó taxativamente (FJ 4.º) que la causa de inelegibilidad discutida «no está en función del cumplimiento efectivo de la condena» pero que, en todo caso, ese cumplimiento efectivo «también se produce formalmente cuando [la condena] se suspende». Añadió aún más asertivamente el Tribunal Constitucional que el mantenimiento de la operatividad de las penas accesorias durante el plazo de remisión condicional justamente «responde a la función institucional de esta modalidad de cumplimiento de las penas, no se olvide esto, nunca de su incumplimiento».

En esta misma línea, el Tribunal Supremo ha destacado que las fórmulas sustitutivas de ejecución, por las restricciones de libertad que establecen y los comportamientos positivos que exigen al penado, tienen un claro contenido retributivo que sólo puede comprenderse como verdadera modalidad de cumplimiento. Así, la STS núm. 409/2002, de 7 de marzo, señala, en relación con el artículo 87 CP, que estamos ante «unas consecuencias jurídicas necesarias para la reintegración social» que suponen al mismo tiempo «la retribución correspondiente al delito». De este modo, «la suspensión de la ejecución de la pena y la adopción de medidas que incidan sobre la drogadicción [...] integran una alternativa a la pena privativa de libertad capaz de suponer, al tiempo, una respuesta al hecho delictivo, siempre necesaria para afirmar la vigencia de la norma [...]». Por tanto, también el Tribunal Supremo estima que estamos ante una modalidad de cumplimiento caracterizada por un cierto contenido retributivo puesto al servicio de una finalidad resocializadora.

No es de extrañar, en definitiva, que la tesis tradicional del Tribunal Supremo haya sido la de asociar a la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena un efecto interruptivo del plazo de prescripción. Así, la STS núm. 952/2004, de 15 de julio, considera que el *dies a quo* de la prescripción de la pena en el caso de suspensión condicional de su ejecución es el de comisión del nuevo delito, como evento que debe determinar la revocación de este beneficio. Al efectuar esta interpretación, el Tribunal Supremo ha restado importancia a las diferencias de regulación que se observan entre el anterior artículo 116 del Código Penal de 1973 y el vigente artículo 134 del texto punitivo de 1995. En realidad, ambos textos legales son idénticos salvo en un aspecto muy puntual. El Legislador de 1995 decidió que la comisión por parte del penado de un nuevo delito dejara de ser una causa de interrupción de la prescripción de la pena. Una supresión que era plenamente lógica y culminaba un proceso histórico de desvinculación de las instituciones de la prescripción de la pena y la suspensión condicional.

En efecto, recuerda algún sector de la doctrina que el antecedente histórico de la institución después conocida como «condena condicional» fue la aplicación, acomodada a las circunstancias del caso, de la propia prescripción de la pena. Así, siguiendo una máxima de equidad que llevaba a la indulgencia con el delincuente primario y a la severidad con el reincidente, la práctica forense condujo en ocasiones a que se dejara deliberadamente sin ejecutar la pena impuesta a los delincuentes primarios salvo que posteriormente cometieran un nuevo delito. Con esta perspectiva, las regulaciones que, desde el Código Penal de 1848, introdujeron en España la institución de la prescripción de la pena establecieron como causa de interrupción de su cómputo la

comisión por el penado de una nueva infracción. De esta forma, la falta de ejecución de la pena como causa de extinción de la responsabilidad criminal se asoció a la enmienda de conducta del penado. Éste sólo podía disfrutar del efecto extintivo de la responsabilidad si había reconducido su vida sin cometer una nueva infracción.

Ahora bien, desde la implantación en España, por primera vez con la Ley de libertad condicional de 17 de marzo de 1908, de verdaderas instituciones de suspensión condicional de la ejecución de la pena, en las que el disfrute del beneficio está expresamente condicionado a que no se cometan nuevas infracciones, esta causa expresa de interrupción de la prescripción, con su carga moralista, fue perdiendo sentido. La confusión institucional entre la prescripción y la condena condicional acabó definitivamente con la regulación del Código en vigor, en la que la suspensión de la ejecución –con sus propios plazos y condicionada en todo caso a que el reo no delinca y la prescripción de la pena– basada en plazos diferentes que sancionan objetivamente y por simples razones de seguridad jurídica la dilación de la materialización de la actividad ejecutiva aparecen ya como instituciones distintas y conceptualmente incompatibles, puesto que la suspensión condicional, tal y como ha sido señalado, es una «forma sustitutiva» de ejecución.

En cualquier caso, hay que dar por superado, tras la STC núm. 97/2010, el criterio tradicional del Tribunal Supremo (STS núm. 1505/1999, de 1 de diciembre) que extiende el efecto interruptivo de la prescripción a los casos de suspensión por razón de la tramitación de indulto. Sólo la suspensión que comporta una actividad ejecutiva sustitutoria tiene, según lo expuesto, esa eficacia interruptiva.

II.3 Diferencias de regulación con el artículo 60 del Código Penal

Resulta muy esclarecedora, en relación con la naturaleza jurídica del instituto prescriptivo, la diferencia que el propio Código Penal establece expresamente entre el régimen normativo de la suspensión de la pena privativa de libertad y el cese de la actividad ejecutiva que se produce por la enajenación mental del penado. Sólo en este segundo caso ordena expresamente el texto punitivo el reinicio del plazo de prescripción.

Cuando sobreviene al penado una «situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena» el artículo 60 del Código obliga a suspender la ejecución de ésta para que se imponga, en su lugar, una medida de seguridad. Una vez restablecida la salud mental del penado, según señala el citado precepto, «éste cumplirá la sentencia, si la pena no hubiere prescrito». A diferencia, por tanto, de los casos de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, el texto legal salva expresamente la operatividad de la prescripción de la pena.

La razón de esta disparidad de regulación es evidente. A diferencia de las instituciones comprendidas en el Capítulo III del Título III del Libro I –que son, según se ha señalado, modalidades de cumplimiento alternativo legalmente articuladas para minimizar el impacto de la pena privativa de libertad y favorecer, así, la rehabilitación social del penado, en el caso de enajenación mental del reo estamos ante una incidencia sobrevenida e imprevista que excluye toda posibilidad de cumplimiento. La pérdida total de la capacidad para entender el sentido de la pena impuesta impide que el condenado sea sometido a cualquier forma, ordinaria o sustitutiva, de ejecución de ésta. Se exige, por consiguiente, la aplicación de una medida de seguridad, que, como respuesta radicalmente heterogénea que no requiere «capacidad de comprensión» del sentido de la sanción, no puede ser considerada en modo alguno equivalente a la condena inicial. En este caso, puesto que la pena no puede cumplirse en ninguna de sus

formas, queda paralizada su ejecución y debe, en coherencia, darse inicio al cómputo del plazo prescriptivo.

II.4 Consecuencias del régimen legal

En definitiva, de acuerdo con la regulación vigente y los criterios interpretativos del Tribunal Supremo y del propio Tribunal Constitucional, la suspensión prevista en los artículos 80 a 87 CP es, como bien señala la rúbrica común del Capítulo III de Título III del Libro I, una forma sustitutiva de cumplimiento de la pena de prisión que se sustancia a través de una actividad jurisdiccional ejecutiva. En ningún caso se produce una paralización de la actividad judicial que relegue la suerte del penado a la decisión de otra autoridad del Estado, bien del Gobierno de la Nación –en el caso del indulto–, bien del Tribunal Constitucional –en el caso de la suspensión prevista en el artículo 56 de su Ley Orgánica–.

De esta forma, haciendo una aplicación estricta del artículo 134 del Código Penal, la suspensión de la ejecución de la pena supone, desde su notificación personal al penado –como acto de comunicación que asegura el conocimiento de las obligaciones y reglas de conducta que han sido concretamente impuestas–, el inicio del cumplimiento, en forma sustitutiva, de la condena inicial. Será, por tanto, según la dicción literal del citado artículo, el quebrantamiento –materializado en la comisión del nuevo delito, en el abandono del tratamiento deshabitador o en el incumplimiento reiterado de las reglas de conducta–, el que determine el reinicio del cómputo del plazo prescriptivo. Dicho plazo volverá a correr, de este modo, desde la fecha en que se produzca la correspondiente forma de quebrantamiento, debiendo tenerse en cuenta a estos efectos, en el supuesto de infracción reiterada de reglas de conducta, la fecha del último incumplimiento acaecido, como aquel que motiva la decisión judicial de revocación.

Finalmente, con mayor razón son trasladables estas conclusiones a la sustitución de la pena de los artículos 88 y 89 del Código, supuestos en los que debe entenderse producido el mismo efecto interruptivo desde la notificación personal al reo de la concesión del beneficio y en los que el reinicio del cómputo queda igualmente determinado por el incumplimiento de la pena sustitutiva (art. 88.2) o por la infracción de la obligación de no regresar a España (art. 89.4).

En todos estos supuestos el inicio del plazo de prescripción exige el dictado de una resolución judicial en la que se acuerde la revocación de la suspensión de la ejecución o de la sustitución, sin perjuicio de que, una vez dictada, el inicio del cómputo del plazo de prescripción se retrotraiga al momento mismo en que se produjo la situación que determinó esa revocación.

III. LA COBERTURA LEGAL DEL EFECTO INTERRUPTIVO

Como se ha anticipado, la suspensión de la ejecución de la pena de los artículos 80 a 87 del Código penal presenta otra diferencia sustancial con los supuestos de indulto y recurso de amparo. A diferencia de estos, el efecto interruptivo del plazo de prescripción cuenta con una clara cobertura legal. Una cobertura que trasciende incluso a su consideración institucional como modalidad alternativa de cumplimiento de la pena.

En este sentido, hay que recordar que la STC núm. 97/2010 rechaza que puedan existir causas «extralegales» de interrupción de la prescripción. Admite, sin embargo,

la viabilidad de las causas que pueden considerarse «implícitas» en la propia regulación positiva. Según la citada sentencia, el cumplimiento de la pena es una causa de interrupción que no está expresamente enunciada sino «implícitamente» contenida en el tenor literal del artículo 134 del texto punitivo (FJ 4.º). Pues bien, esa inherencia del efecto interruptivo –en relación a un texto legal que no lo enuncia expresamente– también se observa en la regulación de las «formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad» y muy especialmente en los plazos de duración que el Código penal establece para las diversas modalidades de este instituto.

Efectivamente, en los artículos 80 a 89 del Código penal se contemplan plazos legales de suspensión y sustitución que superan expresamente el tiempo señalado por el Código para la prescripción de la pena suspendida o sustituida. Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto específico del artículo 87.5.11, que habilita al juez o tribunal a prorrogar la suspensión hasta un máximo posible de siete años, límite claramente superior a los cinco de prescripción fijados en el artículo 133. Es más, de no producirse la interrupción de la prescripción, el propio plazo ordinario de cinco años del artículo 80 del texto punitivo sería conceptualmente incompatible con el amplísimo grupo de supuestos en los que la decisión sobre la suspensión no se produce en la misma sentencia firme –que marca el inicio del cómputo de la prescripción de la pena– sino en un auto posterior. No debe olvidarse que el artículo 85.2 del Código Penal señala taxativamente que «transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto y cumplidas, en su caso las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena». El mandato legal formulado al juez penal exige, por tanto, que éste atienda exclusivamente a los plazos legales de suspensión, plazos que son virtualmente superiores a los de prescripción de la pena.

La misma circunstancia se pone de manifiesto en la regulación de la sustitución de la pena y, singularmente, en el supuesto de sustitución por expulsión contemplado en el artículo 89. En este caso, el plazo de cumplimiento sustitutivo llega hasta los diez años de duración –plazo que, por otra parte, era el único posible en la redacción originaria del Código–. En dicho período, el expulsado queda obligado a no regresar a España y el incumplimiento de esa obligación determina la ejecución de la pena sustituida. Es clara, por tanto, la incompatibilidad de esta regulación legal, que afecta mayoritariamente a delitos menos graves, con la operatividad de un plazo de prescripción de cinco años.

Los mandatos legales que expresamente contiene el Código Penal de 1995 en relación a la duración de las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad dan una cobertura legal suficiente para inferir la interrupción del plazo de prescripción. Una cobertura legal de la que, ciertamente, se carece en los supuestos de tramitación de indulto o de interposición de recurso de amparo. En estos casos, el Código Penal omite toda regulación expresa de las incidencias de la suspensión. Paralizada la actividad ejecutiva de la pena, la decisión sobre la suerte del reo queda deferida a otra autoridad del Estado (el Ministerio de Justicia o el Tribunal Constitucional) y sometida a sus propias normas reguladoras (la Ley de Indulto o la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). El Legislador penal ni establece plazo de duración de la suspensión ni ordena los procedimientos y criterios que han de seguir las autoridades extrapenales. En esa situación, la dilación en la respuesta del Ministerio de Justicia o del Tribunal Constitucional a la petición formulada por el penado no debe ir en perjuicio de éste. El término prescriptivo recupera, así, su función de salvaguarda de la seguridad jurídica e impide que el ciudadano afectado se vea indefinidamente sujeto a la amenaza de ejecución de la pena. El reo, en definitiva, no puede contar en esos supuestos con otra protección frente a la inactividad de la institución pública correspondiente que la que ofrece el plazo legal de prescripción.

En la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad como forma sustitutiva de cumplimiento, la situación, como acaba de verse, es sustancialmente distinta. La decisión sobre la suerte del penado permanece en el ámbito de la jurisdicción penal. El proceso ejecutivo continúa su curso y el Código establece mandatos legales inequívocos que incluyen plazos mínimos y máximos de duración del incidente. Se ofrece, por tanto, plena seguridad jurídica al ciudadano que se beneficia de este régimen atenuado de cumplimiento por un tiempo absolutamente determinado e incompatible, por su extensión, con la operatividad del plazo prescriptivo.

Finalmente, debe recordarse que la exclusión interpretativa, no ya de causas «extralegales», sino de causas de interrupción de la prescripción de la pena lógicamente derivadas de una lectura integrada de los preceptos que componen la Parte General del texto punitivo, llevaría a consecuencias absurdas en otros ámbitos, como el de cumplimiento sucesivo de penas. La «extrapolación» automática de los criterios de la STC núm. 97/2010, de 15 de noviembre, llevaría, por ejemplo, a la prescripción inexorable de las penas no ejecutadas en primer lugar en los supuestos de cumplimiento sucesivo. Las penas privativas de libertad de menor gravedad prescribirían, de este modo, durante el tiempo de ejecución de las de mayor extensión. Sólo el inicio del cumplimiento de cada concreta pena impuesta interrumpiría su particular lapso prescriptivo. Se trata, evidentemente, de una interpretación abrogatoria de los mandatos del artículo 75 del Código Penal. El mismo efecto abrogatorio que la traslación mecánica de la sentencia constitucional referida tendría sobre los plazos legales de suspensión y sustitución de penas.

En suma, una lectura integrada y coherente de los preceptos que componen la Parte General del Código Penal demuestra que existen supuestos singulares de ejecución de las penas que son incompatibles con el decurso del plazo de prescripción y que en ningún caso suponen una interpretación correctora o analógica que vaya más allá de lo que taxativamente dispone el propio texto legislativo.

IV. CRITERIOS DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

De acuerdo con lo razonado en los apartados anteriores, el criterio de la Fiscalía General del Estado es que la suspensión y la sustitución de la ejecución de la pena —desde su notificación personal al reo— producen la interrupción del plazo de prescripción. Dicho plazo vuelve a correr en el momento en que se comete un nuevo delito o se quebrantan las condiciones fijadas (de acuerdo con los arts. 84 y 87.5 CP), cuando se incumple la pena sustitutiva (art. 88.2) o cuando se regresa indebidamente a España (art. 89.4). En tal caso procede la revocación del beneficio concedido y vuelve a hacerse necesaria una actividad positiva tendente a la materialización en forma ordinaria del cumplimiento de la pena.

La recta interpretación de los preceptos vigentes no deja lugar a otra solución razonable. Ahora bien, debe reiterarse la conveniencia de abordar una reforma legislativa que evite interpretaciones erróneas, producto de una indebida asimilación de la suspensión como «forma sustitutiva» de cumplimiento a los casos de paralización de la ejecución por petición de indulto o por tramitación de recurso de amparo. De hecho, como da noticia la Fiscalía consultante, algunos Juzgados y Tribunales penales ya han declarado prescrita la pena previamente impuesta invocando la STC núm. 97/2010.

La oportunidad de introducir en el artículo 134 CP un texto legal aún más taxativo ya fue apuntada en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2006. Efectivamente, en el capítulo correspondiente a las propuestas de reforma legislativa se señalaba que, aunque una interpretación lógica del precepto, como la llevada a cabo el Tribunal Supremo, «lleva a entender que el contenido esencial de la prescripción es la inactividad y que, por tanto, el simple transcurso del tiempo ha de ir acompañado de dicha inactividad para que se produzcan efectos prescriptivos [...] convendría que se recogiera así expresamente». Añadía la Memoria que pese a la «interpretación jurisprudencial» que «expresa taxativamente que el plazo de prescripción queda interrumpido por el acuerdo del tribunal de suspender la ejecución de la pena [...] convendría completar el artículo 134 del Código Penal» con un nuevo párrafo del tenor siguiente: «quedará interrumpido el plazo de prescripción cuando la condena comience a ejecutarse de cualquiera de las maneras legalmente previstas, incluida la suspensión, cuando se suspenda su ejecución por previsión legal o en tanto se ejecutan otras condenas que impidan su cumplimiento simultáneo».

En cualquier caso, entrando ya en las pautas de actuación que han de seguirse en el ámbito de responsabilidad propio del Ministerio Fiscal, deben aprovecharse los cauces de coordinación introducidos para la tramitación de las ejecutorias por la Instrucción 1/2010 de la Fiscalía General del Estado para evitar que se produzca la prescripción de las penas suspendidas por razón de la tramitación de indulto o de recurso de amparo. Para ello es necesario que las Fiscalías establezcan pautas de actuación para la vigilancia cuidadosa del cómputo del plazo de prescripción de la pena una vez que haya sido acordada la suspensión de su ejecución en alguno de esos dos supuestos. De este modo, cuando se aproxime el término final del lapso prescriptivo, el Fiscal Jefe del órgano correspondiente estará en condiciones de poner esta circunstancia en conocimiento de la Fiscalía General del Estado, a través de su Secretaría Técnica, de manera que la propia Fiscalía General pueda, así, trasladar –a través de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional o directamente al Ministerio de Justicia, en sus respectivos casos– la oportuna advertencia acerca de ese hecho, instando, si ha lugar, las actuaciones que procedan, en particular la pronta resolución del expediente, con el fin de evitar la impunidad injustificada del delito.

En relación con la suspensión condicional de la pena de los artículos 80 a 87 CP, resulta igualmente recomendable la implantación de sistemas de control que permitan la detección de los comportamientos que, determinando la revocación del beneficio de suspensión de la pena, conllevan el reinicio del cómputo del plazo de prescripción. En este sentido, es frecuente que, bien al formular acusación, bien en algún trámite posterior, se aprecie en la hoja histórico penal del acusado que el hecho delictivo se ha cometido durante el plazo de suspensión concedido en una ejecutoria previa. En este supuesto, como ya es práctica habitual en muchas Fiscalías, debe solicitarse al órgano de enjuiciamiento o ejecución que remita testimonio de la sentencia condenatoria al tribunal que tramita la ejecutoria en la que la suspensión condicional ha sido concedida, vigilándose con posterioridad que esta solicitud sea debidamente cumplimentada.

Finalmente, y de acuerdo con lo hasta ahora expuesto, los Sres. Fiscales habrán de oponerse en el futuro a toda extrapolación indebida de los fundamentos de la STC núm. 97/2010, de 15 de noviembre. En particular, habrán de evitar que una lectura incompleta de este pronunciamiento conduzca a una inadecuada aplicación de la prescripción en los casos de cumplimiento sucesivo de penas.

V. CONCLUSIONES

Primera. La doctrina establecida en la STC núm. 97/2010, de 15 de noviembre, es exclusivamente aplicable a los supuestos de paralización de la ejecución de la pena derivados de la tramitación de indulto o de la interposición de recurso de amparo constitucional. En dichos supuestos habrá de entenderse, conforme a lo resuelto por el Tribunal, que la suspensión acordada no interrumpe el cómputo del plazo de prescripción de la pena.

Segunda. Para evitar que, conforme a la doctrina constitucional aludida, se produzca la prescripción las penas suspendidas en los dos supuestos indicados, los Sres. Fiscales han de ejercer una vigilancia cuidadosa del cómputo del plazo de prescripción desde que sea acordada la suspensión de su ejecución conforme al artículo 4.4 CP o el artículo 56 LOTC. El Fiscal Jefe del órgano correspondiente deberá proceder, en su caso, a poner en inmediato conocimiento de la Fiscalía General del Estado, a través de su Secretaría Técnica y con la suficiente antelación, la próxima expiración del plazo prescriptivo, de modo que puedan llevarse a cabo las actuaciones oportunas –a través de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional o directamente con el Ministerio de Justicia, respectivamente– en los correspondientes procedimientos de amparo o de indulto, a efectos de evitar la impunidad injustificada del delito.

Tercera. La doctrina de la STC núm. 97/2010 no es, en cambio, trasladable a los supuestos de suspensión y sustitución de la ejecución de los artículos 80 a 89 CP. En estos casos estamos ante formas sustitutivas de cumplimiento directamente incardinables en el tenor literal del artículo 134 del texto punitivo. En relación con estas formas de ejecución sustitutiva, el Código Penal otorga una cobertura legal suficiente a la interrupción de la prescripción a través de mandatos expresos y taxativos que hacen innecesaria toda interpretación extensiva o analógica de las normas legales aplicables.

Cuarta. De acuerdo con lo anterior, debe entenderse que la suspensión y la sustitución de la ejecución de la pena –desde su notificación personal al reo– producen la interrupción del curso del plazo de prescripción. Dicho plazo vuelve a correr en el momento en que se quebrantan las condiciones en cada caso fijadas (de acuerdo con los arts. 84, 87.5, 88.2 y 89.4 CP) y procede la revocación del beneficio. Por tanto, en el ámbito de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad será la fecha de la comisión del nuevo delito, la del abandono del tratamiento rehabilitador o la del último incumplimiento de las reglas de conducta –como aquel que motiva la decisión judicial de revocación del beneficio–, el *dies a quo* del cómputo del plazo prescriptivo. Dicho plazo se reiniciará, a su vez, en los casos de sustitución de la pena privativa de libertad, cuando se produzca, en sus respectivos casos, el incumplimiento de la pena sustitutiva o la infracción de la obligación de no regresar a España.

En todos estos supuestos el inicio del plazo de prescripción exige el dictado de una resolución judicial en la que se acuerde la revocación de la suspensión de la ejecución o de la sustitución, sin perjuicio de que, una vez dictada, el inicio del cómputo del plazo de prescripción se retrotraiga al momento mismo en que se produjo la situación que determinó esa revocación.

Quinta. Han de establecerse en las Fiscalías pautas de actuación o sistemas de control que permitan la más inmediata detección de los comportamientos que, debiendo determinar la revocación del beneficio de suspensión de la ejecución, implican el reinicio del cómputo del plazo de prescripción de la pena, poniéndolos en todo caso en conocimiento del Juzgado o Tribunal que tramita la ejecutoria.

Sexta. Los Sres. Fiscales deberán oponerse a toda extrapolación indebida de los fundamentos de la STC núm. 97/2010, de 15 de noviembre. En particular, habrá de

evitarse que una eventual lectura expansiva de esta resolución conduzca a la aplicación de la prescripción en los casos de cumplimiento sucesivo de penas, supuesto en el que igualmente se produce la interrupción del curso del plazo prescriptivo para todas las penas impuestas desde el inicio de la ejecución de la más grave.

Por lo expuesto, en lo sucesivo, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones, se atenderán al contenido de la presente Consulta.

Instrucciones

INSTRUCCIÓN NÚM. 5/2012, SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN LA DESTRUCCIÓN DE SUSTANCIAS INCAUTADAS EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES POR DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

ÍNDICE: I. Planteamiento del problema.–II. Previsiones legales sobre destrucción de sustancias que constituyen el objeto material de delitos de tráfico de drogas.–III. La actuación del Fiscal en este ámbito. Destrucción de las drogas y conservación de muestras.–IV. Planes específicos de Inspección Fiscal en materia de control de destrucción de drogas.–V. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La persecución de los delitos contra la salud pública conlleva la incautación de importantes cantidades de drogas tóxicas, estupefacientes, psicotrópicos, productos químicos, medicamentos y otras sustancias, objetos e instrumentos que constituyen su objeto material, los cuales son depositados a disposición judicial.

El almacenamiento y custodia de dichas sustancias y productos genera situaciones de peligro. El alto valor económico en el mercado ilegal de la generalidad de los estupefacientes y psicotrópicos exige especiales medidas de vigilancia en estos depósitos.

También es importante señalar que la existencia de estos almacenamientos masivos y prolongados en el tiempo comporta elevados costes para la administración, sin que en la mayoría de los casos implique beneficio o utilidad alguna.

La expresada problemática no es nueva y la Fiscalía General del Estado nunca ha sido ajena a estas cuestiones. En la Instrucción 9/1991, de 26 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales en los delitos de tráfico ilegal de drogas, recordando lo resuelto en la Consulta 2/1986, ya se establecían pautas de actuación para que los Sres. Fiscales promovieran la destrucción de drogas incautadas en procedimientos judiciales, con sujeción a las disposiciones legales vigentes en aquellos momentos, particularmente a tenor de texto del artículo 338 LECrim, posteriormente modificado.

Más recientemente, la Circular 2/2005, al analizar diversos aspectos derivados de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, dispone como regla general la destrucción de las drogas, estupefacientes y psicotrópicos, por la Autoridad Administrativa encargada de su custodia, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras suficientes, salvo que la

Autoridad Judicial haya ordenado su conservación íntegra (art. 374.1.1.ª CP), debiendo los Fiscales instar de la Autoridad Judicial su conservación en los supuestos excepcionales en que las circunstancias de la investigación lo hicieran necesario.

Un paso más en la implicación del Ministerio Fiscal en la búsqueda de soluciones a la problemática derivada del almacenamiento de drogas lo constituye la Circular interna de la Fiscalía Especial Antidroga de 28 de julio de 2010, en la que se imparten diversas recomendaciones a los Sres. Fiscales dependientes de la misma en aras al seguimiento y control de los depósitos de drogas incautadas, teniendo en cuenta el tenor de la modificación realizada por la Ley 18/3006 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, exigiendo autorización judicial para la destrucción de dichas sustancias.

Diversas circunstancias –que se extienden desde la falta de instalaciones adecuadas para la destrucción de estas sustancias o de los medios adecuados para su transporte desde el lugar de custodia, hasta la complejidad y el volumen de numerosos procedimientos que afectan a estos depósitos, así como la falta de atención a estas situaciones por parte de los órganos e instituciones involucradas, volcadas principalmente en el objetivo de la investigación de los hechos y de su enjuiciamiento– han determinado que la situación generada por los depósitos de sustancias intervenidas en delitos contra la salud pública, lejos de solucionarse, en la actualidad haya llegado a ser especialmente preocupante, por cuanto la acumulación de sustancias intervenidas sobrepasa la capacidad de almacenamiento de los depósitos previstos y obliga a que una parte de las partidas de productos intervenidos sean custodiadas en lugares inapropiados, con los consiguientes riesgos de salubridad y de seguridad.

Todo ello hace preciso un nuevo análisis de la situación, actualizando a través de la presente Instrucción los expresados documentos de la Fiscalía General del Estado a la luz de la legislación vigente.

Conviene resaltar que por lo que se refiere a otras sustancias de naturaleza diferente a la catalogadas como drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, como pueden ser los medicamentos u otros productos químicos, así como a los efectos, objetos, instrumentos intervenidos en los procedimientos judiciales relativos a los delitos de contra la salud pública, es de aplicación la normativa sobre conservación y enajenación de bienes y efectos decomisados en los procesos penales en general, a cuyo efecto la Fiscalía General del Estado impartió la Instrucción 6/2007, sobre la enajenación de bienes decomisados antes de dictarse sentencia, en la que se establecen las pautas de actuación que deben seguir los Sres. Fiscales en relación dichos productos, efectos y objetos. Por tanto, la presente Instrucción se refiere exclusivamente a la destrucción de las drogas en sus dos especies: estupefacientes y psicotrópicos.

También hay que precisar que existen drogas tóxicas almacenadas que no tienen relación con procedimientos judiciales penales. Así sucede con las que proceden de aprehensiones realizadas en virtud de actuaciones policiales de carácter administrativo en aplicación de lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, cuya custodia y destrucción no está sometida a las disposiciones de carácter procesal penal a las que se contrae la presente Instrucción.

II. PREVISIONES LEGALES SOBRE DESTRUCCIÓN DE SUSTANCIAS Y PRODUCTOS QUE CONSTITUYEN EL OBJETO MATERIAL DE DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

Las normas de específica aplicación sobre destrucción de estas sustancias se encuentran en el Capítulo II bis introducido en el Título V del Libro II de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal mediante la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en los procedimientos penales regulando la destrucción y realización anticipada de los efectos judiciales en cualquier tipo de procedimiento criminal, a cuyo efecto en el inciso final del artículo 367 ter.1 se establece que cuando se trate de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, el Juez instructor, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes, ordenará su inmediata destrucción conservando muestras suficientes de dichas sustancias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones, todo ello sin perjuicio de que, de forma motivada, el órgano judicial considere necesario la conservación de la totalidad. Lo conservado estará siempre bajo la custodia del órgano judicial competente.

Por otra parte, en el artículo 374.1.1 CP se establece que las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán destruidas por la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras bastantes de las mismas, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra. Una vez que la sentencia sea firme, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.

En la Junta General de la Fiscalía Especial Antidroga celebrada los días 27 y 28 de mayo de 2010, se puso de manifiesto el importante aumento de los depósitos de estas sustancias en diversas provincias se habían generado a consecuencia del nuevo artículo 367 LECrim, que exige en todo caso decisión judicial, previo un incidente de audiencia al Fiscal y a las partes.

En dicha Junta se estimó que el carácter de *lex* posterior de la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de la establecida en el reseñado artículo 374.1.1 CP, cuya redacción proviene de la modificación efectuada por la Ley Orgánica 15/2003 –estableciendo como regla general la destrucción administrativa, «salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra»–, determina que en la actualidad la destrucción de la droga precisa la previa autorización judicial, no siendo posible la destrucción por decisión administrativa. Además, se concluyó que tal posición se fundamenta en la circunstancia de que la droga no sólo constituye el objeto del delito, sino que la comprobación de su composición y existencia de principios psicoactivos forman parte del acervo probatorio que está sujeto, en todo caso, al control jurisdiccional. Esta interpretación es asumida por la Fiscalía General del Estado.

III. LA ACTUACIÓN DEL FISCAL EN ESTE ÁMBITO. DESTRUCCIÓN DE LAS DROGAS Y CONSERVACIÓN DE MUESTRAS

a) **Destrucción de las drogas**

Se hace preciso recordar la vigencia de lo acordado en la Instrucción, Consulta y Circular mencionadas *supra*, aunque actualizadas a tenor de la normativa vigente. En su virtud, los Sres. Fiscales deberán interesar con carácter general, salvo excepciones muy justificadas, la destrucción de la droga en los diferentes procedimientos penales que se sustancien en su ámbito competencial, conservándose muestras suficientes para garantizar ulteriores análisis comprobaciones o investigaciones.

A estos efectos, los Sres. Fiscales deberán promover, en los casos en que no se haya acordado de oficio, la audiencia previa establecida en el artículo 367 ter.1 LECrim, aprovechando, en su caso, el acto de toma de declaración de los detenidos, incluso durante el servicio de guardia. Dicha audiencia también deberá celebrarse en los supuestos de descubrimientos o hallazgos de alijos ocultos o partidas de drogas abandonadas, en los que obviamente únicamente será precisa la audiencia previa al Fiscal. En estos supuestos, nada obsta a que tal trámite se realice por escrito.

En todo caso, la actuación de los Sres. Fiscales no se limitará a la simple solicitud de destrucción de droga, sino que deberá prolongarse hasta la constatación de su ejecución efectiva, debiendo vigilar que en el procedimiento judicial quede constancia de su destrucción, mediante la incorporación a los autos del acta de incineración o equivalente. Igualmente los Sres. Fiscales deberán interesar que para su constancia en autos, la diligencia que se extienda sobre la destrucción de la droga comprenda la naturaleza, calidad, cantidad de lo destruido, así como de su valoración en el mercado ilegal.

Ante las resoluciones judiciales denegatorias de la destrucción de la droga que los Sres. Fiscales consideren injustificadas, o ante la falta de respuesta respecto de las peticiones de celebración de la indicada audiencia previa, los Sres. Fiscales utilizarán el régimen de recursos procedentes, dando cuenta al Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga a través de los correspondientes Fiscales Jefe Provinciales o de Área, cuando se produzcan reiteradas resoluciones denegatorias o situaciones de falta de respuesta judicial a la petición del Fiscal por parte de un mismo órgano jurisdiccional.

b) Coordinación entre la Fiscalía y los organismos administrativos

Con el objeto de agilizar los procesos de destrucción de las drogas incautadas cuya conservación no resulte necesaria y solucionar los actuales problemas de almacenamiento, así como para reforzar las garantías en el sistema de obtención y custodia de las muestras extraídas para su analítica, las autoridades y organismos implicados en dicha situación, el día 3 de octubre de 2012, suscribieron el «Acuerdo Marco de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el Ministerio del Interior y la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, por el que se establece el protocolo a seguir en la aprehensión, análisis, custodia y destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas».

En dicho documento se concretan los criterios a los que deben someterse las actuaciones sobre aprehensión, documentación, toma de muestras, análisis, cadena de custodia y conservación o destrucción de las drogas incautadas.

Los Sres. Fiscales Jefes Provinciales y de Área establecerán los cauces adecuados de comunicación con los responsables policiales y de los órganos administrativos encargados de la custodia y análisis de la drogas intervenidas en cada territorio, con el objeto de superar las posibles disfunciones derivadas de la identificación de las partidas de drogas remitidas para su custodia y análisis, así como para detectar cualquier dilación que se pueda producir en la destrucción de drogas almacenadas.

Las incidencias que se produzcan en este ámbito deberán ser comunicadas por los Sres. Fiscales Jefes y de Área al Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga. Igualmente, con el objetivo de controlar y reducir al máximo estos depósitos, todas las Fiscalías Provinciales y de Área deberán elaborar un estadillo expresivo de la evo-

lución de la situación de las sustancias incautadas almacenadas a disposición de cada uno de los órganos jurisdiccionales de su ámbito competencial, que será remitido trimestralmente al Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga.

c) Conservación de muestras

El citado artículo 367 ter.1 LECrim dispone, además, que cuando se acuerde la destrucción de la droga se conservarán muestras suficientes de dichas sustancias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones.

Deduciéndose que la *ratio legis* del precepto es posibilitar un análisis cualitativo posterior, cuando eventualmente pueda ser solicitado por alguna de las partes, es preciso que siempre se conserven muestras suficientes, con la expresada finalidad garantista.

No es ocioso recordar la validez procesal del análisis sobre muestras –y no sobre el total de la sustancia incautada– conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. entre otras STS 21-02- 1991, 6-3-91 y 12-6-91) y tampoco puede obviarse que los principios activos de las sustancias y productos almacenados se degradan con el tiempo.

Ante ello cabe preguntarse si es preciso conservar las muestras hasta que la sentencia sea firme o es procedente su destrucción una vez realizados los análisis contradictorios en fase de instrucción.

La referencia a la firmeza de la sentencia se realiza en el artículo 374.1.1 CP en relación a los supuestos en que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra, en cuyo caso, se establece que una vez que la sentencia sea firme, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación. En definitiva, desde la perspectiva de la legalidad nada impide que la destrucción de las muestras se realice una vez que las mismas hayan cumplido su cometido: la realización de eventuales ulteriores análisis contradictorios.

En todo caso, la destrucción de las drogas o de las muestras conservadas deberá producirse una vez que finalice el procedimiento penal por resolución judicial firme, en cuyo caso, si no se hubiera acordado de oficio, los Sres. Fiscales instarán de los órganos jurisdiccionales competentes que se acuerde la destrucción de las drogas.

Es decir, en ejecución de sentencia deberá vigilarse que se ha producido la destrucción total de las drogas incautadas cuando excepcionalmente no se hubiere hecho con anterioridad.

IV. PLANES ESPECÍFICOS DE INSPECCIÓN FISCAL EN MATERIA DE CONTROL DE DESTRUCCIÓN DE DROGAS

Debido a la distribución de competencias entre Comunidades Autónomas en relación con los organismos implicados en la aprehensión, custodia, análisis y destrucción de las drogas tóxicas, para la efectividad de los criterios de actuación propuestos anteriormente será precisa también la intervención directa de los órganos territoriales del Ministerio Fiscal, en concreto de los Excmos. Sres. Fiscales Superiores.

A estos efectos, deberá reforzarse en este ámbito el procedimiento de supervisión ordinaria periódica que en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.2 del Estatuto Orgá-

nico del Ministerio Fiscal corresponde directamente a los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de las facultades y competencias genéricas de la Inspección Fiscal, y sin detrimento de las obligaciones que tienen atribuidas tanto el Fiscal Jefe de la propia Fiscalía territorial como, en su caso, el Fiscal Delegado de la Fiscalía Especial Antidroga.

Así, en lo sucesivo en los planes semestrales de Inspección de los Fiscales Superiores se incluirá la supervisión de la actuación del Fiscal en los procedimientos judiciales de su territorio en los que se hayan producido aprehensiones de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, con indicación de las resoluciones adoptadas respecto de su destrucción, así como el detalle de la evolución de los depósitos de drogas intervenidas.

El Excmo. Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga remitirá semestralmente a la Fiscalía General del Estado un informe sobre la evolución de la ejecución del Acuerdo Marco de colaboración de 3 de octubre de 2012.

V. CONCLUSIONES

Primera. Se reitera la vigencia de las pautas de actuación establecidas en la Instrucción núm. 6/2007, sobre la enajenación de bienes decomisados antes de dictarse sentencia, las cuales son de aplicación respecto de las sustancias de naturaleza diferente a la catalogadas como drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, como pueden ser los medicamentos u otros productos químicos, así como a los efectos, objetos, instrumentos intervenidos en los procedimientos judiciales relativos a los delitos de contra la salud pública. La presente Instrucción se refiere exclusivamente a destrucción de las drogas en sus dos especiales: estupefacientes y psicotrópicos.

Segunda. Los Sres. Fiscales deberán interesar con carácter general, salvo excepciones muy justificadas, la destrucción de la droga en los diferentes procedimientos penales que se sustancien en su ámbito competencial, conservándose muestras suficientes con la finalidad garantista de hacer posibles posteriores análisis cualitativos.

Tercera. Los Sres. Fiscales deberán promover, en los casos en que no se haya acordado de oficio, la audiencia previa establecida en el artículo 367 ter.1 LECrim, aprovechando, en su caso, el acto de toma de declaración de los detenidos, incluso durante el servicio de guardia. En los supuestos de descubrimientos o hallazgos de alijos ocultos o partidas de drogas abandonadas, únicamente será precisa la audiencia previa al Fiscal, que podrá realizarse por escrito.

Cuarta. En todo caso, la actuación de los Sres. Fiscales en relación con las peticiones de destrucción de droga no se limitará a la simple solicitud, sino que deberá prolongarse hasta la constatación de su ejecución efectiva, debiendo vigilar que en el procedimiento judicial quede constancia de la destrucción, así como de la naturaleza, calidad, cantidad de lo destruido y su valoración en el mercado ilegal.

Quinta. Ante las resoluciones judiciales denegatorias de la destrucción de la droga que los Sres. Fiscales consideren injustificadas, o ante la falta de respuesta respecto de las peticiones de celebración de la indicada audiencia previa, los Sres. Fiscales utilizarán el régimen de recursos procedentes, dando cuenta al Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga, a través de los correspondientes Fiscales Jefe Provinciales o de Área, cuando se produzcan reiteradas resoluciones denegatorias o situaciones de falta de respuesta judicial a la petición del Fiscal por parte de un mismo órgano jurisdiccional.

Sexta. Los Sres. Fiscales Jefes Provinciales y de Área establecerán los cauces adecuados de comunicación con los responsables policiales y de los órganos administrativos encargados de la custodia y análisis de la drogas intervenidas en cada territorio, con el objeto de superar las posibles disfunciones derivadas de la identificación de las partidas de drogas remitidas para su custodia y análisis, así como para detectar cualquier dilación que se pueda producir en la destrucción de drogas almacenadas.

Las incidencias que se produzcan en este ámbito deberán ser comunicadas por los Sres. Fiscales Jefes y de Área al Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga.

Séptima. En todo caso, la destrucción de las drogas o de las muestras conservadas deberá producirse una vez que finalice el procedimiento penal por resolución judicial firme, en cuyo caso los Sres. Fiscales instarán de los órganos jurisdiccionales competentes que acuerden la destrucción de la droga, si no se hubiera acordado de oficio. Es decir, en ejecución de sentencia deberá vigilarse que se ha producido la destrucción total de las drogas incautadas cuando excepcionalmente no se hubiere hecho con anterioridad.

Octava. En los planes semestrales de Inspección de los Fiscales Superiores se incluirá la supervisión de la actuación de la Fiscalía en los procedimientos judiciales de su territorio en los que se hayan producido aprehensiones de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, con indicación de las resoluciones adoptadas respecto de su destrucción, así como el detalle de la evolución de los depósitos de drogas intervenidas. Esta información deberá ser remitida también al Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga.

Novena. El Excmo. Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga remitirá semestralmente a la Fiscalía General del Estado un informe sobre la evolución de la ejecución del Acuerdo Marco de colaboración de 3 de octubre de 2012.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán, en lo sucesivo, a las prescripciones de la presente Instrucción.

BIBLIOGRAFÍA

Revista de Libros

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta: *Derecho penitenciario*. 3.^a ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, 372 páginas

I

La destacada especialista Vicenta Cervelló, prof.^a Titular de Derecho penitenciario de la Universidad de Valencia, acaba de dar a la luz la última edición de su reconocido manual de Derecho penitenciario, libro que por derecho propio se coloca entre los primeros de su género. Últimamente se está produciendo un verdadero y moderno resurgir bibliográfico, de carácter esencialmente dogmático, de esta abandonada materia, como lo demuestran las excelentes monografías de la catedrática de Alicante, Carmen Juanatey Dorado (Iustel, 2011) o la 2.^a ed. del texto del prof. de la Pompeu y magistrado, Carlos Mir Puig (Atelier, 2012) y, lo que es mejor, a la bondad intrínseca de las mismas, corresponde el lector interesado con el consumo de las mismas, de ahí las repetidas ediciones, impensables antaño.

En la línea de excelencia y utilidad mencionadas se inscribe la obra de Cervelló. Ya acreditada desde sus orígenes, esta nueva impresión confirma el impacto que la misma ha venido causando entre los estudiantes y los profesionales. La eclosión de los estudios de nuevos grados, como en Criminología, o los optativos, por un lado, han convertido la asignatura del Derecho penitenciario como algo digno de conocimiento y, por el otro, la recopilación de la materia en un texto sistemático favorece la divulgación científica de la disciplina. De ambas situaciones se beneficia, como ya venía haciéndolo, el lector con la presente obra de la prof.^a de Valencia.

Vaya por delante que excusado es decir que nos encontramos ante una aportación seria y más que correcta. Con un indispensable aparato crítico, pero nunca gratuito o sea, necesario para avanzar en la humanización del ya muy humanitario sistema penitenciario español, como ningún otro comparado puede asimilársele, pero lejos de la provocación literaria que llevan a cabo otros que en su vida han pisado una prisión, ni estudiado la historia carcelaria patria, ni participado, claro es, al imperar el sentido común entre los responsables ministeriales, en comisión redactora alguna de reforma legislativa ni, en fin, se han molestado en contrastar su huracanada información parcial y sesgada con la sólida roca de la verdad.

Dividida en diecisiete capítulos, con esclarecedores subapartados, bien escrita y completa en su exposición, el libro de Vicenta Cervelló se me antoja un magnífico acercamiento a la materia a la que he dedicado la mayor parte de mi vida académica y me satisface la perseverancia de la autora en seguir investigando en la misma con un rigor y una sencillez de exposición que únicamente se logra cuando se conoce a fondo el asunto de que se trata. Por ello el texto es provechoso para el atento lector y, en fin, sumamente recomendable.

II

Metodológicamente el planteamiento de la monografía es, como debe de ser en un estudio dogmático, clásico; es decir, introduciéndonos primero en el concepto de lo que se estudia y, después, en los antecedentes históricos y ello está bien compendiado aunque, quizás, en exceso. Dignificar e individualizar el Derecho penitenciario entre el conjunto de las ciencias penales, como efectúa la prof.^a Titular de la ciudad del Turia, es lo correcto y más aún centrar sus orígenes y su posterior evolución (pp. 45 y ss.), referida exclusivamente a nuestro país, pues es innecesaria la referencia, en este libro, al derecho comparado del momento que, por otro, mal podía compararse, en detrimento del mismo, con España. En cuanto al devenir de nuestra brillante historia carcelaria, de su normativa y de su ejemplar doctrina, siempre pienso que cualquier mención que de la misma se haga es insuficiente, si bien es cierto que un manual no puede abarcar toda su riqueza de detalle. Para eso, tal vez, están los textos, entre otros, de mis discípulos Sanz Delgado y Téllez Aguilera, que la autora conoce perfectamente.

Con anterioridad y con el mismo acierto sistemático, la prof.^a Cervelló Donderis parte de los principios informadores, ya consagrados, de carácter general, de nuestra disciplina: legalidad, proporcionalidad, *ne bis in idem* y resocialización (pp. 32 y ss.) que le dan radical sustancia y categoría, sin obviar la crítica de las reformas acontecidas en el año 2003 «en detrimento», nos dice con razón, de este último postulado (pp. 43 y más ampliamente, pp. 53 y ss.).

Los siguientes capítulos tratan de la totalidad del sistema punitivo legal, comenzando por la teoría de la pena (pp. 61 y ss.) hasta desembocar en la de prisión donde, de nuevo, se ponen de manifiesto sus precisos antecedentes legislativos y doctrinales (pp. 95 y ss.), finalizando con el tratamiento de los denominados sustitutivos penales, alternativa al encierro del que correctamente se nos informa. Pero si estos apartados iniciales podrían considerarse introductorios, aunque necesarios, para centrar la problemática, el grueso de la obra comienza a partir de ahora, con la relación jurídica penitenciaria y el análisis detallado de las instituciones penitenciarias.

Sentando los límites de la primera, sus garantías en la aplicación y su vigencia (pp. 119 y ss.), desemboca el trabajo de la prof.^a Cervelló en la exposición de la figura del juez de vigilancia penitenciaria (pp. 141 y ss.),

innovación determinante de la vigente Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979, sustitutivo del concepto de juez y parte que inveteradamente ostentaba la Administración en materia sancionadora o, en contrapartida, de concesión de beneficios. Sus competencias penológicas y estrictamente penitenciarias están puestas de manifiesto de manera clara y concisa, separando las reconocidas en esta legislación específica y las que le otorga el Código penal. Asimismo, es merecedora de alabanza la cita del fallido Proyecto de Ley reguladora del procedimiento ante este órgano judicial (pp. 155 y 156), que duerme el sueño de los justos en algún cajón del Ministerio competente y que hubiera recopilado la dispersa materia al respecto.

Los capítulos siguientes, a partir del 9, se desplazan en el régimen y luego en el tratamiento, es decir en los dos componentes esenciales de la ejecución carcelaria a los que la propia legislación concede mayor espacio en su texto articulado, figurando así, con razonable continuidad, tanto el trato de cuanto se relaciona con la organización interna y prestaciones regimentales que se marcan expresamente por Ley y Reglamento, cuanto lo relativo a la clasificación de los internos en los diversos grados del tratamiento. En este sentido y con evidente relación con este tema, recuerdo cuando la prof.^a Cervelló participó hace algún tiempo, con extremada competencia, en la llamada Comisión de relectura de la Ley penitenciaria –que tuvo el honor de presidir– formada por orden de la anterior Secretaria General del ramo y, claro es, en las correspondientes sesiones de interesante debate. A ella correspondió la exposición de lo relativo a los establecimientos penitenciarios; pues bien, aquella meritoria tarea, perfectamente cumplida, se refleja en las brillantes páginas de hoy (pp. 201 y ss.) al tratar de las diversas clases de locales de encierro, así como de sus características específicas, materia fundamental con la que, prácticamente, se cierra en su obra la compleja temática regimental.

III

El tratamiento penitenciario se expone de seguido (pp. 221 y ss.) y la enumeración de sus componentes es modélica, creyendo firmemente en él. Cuanto conforman los elementos de aquél se trae a colación, muy en la línea del Reglamento vigente que revuelve lo que no mezclaba la Ley, al superar la tesis de entonces, del instante redactor, de que la participación de las ciencias de la conducta en el mismo ya no son sustantivo esencial de éste. En efecto, si la norma orgánica general reserva títulos separados para el régimen (el II) y el tratamiento (el III), la disposición reglamentaria de desarrollo posterior no lo hace así. Por eso el libro de Vicenta Cervelló, como por ejemplo hace el de la prof.^a Juanatey, expone aquí lo relativo al trabajo, cuanto a las relaciones con el exterior o los beneficios y, sin perjuicio del batiburrillo sistemático, obligado por la legislación, lo hace con extrema precisión, especialmente cuando habla de la intervención de las comunicaciones y visitas, de reciente actualidad por la condena del Tribunal Supremo al magistrado-juez Baltasar

Garzón (pp. 259 y ss.), del descuento de la totalidad de la condena impuesta por lo que hace al acortamiento de la misma, o sea el caso Parot (pp. 285 y ss.; también: pp. 339 y ss.) o, en fin, del procedimiento sancionador, excelentemente tratado (pp. 299 y ss.).

Pero en lo que a mí concierne, y lo aprendí de Alarcón Bravo, régimen penitenciario y tratamiento se siguen diferenciando. El primero consiste en el conjunto de los instrumentos que procuran el orden y la adecuada convivencia en el establecimiento y el segundo, en los sistemas, basados en las ciencias conductuales, que se orientan hacia los objetivos constitucionales y legales de la reeducación y reinserción social de los penados. Los modernos criterios, especialmente de los psicólogos, de intervención en los comportamientos de los internos, han ampliado considerablemente esta concepción restrictiva que diversificaba los contenidos de ambos métodos. Mi concepción tradicional no empece la exposición de Cervelló, ajustada a la legalidad vigente y, por lo tanto, adecuada ciertamente para un manual como el que ha escrito que lo que pretende –y logra– es mostrar la realidad actual de la materia objeto de estudio.

Los capítulos finales (pp. 319 y ss.) se dedican por la autora a la ejecución de las medidas de seguridad, a la liquidación de condenas y a los medios paliativos de los efectos criminógenos de la prisión, abogando por un conjunto de medios extracarcenarios, como los telemáticos o intrapenitenciarios, como en lo relativo a profundizar en los permisos de salida o el adelantamiento del cumplimiento (pp. 356 y ss.), completando así su obra. Destaca, asimismo, en estas postreras páginas el poco entusiasmo que tiene la prof.^a Cervelló por las prisiones privadas pues, intuitivamente detecta la reducción de garantías para los reclusos y el perjuicio para los mismos que conlleva la menor inversión pública (p. 355). En este aspecto, poco podría añadirse a lo escrito, hace más de una década, por mi discípulo Enrique Sanz Delgado y Vicenta Cervelló, que lo sabe, lo cita, lo recoge y le sigue.

Las notas a pié de página y las relaciones bibliográficas, al final de cada capítulo y en relación básica final, completan la información doctrinal, así como la desacostumbrada y relevante mención siempre de las Instrucciones y Circulares de la Secretaría General más relevantes (pp. 367 y 368). Termina el libro con la transcripción del reciente Proyecto de reforma del Código penal, en los concretos preceptos que afecta al tema penitenciario y de ejecución de las penas (pp. 369 y ss.).

En definitiva, comienzo como empecé. Poniendo de manifiesto el extraordinario acierto de esta aproximación sincera a la materia del Derecho penitenciario, prestigiándolo sin duda, al escribir del mismo con un rigor que se me alcanza como patrimonio de unos pocos. Y es que el libro de la prof.^a Cervelló Donderis, ya lo he dicho, se coloca así entre los mejores dedicados a esta disciplina desatendida, casi huérfana de doctrina, hasta hace pocos años.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho penal UAH

RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel (Dir.): *La libertad religiosa de los menores en centros de internamiento*. Comares. Granada, 2012, 170 páginas

I

El prof. Rodríguez Blanco, catedrático de Derecho eclesiástico del Estado de la Universidad de Alcalá, ha dirigido este magnífico proyecto de investigación que ahora ve la luz en una cuidada edición. Todos los colaboradores que al efecto ha reunido son profesores, en sus diversas categorías académicas, de la Facultad de Derecho de esa Universidad complutense y de la UNIR (Universidad Internacional de La Rioja), centros docentes íntimamente vinculados. Dos de los docentes son queridos y directos discípulos de quien esto escribe y un tercero, «nieto» científico, pues no en balde es discípulo de un discípulo mío. Los otros dos, meritorios discípulos del director de esta importante obra.

Vaya por delante que el libro es meritorio por dos destacados motivos: por lo excepcional de las monografías al respecto y por la calidad de su contenido. Respecto a lo primero, fue el propio prof. Rodríguez Blanco uno de los autores modernos que se ocupado más y mejor de este tema. En efecto, su excelente obra «La libertad religiosa en centros penitenciarios» (Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 2008), en su día accésit del prestigioso premio Victoria Kent, así lo atestigua. Lo que ahora ha hecho es continuar, profundizándola y derivándola hacia los menores, con la primera investigación, añadiendo un selecto grupo de autores de la máxima solvencia académica. El mismo Rodríguez Blanco certifica, en la introducción que lleva su firma, que la presente edición es única por cuanto aborda los aspectos penales y penitenciarios de la libertad religiosa (p. XIII), asunto ciertamente muy olvidado. En relación a lo segundo, la categoría de su conjunto, quienes escriben dan tajantemente relieve al trabajo pues, como ya he dicho, son reconocidos especialistas en la materia.

II

Divida en tres partes y, a su vez, en seis capítulos, el presente estudio es la información más completa publicada en España sobre el tema. Los apartados se atribuyen a cada autor de modo que puede perfectamente identificarse la aportación de cada uno, si bien la unidad ideológica y metodológica preside la lograda investigación. Es pues una obra homogénea y coherente, con continuidad y magnetismo en el discurso, que va ahondando, con rigor, en los asuntos tratados a medida que se desarrollan

con suma competencia y conocimiento por los autores que firman el texto, no en balde alguno de los mismos son publicistas de referencia.

La parte primera se ocupa, genéricamente, de la medida de internamiento de los menores, debida a la prof.^a Figueroa Navarro, Titular de Derecho penal de la UAH (pp. 3 y ss.) y de los derechos de aquéllos, desarrollados por el prof. Sanz Delgado, contratado doctor y acreditado prof. Titular de la misma disciplina (pp. 21 y ss.). Los dos son mis discípulos y me reconozco en ellos. Su escritura no solo informa con autoridad de cuanto acontece, sino que, críticamente, condiciona la realidad jurídica. De hecho, no todo es satisfactorio. Pero la notoriedad y el valor de lo descrito configuran una verdad científica verdaderamente necesaria. Así, Carmen Figueroa traza con simpatía no muy entusiasta las clases y formas de internamiento de los menores en la legislación española del ramo, repasando sucintamente la entera evolución de esta normativa, «objeto de tres nuevas reformas» (p. 4), desde sus comienzos, endurecedoras sin paliativos de sus orígenes. Después se ocupa del procedimiento «educativo-sancionador» (p. 5) y de la necesidad de la precisa dotación presupuestaria para llevar satisfactoriamente a cabo la norma reguladora. El estudio de la medida de internamiento, la más grave de las contempladas en la Ley, se recoge con detalle en sus páginas. Dos son los principios inspiradores, según la prof.^a Figueroa, que coinciden en este campo: la proporcionalidad respecto a la infracción cometida y la gran flexibilidad y arbitrio que se concede al juez de menores para su aplicación (pp. 8 y 9); a partir de aquí, se describen las clases de internamiento, cerrado, semiabierto y abierto, con gran corrección y acierto (pp. 12 y ss.), y previamente se señala la similitud benefactora con el principio de individualización científica que proclama la legislación penitenciaria (p. 10).

Como ya he indicado, Enrique Sanz traza un catálogo de los derechos de los menores internados. Comienza su cuidadoso y perito trabajo dándonos cuenta de la seguridad jurídica que representa que el elenco de los mismos se haya traído por el legislador a la ley del menor (p. 23) y se indica que se trata de un reflejo, con amplio desarrollo, de lo especificado en el artículo 25.2 CE (p. 24). Luego recopila, ordenados *in extenso*, tales derechos (pp. 25 y ss.), comenzando por los más trascendentales (vida, integridad, etc.), siguiendo por otros genéricos, propios de la persona (dignidad, intimidad, compatible con la condena, etc.), y finalizando con los concretos de los internados en los centros (proximidad domiciliaria de los establecimientos, asistencia sanitaria gratuita, recibir tratamiento, comunicaciones y visitas, etc.) catálogo verdaderamente significativo del avance de nuestro contexto normativo.

Sergio Cámara Arroyo es el gran especialista de la jurisdicción y el tratamiento de los menores en la literatura científica española. Su insuperable tesis doctoral («Internamiento de menores y sistema penitenciario», 2 vols., 2011) lo certificó. Ahora ha retomado su gran investigación y,

poniéndola al día, ha escrito acerca de los centros de menores en la legislación vigente (pp. 53 y ss.). Aquí se inicia la segunda parte de la presente obra que contiene dos capítulos. La reflexión de Cámara se basa fundamentalmente en el modelo que la legislación penitenciaria común representa para la de menores, opinión sostenida desde su primera y definitiva publicación. Ello, no obstante, no quiere decir que los centros tengan que ser iguales a los prisionales. De hecho, el autor, con especial acierto, describe las diferencias que los mismos presentan. Y de su buen artículo extraigo tres esenciales (pp. 75 y ss.): la estructura física o arquitectónica de la institución, la mayor integración en el medio social y comunitario de los establecimientos de menores y la necesidad de la dotación personal adecuada, es decir la insoslayable presencia en aquéllos de educadores profesionales. Enlazando con esto último, el prof. Cámara analiza la gestión privada en estos centros (pp. 84 y ss.) que, como a su maestro, Enrique Sanz, no llega a satisfacerle. De hecho, viene a decirnos que se ha producido una extensión del mandato original, contenido en las disposiciones del ramo, pues únicamente se hablaba al respecto del establecimiento de acuerdos o convenios de colaboración con otras entidades privadas sin ánimo de lucro (p. 85) lo que ni se cumple, pues cobran, especialmente en lo relativo a la seguridad, ni había delegación completa de competencias, como se ha producido, sino sólo colaboración generosa en la organización.

De la gestión privada y no únicamente, se ocupa la prof.^a Pilar Betrián Cerdán (pp. 96 y ss.), también dentro de este apartado. Precisamente, enlazando con el precedente estudio de Cámara, trata de los centros de internamiento, iniciando su andadura con los modelos de gestión: pública y privada, significando sin empacho que este último es el «más extendido entre las Comunidades Autónomas» (p. 101). A continuación, el artículo de la prof.^a de la UNIR recoge las expresiones del principio de libertad religiosa en los locales, siguiendo la idea de tomar la fecha de los 14 años para poder ejercer tal manifestación, coincidente con la edad del posible ingreso en los mismos (p. 104). Tres grandes campos se refieren a este tema: las provisiones alimentarias, la asistencia religiosa y los objetivos educativos (pp. 109 y ss.) todos perfecta y claramente expuestos en el trabajo.

III

La parte postrera de este importante vol. colectivo, la tercera, que da título a al mismo, también consta de otros dos capítulos, atinentes, específicamente, a la libertad religiosa. Serán quienes los escriban la prof.^a de la UAH, Isabel Cano Ruiz y el director de la obra, el prof. Rodríguez Blanco.

El primer trabajo estudia con amplitud el marco normativo de la misma, tanto lo contenido en las normas informadoras internacionales cuanto nacionales (pp. 121 y ss. y 134 y ss.), ofreciéndonos un completo repaso de las disposiciones correspondientes y significando, entre las mismas, la trascendencia de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (pp. 124 y ss.). Finaliza la exposición con las controversias más representativas, ya falladas por nuestra jurisprudencia (pp. 140 y ss.), tanto en el ámbito educativo (limitación al uso del velo), como familiar (discrepancias en la educación de los hijos) o sanitario (negativa de transfusión sanguínea a un menor, testigo de Jehová). Precisamente de este último supuesto, algunos penalistas tenemos una opinión discrepante con la sentencia del TC, aquí citada, sin perjuicio de la recopilación doctrinal que Isabel Cano efectúa en su aportación.

El prof. Miguel Rodríguez Blanco cierra la obra. Su trabajo se contrae al análisis del ejercicio de la libertad religiosa en los centros de internamiento de menores (pp. 149 y ss.) y, desde luego y más concretamente, a un exhaustivo resumen de la legislación autonómica al respecto, primero y a los acuerdos estatales firmados con las distintas confesiones religiosas, después. Excusado es decir que la compilación, por orden alfabético, es utilísima, dándonos cuenta de la legislación correspondiente de cada Comunidad (pp. 153 y ss.), investigación necesaria para profundizar en la materia en ulteriores trabajos. El artículo del catedrático de Eclesiástico de Alcalá se cierra con los acuerdos entre los poderes públicos y las confesiones religiosas (pp. 163 y ss.). Se mencionan así los referentes a la Iglesia católica, el más principal y destacado, y los tres llevados a cabo con confesiones minoritarias: evangélica, judía e islámica. El régimen jurídico que se viene a establecer es demostrativo de la perfección de tales convenios, de su tolerancia y de su contribución al libre desarrollo de la personalidad religiosa de los internados.

Acabo como empecé. Significando la bondad y originalidad de esta obra. Su necesidad en el panorama doctrinal español y su valioso ejemplo de que, pese al momento universitario que vivimos, confuso y burocratizado, se puede hacer todavía ciencia cuando un grupo de destacados profesores, perfectamente dirigidos, ponen su empeño en lograrlo.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho penal UAH

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina: *El sistema penitenciario español ante el siglo XXI*. Iustel. Madrid, 2013, 206 páginas

I

La prof.^a Rodríguez Méndez, emprendedora científica comprometida con temas trascendentes de la disciplina penal, acaba de dar a la luz este libro, francamente interesante, dedicado a la materia de nuestro Derecho penitenciario. El texto se inscribe en la nueva colección de la casa editorial, de pequeño formato, muy manejable y con buenos números publicados, dedicada específicamente al Derecho penal y a las ciencias penales que se promete, sin discusión y francamente, como digna de elevada mención. Entre estos breves pero aleccionadores ejemplares se cuenta la presente importante monografía.

Vaya por delante que el texto está llevado a cabo con equilibrio, serenidad y sensatez, pues la prof.^a de la Universidad de Castilla-La Mancha se distingue por estas dos características en cuanto escribe referido al Derecho penitenciario. Buena muestra de lo que digo es su anterior y trascendente trabajo en la Ley Penal (núm. 65, 2009) referido al régimen carcelario de los terroristas, modelo de exposición y de enseñanza. Lo mismo ha efectuado ahora en su nueva aproximación al tema prisional. Sin orillar ninguno de los asuntos trascendentes de la materia, algunos de extrema actualidad, su recorrido narrativo es ejemplar pues el relato es serio y preciso, crítico cuando procede, sin salpicarlo de inexactitudes a las que algunos nos tienen acostumbrados, marcadas por el oportunismo y el desconocimiento más ramplones.

El texto está dividido en seis capítulos, subdivididos en apartados, que abarcan toda la materia penitenciaria de actualidad (de ahí, su título), comenzando por una escueta pero suficiente, dada la extensión medida de la obra, aproximación histórica. En ella precisamente habla Rodríguez Yagüe de los mejores antecedentes hispanos, del sistema progresivo y del de individualización plasmados a principios del pasado siglo en normas determinantes (pp. 33 y ss.). Y estos renglones son base del entendimiento de la bondad del sistema penitenciario desarrollado después por la ciencia y el legislador del ramo hasta llegar a la Ley penitenciaria actual de 1979.

Tampoco olvida la prof.^a de Castilla-La Mancha la valía de autores modernos a quienes el Derecho penitenciario hispano debe mucho. A este respecto, las líneas que dedica a Jesús Alarcón Bravo, que fue mi excelente colaborador en mi etapa de Director General, son suficientes y tienen el mérito de un reconocimiento de su meritoria trayectoria que solo llevan a cabo los mejores (p. 45). Alarcón fue mi competente Inspector

General y el esforzado redactor del Título III, el referido al tratamiento, de la Ley penitenciaria.

La crítica razonable y razonada tampoco es ajena a esta excelente obra. Del mismo modo que no se escatiman elogios en el texto cuando proceden, tampoco se marginan posturas de rechazo a las últimas reformas acontecidas, especialmente por la Ley 7/2003 que, en el papel, han restringido claramente la individualización del tratamiento, constriniéndolo a determinados presupuestos que nada tienen que ver con la evolución carcelaria del condenado. Y al igual que surge la razonable y razonada postura negativa al respecto, también recoge la autora los rayos de esperanza que proporciona la misma práctica penitenciaria. De esta forma, la interpretación que hacen la Administración, calificada acertadamente como «estrategia» (p. 17) por la autora y los mismos jueces de vigilancia, no puede ser más generosa, marginando la dureza pretendida por la nueva normativa. Los ejemplos son variados. Sirva ahora solo uno de muestra, que siempre me gusta citar como demostrativo de la correcta actuación institucional buscando recovecos a la dura ley: cuando la concesión de la libertad condicional se sujeta hoy a «tener satisfechas las responsabilidades civiles», Instituciones Penitenciarias lo entiende como «tener a satisfacer» las mismas, lo que cambia las cosas radical y favorablemente para el reo. Y ello se alaba, con razón sobrada, por Rodríguez Yagüe (pp. 86 y ss.).

II

El análisis de los variados aspectos, que atienden específicamente a la individualización, de la legislación penitenciaria vigente en nuestro país es admirable. Todo comienza con una frase rotunda que lo expresa tajantemente: «Treinta y tres años después de su aprobación por aclamación se puede afirmar que España sigue contando con una buena Ley Orgánica Penitenciaria» (p. 13). Esta afirmación es cierta y, en lo que a mí respecta, como no podía ser menos, como principal redactor de la misma, me sigue llenando de un lejano orgullo. El progresismo que emana de la norma no es nuevo sino que, salvando paréntesis autoritarios, se ha recuperado de nuestra mejor tradición. Montesinos, Cadalso y Salillas, entre otros auténticamente grandes, fueron los pioneros de este espíritu perturbador para el resto de los sistemas carcelarios. En sus respectivos mandos de los establecimientos y en sus escritos está el buen germen de hoy. Siempre lo he sostenido y defendido y lo he hecho porque, al igual que Cristina Rodríguez Yagüe, conozco en profundidad el pasado de nuestro Derecho penitenciario.

El estudio concreto que a continuación se lleva cabo en las páginas de la monografía acerca del contenido y los elementos del principio de indi-

vidualización científica, sobre el que toda la obra prácticamente gira (pp. 51 y ss.), es amplio y excelente. Tratamiento adecuado, partiendo del estudio de la personalidad del culpable, equipos profesionalizados y colegiados y característica dinámica de aquél frente a la rigidez e inflexibilidad del régimen progresivo puro, son las claves de la puesta en marcha del nuevo sistema.

Entre los asuntos que estudia el presente libro también merecen destacarse las oportunas referencias que se hacen en relación a temas actuales de ejecución penitenciaria, como los casos Parot y Troitiño, que la autora denomina, con originalidad, «modificaciones jurisprudenciales del sistema de cumplimiento» (pp. 126 y ss.). Bien analizados dichos supuestos, aunque las conclusiones no siempre tienen que ser coincidentes con otros autores y con quien esto escribe, la narración es precisa y con detalle. En cualquier caso, se entiende esta orientación dentro de otras iniciativas legales, vigentes o en Anteproyecto (como el anunciado de reforma de 2012), que parecen destinadas a entorpecer los claros mandatos establecidos por la normativa penitenciaria. En este sentido, son rechazables la cadena perpetua o la custodia de seguridad. Respecto a la primera de las instituciones citadas, Rodríguez Yagüe ha expresado su rotunda posición contraria a la misma, estudiando con detenimiento sus consecuencias respecto al mandato constitucional, que fija el objetivo resocializador sin excepciones, y a la propia seguridad jurídica (pp. 110 y ss.).

Más la esencia de la individualización permanece, afortunadamente, en muchas disposiciones e iniciativas (pp. 167 y ss. y 176 y ss.) y en ello coincido plenamente con la autora. De entre ellas se señalan las siguientes: el mantenimiento del principio reglamentario de flexibilidad, verdadera vía de escape para los casos más dudosos de poder alcanzar el tercer grado; la potenciación de los CIS, la creación de las unidades terapéuticas en los establecimientos, la irrupción en los mismos de los módulos de respeto y los programas de intervención con determinadas categorías de delinquentes (maltratadores o sexuales), logros incontrovertibles del sistema actual de ejecución. Todo ello rodeado del mayor desembolso económico europeo referido a los centros, imagen generosa y digna de lo que es un país que se toma en serio el principio de la reinserción social de los condenados poniendo los medios materiales correspondientes.

Otros aspectos legales son puestos bajo la lupa de la autora pero siempre con un sentido común envidiable. En este sentido el análisis que efectúa de los FIES, especialmente a raíz de la sentencia del TS (Sala de lo Contencioso) de 17 de marzo de 2009 (p. 145 y ss.), es digno de aplauso. Y si así actúa en este caso la prof.^a de Castilla-La Mancha, de igual manera se produce cuando, al recoger las modificaciones reglamentarias que ha sufrido el tratamiento, ampliando su concepto y sus medios, alerta contra el peligro que supone que la participación en los centros de organizaciones extrañas al mundo profesional penitenciario, no alcance el nivel

deseado por su menor o escasa cualificación (pp. 161 y 162) pese a su buena voluntad.

Con sobrada razón no gusta Rodríguez Yagüe de la privatización carcelaria (pp. 193 y ss.). En esto coincide con el mayor especialista nacional de la temática, mi discípulo el prof. Enrique Sanz Delgado. Y ello es lo lógico por no encuadrar esta orientación dentro de la normativa penitenciaria y de los objetivos constitucionales de la pena que exigen que sean desarrollados por la Administración competente. Si esto es así, no menos verdad es, como indica la prof.^a de Castilla-La Mancha, que la ejecución de las medidas en los centros cerrados de menores se ha entregado a las entidades privadas (pp. 196 y ss.), significándose la contradicción con el sistema carcelario común y una consecuente merma de los derechos de los internos.

La obra finaliza con una relación bibliográfica de referencia en selección y extensión correspondientes al trabajo expuesto (pp. 203 y ss.) pero acaba con algo más: con la proclamación de Cristina Rodríguez Yagüe en su fe en la Administración penitenciaria que, pese a los embates que está soportando, parece decidida a mantenerse inalterada en la defensa de los criterios humanistas y resocializadores (p. 202), esencia de la actividad proclamada en la Ley.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho penal UAH

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Temas de interés: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* publica trabajos originales sobre cualquier ámbito relativo al Derecho penal y materias afines, tales como Derecho penitenciario, Política criminal, Criminología, Derecho administrativo sancionador o Derecho procesal penal.

Periodicidad: Anual.

Envío de originales. Los trabajos deberán ser originales e inéditos en España. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o formato compatible, indicando una dirección de correo electrónico de contacto. Deberán remitirse por correo electrónico a una de las dos siguientes direcciones: rafaal.alcacer@urjc.es, o carmen.figueroa@uah.es.

Formato. Los originales deberán estar escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, formato 12, con páginas numeradas. La extensión total del trabajo oscilará entre 20 y 50 páginas, incluidas notas a pie de páginas, índice y apéndices en su caso. En la primera página se incluirá el título, el nombre del autor y su filiación académica o profesional. El trabajo deberá acompañarse de dos resúmenes de unas 120 palabras, en español y en inglés, así como de un listado de palabras clave, también en los dos idiomas.

Las referencias bibliográficas se citarán del siguiente modo:

- a) *Libros:* RUIZ ANTÓN, L. F., *El agente provocador en Derecho Penal*, Madrid, 1982.
- b) *Revistas:* RUIZ ANTÓN, L. F., «La acción como elemento del delito y la teoría de los actos del habla: cometer delitos con palabras», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 5-34.

Si se incluye una bibliografía al final del artículo, las referencias en nota a pie de página se limitarán a incluir el nombre del autor, fecha de publicación (si es un libro) o abreviatura de revista, y número de página. Si no se incluye, la primera mención a la obra bibliográfica en nota a pie de página deberá ser completa, y las sucesivas deberán incluir el número de la nota a pie de página donde la referencia aparece completa.

Los originales que no se atengan a tales especificaciones, podrán ser devueltos a sus autores para su corrección.

Recensiones. El *Anuario* acepta recensiones de libros y revistas, siendo aconsejable una extensión inferior a 10 páginas. La aceptación para su publicación dependerá de la dirección editorial.

Proceso de admisión y publicación. Los trabajos remitidos a *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* serán sometidos a la evaluación confidencial de dos expertos ajenos al Consejo de Redacción, de cuya evaluación positiva dependerá la aceptación para su publicación. En caso de no ser admitido, el trabajo se devolverá a su autor, junto con los informes emitidos por los evaluadores. Si los evaluadores propusieran modificaciones al trabajo, el equipo editorial podrá sugerir al autor la introducción de las mismas como condición para su publicación.