

Presos sin condena

Límites y abusos de la institución
cautelar al albur de la reforma
de la LECrim

PERE SIMÓN CASTELLANO
ALFREDO ABADÍAS SELMA
(DIRECTORES)

PRÓLOGO
EDUARDO TORRES-DULCE LIFANTE

THOMSON REUTERS

ARANZADI

PERE SIMÓN CASTELLANO

ALFREDO ABADÍAS SELMA
(Directores)

**PRESOS SIN CONDENA. LÍMITES
Y ABUSOS DE LA INSTITUCIÓN
CAUTELAR AL ALBUR DE LA
REFORMA DE LA LECRIM**

Prólogo

EDUARDO TORRES-DULCE LIFANTE

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2021

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2021 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Pere Simón Castellano y Alfredo Abadías Selma (Dirs.)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1390-002-5

DL NA 0073-2021

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 - Pamplona

Solamente recordar que se nos va uno de los grandes juristas que ha tenido España, y lo que es más importante, un hombre bueno, generoso con los que nos acercábamos a él para poder aprender Derecho.

Vicente Gimeno Sendra nos deja un legado indeleble e imprescindible que seguiremos teniendo como verdadero referente.

¡Muchas gracias profesor!

Alfredo Abadías Selma y Pere Simón Castellano

En Reus y Girona, a 14 de diciembre de 2020

Listado de autores

ALFREDO ABADÍAS SELMA
Profesor Contratado Doctor
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)
Grupo de investigación Penalcrim

JOSÉ LEÓN ALAPONT
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
(ac. Contratado Doctor)
Universitat de València

DAVID ELEUTERIO BALBUENA PÉREZ
Profesor de Derecho Penal en la Universidad Internacional
de la Rioja
UNIR

CARLOS BARDAVÍO ANTÓN
Profesor asociado
Universidad Internacional de la Rioja (UNIR)
Doctor en Derecho
Abogado (Socio Director *Bardavío Abogados*)

MIGUEL BUSTOS RUBIO
Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universidad Internacional de La Rioja
IP Grupo de Investigación PENALCRIM

TANIA GARCÍA SEDANO
Doctora en Derecho Penal por la Universidad Carlos III de
Madrid
Magistrada Suplente en la Audiencia Provincial de Madrid
Profesora asociada de la Universidad Carlos III.

CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ
Profesor de Derecho penal
Abogado

RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ
Prof. Dpto. Derecho Penal y Procesal Penal
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid

MIGUEL ÁNGEL LÓPEZ MARCHENA
Magistrado. Poder Judicial

RODRIGO LLEDÓ
Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid
Máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios
Políticos y Constitucionales
Máster en Derecho Público por la Universidad Carlos III
profesor de la Universidad Internacional La Rioja del Máster
Universitario
en Derecho Penal Internacional y Transnacional.

MARIO EDUARDO MALDONADO SMITH
Director de Trabajos de Fin de Master
Universidad Internacional de La Rioja UNIR
Grupo de investigación Penalcrim

ÁLVARO MAÑAS DE ORDUÑA
Fiscal. Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo
(Área Penal).

AITOR MARTÍNEZ JIMÉNEZ
Profesor adjunto Derecho penal
Universidad Internacional de la Rioja UNIR
Universidad Nebrija
Abogado. Responsable área internacional en Bufete ILOCAD

RODRIGO MIGUEL BARRIO
Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Burgos
Grupo de investigación CAJI

DAVID PAVÓN HERRADÓN
Universidad Complutense de Madrid
Universidad Europea de Madrid

ÁLVARO PEREA GONZÁLEZ
Letrado de la Administración de Justicia

JAVIER IGNACIO PRIETO RODRÍGUEZ
Abogado
Doctor en Derecho

EDUARDO RODRÍGUEZ-CANO GIMÉNEZ-LA CHICA
Abogado, Magistrado y actualmente Fiscal en la Región de Murcia.
Profesor Doctor de la
Universidad Internacional de la Rioja UNIR

RICARDO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ
Doctor en Derecho
Académico Correspondiente de la Academia de
Jurisprudencia y Legislación Magistrado

GUILLERMO RUIZ BLAY
Profesor Derecho Procesal Penal en Centro Universitario Villanueva
Abogado socio en Polanco Seijas
Consultor en UBT Compliance

PERE SIMÓN CASTELLANO
Profesor Contratado Doctor
Universidad Internacional de la Rioja UNIR

Grupo de investigación Penalcrim
Abogado Of Counsel FONT ADVOCATS

DANIEL TEJADA PLANA
Abogado

ALRI ZURITA GUTIÉRREZ
Grupo de investigación SEJ-617
Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y
Comparado

Presentación

La prisión provisional constituye uno de los institutos procesales más polémicos por su propia naturaleza limitativa de derechos fundamentales, algunos de ellos muy significativos para posiciones tuitivas, como es el caso de la libertad del individuo, que actúa como precondition de derechos. Su regulación legal, acompañada de una notable jurisprudencia de desarrollo, sigue produciendo en la práctica fuertes disonancias, inexplicables a ojos de los operadores jurídicos, que la vinculan a una suerte de automatismo que aboca *de facto* a los investigados a posiciones de indefensión relativa. Presos sin condena, una situación en teoría excepcional, que se concreta, en datos, en un 16% de la población reclusa en diciembre de 2019 en los centros penitenciarios del país, fruto de un dispositivo procesal de carácter multifuncional, cuyo periplo en nuestro ordenamiento no puede sino ser valorado de forma ambivalente.

Tal extremo no puede argüirse como una deficiente aplicación por parte de los operadores jurídicos, en general, y de jueces y magistrados, en particular. No sería sensato ni exacto con la realidad, tal y como la obra muestra. Que la decisión sobre su aplicación corresponda al juez instructor es sin lugar a duda una disfunción de nuestro modelo que deberá, probablemente, virar en el marco de la segunda revolución de la justicia penal, siendo la primera la operada por el gobierno nacido de la Revolución Gloriosa de 1868, al atribuir la persecución de los delitos al Ministerio Público y garantizando paralelamente que quien adopta la medida cautelar no puede ser, bajo ningún concepto, el mismo actor o juez directamente implicado en la instrucción. Una

reforma pendiente, desde la reforma constitucional de 1978, para recordar que la mujer del César no sólo debe serlo, sino también parecerlo.

Tampoco al legislador, y a su ya tradicional (in)acción perezosa, cabe atribuirle toda la responsabilidad. Mucho daño hizo, en nuestro modelo, el caso de libertad bajo fianza por razones de salud psíquica y posterior huida de Carlos Ruiz Santamaría, más conocido como “El Negro”, en 2001. La enorme persecución mediática, pero también judicial y disciplinaria, de la que fueron objeto los magistrados de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, supuso un auténtico aviso para navegantes. Es cierto que la Sala Tercera del Tribunal Supremo acabó revocando la sanción impuesta a los magistrados, pero la idea ya había cobrado demasiada fuerza y permanece vigente en el imaginario colectivo judicial. En adelante, pocos han sido los magistrados que se han apartado de la posición del fiscal, como principal peticionario de la medida. Por qué asumir riesgos en tal situación, incluso cuando resulta harto difícil conjurar el riesgo que la medida pretende mitigar. Entre todos, hemos construido al monstruo.

El presente trabajo persigue el estudio de la prisión provisional desde un enfoque pluridisciplinar, reuniendo contribuciones que bien pueden clasificarse en un doble eje: de un lado, diferenciando el ámbito del conocimiento en la que se insertan y de la que proceden -Derecho Constitucional, Derecho Penal o Derecho Procesal Penal- y, del otro, el que separa la teoría -contribuciones que provienen de la Academia- de la práctica -operadores jurídicos, magistrados, fiscales, secretarios judiciales e insignes abogados-. Con ello, la obra consigue aunar teoría y práctica con un enfoque interdisciplinar que traslada al lector un conocimiento exhaustivo de los problemas que proyecta la institución cautelar.

La primera parte de la obra se centra en el estudio de las estructuras teóricas y caracteres provisional, así como en el análisis de los problemas en su aplicación práctica, que se multiplican cuando la medida se adopta bajo secreto de sumario o en base a escuchas telefónicas, o en ámbitos tan concretos como su posterior abono y la determinación de una regla de compensación que comprenda las profundas diferencias entre el preso ordinario y el provisional. En la segunda parte, el lector encontrará trabajos que responden a una cuestión abierta, no resuelta, como es la relativa al sistema de indemnización por prisión provisional injusta o indebida, lo que ha sido objeto de vaivenes por parte de la doctrina jurisprudencial hasta la STC 85/2019, de 19 de mayo, que a vueltas tampoco ha conseguido cerrar el debate. La tercera parte es, en realidad, un bloque de estudio de casos, con los tradicionales efectos benéficos del *Case Law*. Finalmente, la cuarta parte está dedicada al estudio de los estándares internacionales y en perspectiva comparada, y por ende incorpora las lecciones que podemos importar de los países de nuestro entorno y que, en el mejor de los casos, podrían iluminar al legislador a las puertas de la inevitable reforma de la vetusta LECrim.

La relación de autores que recorre el índice de la obra, incluido el autor del prólogo, D. Eduardo Torres Dulce Lifante, ex Fiscal General del Estado, evidencia que el lector está ante un libro de referencia que aporta una visión muy completa de la siempre compleja y controvertida prisión provisional. El origen y dedicación profesional de los autores así lo acredita.

Ha sido un honor y un placer coordinar esta obra con este elenco de autores y contribuir al debate jurídico con una visión interdisciplinar que también busca, de la forma más humilde posible, arrojar luz y justicia en torno a una institución cautelar polémica por antonomasia.

Dr. Pere Simón Castellano y Dr. Alfredo Abadías Selma

En Girona y Reus, en noviembre de 2020

Prólogo

-La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad así como por la honra se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres.

Miguel de Cervantes, *Don Quijote de La Mancha*,
Segunda parte, Capítulo LVIII

Las sabias y humanistas palabras y reflexión que Cervantes pone en boca de Don Quijote en diálogo con Sancho mientras caminan por los caminos de una España de siempre, no es pura retórica, ni mera licencia poética, sino una realidad que el escritor que había padecido prisión en los Baños de Argel y que tendría que vérselas con oidores, veedores, alguaciles y burócratas por un oscuro asunto de dación de cuentas en su encomienda oficial, conecta con su magistral mezcla de pragmatismo e idealismo, su costumbrismo pegado al terreno y su ojo avezado de observador de los mediados negocios de los seres humanos.

La libertad es un precioso don porque sin ella el ser humano no es. Por ello la carencia impuesta de libertad remite siempre a la tiranía, a la imposición del otro, a la ejecución de un mandato de fuerza, a la negación de la dignidad y a la individualidad. Tan es así que se tornan borrosos y peligrosos los linderos y atajos que la circunvalan. Acordado el Contrato social, el vivir con otros y en comunidad, surgen las restricciones, los condicionantes de esa convivencia, siempre interpretables con rigidez ni analógica ni amplia porque de lo contrario se pierde la perspectiva de la esencialidad de ese derecho fundamentador del ser humano. Es ahí donde la regulación nace y nace

controvertidamente. El imperio de la ley, el Estado de Derecho, nace y se justifica en cuanto de un modo liberal y lo menos autoritariamente posible regula los conflictos de convivencia entre derechos y deberes. Ello nos lleva casi a un concepto de aporía a la hora de explicar cómo regular los límites de la libertad, de cualquier libertad porque debe pensarse que si en primer término cuando pensamos en libertad y en su privación, pensamos en la prisión, en sus límites penales, no es menos cierto que las sociedades democráticamente avanzadas deben meditar en las restricciones no menos gravosas para la libertad en campos como el del pensamiento y opinión, la libertad de expresión, el derecho a una información veraz, el del *habeas data*, el de reunirse y asociarse y manifestarse. Y todo ello porque la libertad afecta al cuerpo y a la mente, es indivisible del ser humano y de su dignidad e individualidad como tal. O como proclama Fernando Savater:

“En democracia la diferencia es que pueden expresarse y elegir lo que prefieren: quizás no sean más felices que otros vasallos, pero al menos son tratados como real-mente humanos. No se les reconoce sus virtudes sino su dignidad. La democracia no es, ante todo, el asilo de la lucidez, la solidaridad, el buen gusto o la creación artística, sino que es sino que es, ‘la tierra de los libres’ como dice el himno de los Estados Unidos”.

Isaiah Berlín, el irreductible y gran pensador liberal, explica esas limitaciones a la libertad deducibles de un Estado de Derecho no invasivo pero real,

“El pájaro puede pensar que en el vacío va a volar más libremente; pero no, va a caer. Sin cierta autoridad no hay sociedad y eso limita la libertad”.

Un eterno debate nunca concluido pero que mide siempre la salud de la convivencia, la libertad de las comunidades, el encubrimiento de las tiranías. Por ello debe rechazarse como argumento *ad maiorem* el concepto de alarma social que durante años justificó argumentalmente, hasta que recibió la censura del Tribunal Constitucional, la pérdida de libertad a fuer de la prisión provisional en nuestro sistema

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero es inútil que ignoremos ese factor a la hora de construir una convivencia de derechos y deberes tabulados además en un Código Penal.

Es bueno recordar aquí la sabia reflexión de Felix Frankfurter en su voto disidente en la sentencia de la Corte Suprema USA que decidía el caso Rabinovitch vs. USA,

"La salvaguardia de la libertad han sido frecuentemente forjadas en controversias que afectan a gente no muy agradable".

En todo caso, y los tiempos de pandemia que padecemos han permitido demasiadas osadas excursiones normativas y dialécticas en el campo del respeto constitucional a la legalidad y al imperio de la ley, conviene recordar que no hay lugares intermedios entre la libertad y sus restricciones como muy acertadamente advirtió el Tribunal Constitucional en la seminal sentencia 341/93, ratificada, entre otras, por la STC 98/86, lo que equivale a un juicio permanente de revisión tensionada entre los arts. 503 y ss. LECR y el faro constitucional del art. 17 CE.

Pero la realidad lleva siempre la ley a la vida y sus orteguianas circunstancias y los principios suelen embarrarse en la cotidianeidad de las decisiones de los tribunales de justicia. Como se pueden imaginar no comparto y en algunos casos disiento de los análisis y conclusiones que los autores de este libro escriben sobre casos muy concretos y de gran actualidad en los que el conflicto entre libertad y prisión provisional han dado lugar a controvertidas resoluciones judiciales, lo que no me impide resaltar la utilidad de cualquier debate público que implique el contraste democrático, y no vociferador ni fanático de supuestas convicciones, de ideas, *el mercado de las ideas*, del que en clave liberal hablaba Oliver Wendell Holmes y, por supuesto, en la crítica o alabanza de

resoluciones judiciales siempre que ello no comporte una torcida deslegitimación, apoyada en cualquier falsa filosofía tendenciosa construida con el propósito de llevar el agua hacia el molino de la destrucción de una convivencia pacífica alrededor del imperio de la ley.

O como se atribuye a Voltaire, *“no estoy de acuerdo con lo que dices, pero defenderé con mi vida tu derecho a expresarlo”*.

Eduardo Torres-Dulce Lifante
Abogado

PARTE I

El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional como institución procesal cautelar

Capítulo I

La prisión como pena. Evolución histórica. Situación actual. Propuestas de *lege ferenda*¹

RICARDO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

In memoriam del Prof. Dr. Vicente Gimeno Sendra, amigo, compañero, Maestro. DP.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EDAD ANTIGUA. III LA ILUSTRACIÓN Y LAS CODIFICACIONES. IV. ÉPOCA ACTUAL. EL CÓDIGO PENAL DE 1995. V. ALTERNATIVAS A LAS PENAS DE PRISIÓN. VI. DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. VII. CONCLUSIONES. REFLEXIÓN FINAL.

INTRODUCCIÓN

Cierto que este libro trata de la prisión provisional; esto es, de la prisión como medida cautelar, que se puede adoptar a lo largo de la instrucción el procedimiento para averiguar el delito objeto de investigación y su autor o autores y cuya finalidad no es otra que evitar la destrucción de las pruebas de la comisión del hecho delictivo investigado, la reiteración delictiva y la fuga del investigado (antes imputado). Temas y fines de la prisión provisional objeto de esta magnífica obra. Pero no podemos olvidar que la prisión como tal, es la pena más importante -y común- que se impone a los condenados.

En efecto, actualmente la pena de prisión es la pena tipo para los delitos cometidos por personas físicas, al igual que para los delitos cometidos por personas jurídicas, Empresas, es la pena de multa.

A la vista de la Constitución, ha sido definido el Derecho Penal como la parte del ordenamiento jurídico, reguladora del poder punitivo del Estado, que, para proteger valores e intereses con relevancia constitucional, define como delitos determinadas conductas a cuya significación asocia como consecuencias jurídicas penas y/o medidas de seguridad². Se puede definir la pena como *«un mal que el Estado impone, por medio de sus órganos jurisdiccionales y con las garantías de un proceso destinado a este fin, al culpable de una infracción criminal como retribución de la misma y con la finalidad de evitar nuevos delitos»*³.

Efectivamente, toda infracción criminal determina, como consecuencias jurídicas, tres clases de sanciones: penas, medidas de seguridad y reparaciones: Las primeras son las que caracterizan al delito que es, por definición, el hecho conminado con una pena y dan nombre al derecho penal; al mismo tiempo o en sustitución de la pena la infracción penal puede dar lugar a medidas de seguridad, cuya naturaleza es muy discutida, aunque por lo común, se admite su pertenencia al derecho criminal; por último, las sanciones reparadoras son de naturaleza civil, si bien, por ser consecuencia del delito, regularse en el Código Penal y ser impuestas en un mismo proceso juntamente con la pena, se incluyen en los tratados de Derecho Penal⁴. Y en este trabajo nos ocuparemos, únicamente, de las primeras sanciones derivadas de la acción penal, cuáles son las penas.

Y la definición clásica de la pena es *“poena est malum passionis quod infligitur propter malum actionis”*⁵. Jacobs

señala que la pena es siempre una reacción frente a una infracción de una norma que pone de manifiesto la vigencia de la misma, es la réplica al delito por necesidades de estabilización normativa, esto es y de forma positiva, es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable⁶ y, según Hobbes, *“la pena es un mal afligido por la autoridad pública a quien ha hecho u omitido lo que esa misma autoridad considera una transgresión de la ley, a fin de que la voluntad de los hombres esté, por ello mismo, mejor dispuesta a la obediencia”*⁷. La pena, en suma, siempre y necesariamente debe consistir en la imposición de un mal⁸ y la podemos definir como *“el castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho, y a causa de dicha infracción”*⁹.

El Estado tiene el monopolio de la imposición de penas, el ejercicio del *ius puniendi* le corresponde única y exclusivamente a él¹⁰ e, incluso es al Estado a quien le corresponde la prohibición de conductas y a quien corresponde, en fin, el monopolio de la restricción de la libertad¹¹. Por eso, el Derecho Penal es un derecho público porque se refiere a las relaciones del Estado con sus ciudadanos. En todo caso, la restricción que impone el Estado, siendo la libertad un valor constitucional y al que el Estado debe servir, ha de ser la mínima imprescindible para hacer efectivas las libertades de los demás ciudadanos y así se habla de *«un derecho penal mínimo»* para expresar que mediante el ejercicio del poder punitivo del Estado se ha de conseguir la mínima restricción posible de la libertad¹². En suma, el Derecho Penal es un instrumento de valores, siendo la libertad el principal, desprendiéndose de la Constitución una serie de limitaciones a la actuación del poder punitivo del Estado, siendo éstas, esencialmente dos: el principio de legalidad, en función del origen de las

normas represoras, y el principio de prohibición del exceso, en función de la tutela de la libertad como valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE)¹³. Existe también otro límite al poder normativo penal del Estado, cual es el principio de igualdad, que se traduce en que no es posible la creación de leyes que no sean generales, esto es, dirigidas a todos los ciudadanos¹⁴.

Procede, pues, hablar del poder punitivo del Estado en un doble sentido: en primer lugar, como poder normativo, esto es, como potestad para crear normas penales, poder que reside en las Cortes generales; y, en segundo lugar, como el poder de aplicar dichas normas a un caso concreto conforme a la Constitución y con el alcance previsto en tales normas, que corresponde al Poder judicial, es decir, a los Jueces y Tribunales.

Pero esto no ha sido siempre así, como es lógico. La sociedad humana ha avanzado mucho desde los pueblos primitivos hasta la actualidad y, como en todo, las penas y su concepción, así como los principios que las inspiran, han ido cambiando a lo largo de los tiempos y conforme se iba organizando la sociedad. Lo que hoy consideramos normal (esto es que a quien cometa un delito más o menos grave se le imponga una pena privativa de libertad, la prisión) no ha sido -ni mucho menos- tan gene-rosa y human con los delincuentes y supone una larga evolución de la Humanidad.

Afirmaba Freud¹⁵ que el origen del sistema penal humano se remonta al tabú: era el tabú violado el que tomaba venganza; más tarde fueron los dioses y los espíritus agraviados; por último, la sociedad (el Estado) se hizo cargo del castigo del ofensor. Pero esto sólo ha ocurrido en época relativamente reciente.

Así, en un principio, no existía pena alguna: era la venganza privada del individuo, primero, de su familia y del clan o tribu después, quien actuaba y lo hacía si podía.

En las primeras civilizaciones de nuestra Era y hasta, prácticamente, la época de las codificaciones (S XIX), existía, prácticamente una sola pena, la pena capital. Y no sólo eso: se imponía en las formas más espeluznantes que uno se pueda imaginar; poco a poco se fueron incorporando otro tipo de penas, pero no menos cruentas y salvajes (torturas, amputación de miembros, ceguera, la ley del talión que, contra lo que pudiéramos pensar, en su momento -recuérdese en el año 1760 a.C.- fue una evolución).

En efecto, el recuerdo histórico de los métodos y formas de sanción (penas) que el hombre ha venido aplicando a lo largo de la historia causa pavor y por delitos que hoy en día se considerarían menores o menos graves (así, por ejemplo, la denegación de auxilio, propagación de mentiras, falsificación de documentos en el Antiguo Egipto conllevaban la pena de muerte o, en Roma y según la *Ley de las XII Tablas* -que estuvieron vigentes casi mil años- entre el S v a.C. hasta S V d.C., y, en España incluso más, al basarse en ellas *Las Partidas*, que estuvieron vigentes, con mayor o menor amplitud, hasta nuestro primer Código Penal, el de 1822, al establecerse en el Ordenamiento de Alcalá que serían de aplicación subsidiaria), el falso testimonio, la falsificación, la profanación de las murallas hacer pacer el ganado furtivamente y de noche en el campo de otro conllevaban la misma pena capital).

Así en esa época ya remota las características de las penas eran:

- La principal pena -se reitera- era la de muerte, en las más aterradoras formas ideadas por el hombre: la hoguera, el descuartizamiento, el empalamiento, la horca, cortando la cabeza, echando a la víctima a las bestias bravas -*Las Partidas*- el ahogamiento, el despeñamiento, etc.

- El resto de penas a imponer eran salvajes y cruentas, tales como la amputación de miembros o ceguera, flagelación, marcas al fuego, torturas (cuya ejecución era, verdaderamente inhumana: el cepo, los grilletos, la argolla, la mazmorra, etc.), si no, además, la esclavitud. Y también penas infamantes como pasearlos desnudos.

- Primacía de la venganza sobre la justicia.

- Además, se buscaba la eliminación física del delincuente o su pleno aislamiento y la absoluta limitación de movimientos.

- Con el paso del tiempo se fueron abriendo paso otras consideraciones que, además de mantener el mismo criterio deshumanizador, buscaron el aprovechamiento de la capacidad laboral del delincuente en exclusivo beneficio de los Reyes -y no de la sociedad como algunos han afirmado-: trabajos en las minas, en galeras y, en general, los trabajos forzados.

. EDAD ANTIGUA

Así, en los pueblos primitivos, la sanción predominante era la venganza contra el ofensor por parte del ofendido o su familia o su clan.

Tal venganza fue, en un principio, de reacción ilimitada, que alcanzaba a toda la familia o clan del ofendido y era la única forma de justicia conocida frente al dolor, a la muerte, al

daño sufrido por un ataque y se ejercía sin limitación alguna y causando a los ofensores todo el daño posible; y sólo quienes podían defenderse lo hacían; los que no, eran masacrados, sacrificados, o sometidos a esclavitud y los que se escapaban, simplemente, debían rehacer sus vidas lejos del lugar en donde había sido atacados, so pena de volver a serlo.

La primera redacción escrita de leyes que se conoce, el Código de Hammurabi, conocido también por ser el que introdujo la famosa ley del tali3n (el ojo por ojo, diente por diente); nos estamos remontado casi a cuatro mil a3os (est3 datado en el a3o 1760 a.C.). Supuso este C3digo -al contrario de lo que podr3amos imaginar- una evoluci3n al sistema antes operante desde el Neol3tico y vigente donde no reg3a aquel C3digo: lo que hoy llamar3amos responsabilidad penal era la venganza privada. Supuso la Ley del Tali3n imponer restricciones con la finalidad de evitar excesos vindicativos que debilitaban al clan o a la tribu.

Signific3 as3 el «tali3n» (*ojo por ojo; diente por diente*) un gran progreso moral y jur3dico, al igual que la «composici3n», por la cual el delincuente mediante el pago concreto de armas, utensilios o ganado o, incluso, de la entrega de mujeres -como esclavas sexuales- u hombres -como esclavos- se libraba de la venganza del ofendido y su grupo.

3stas -primero la venganza y despu3s el tali3n y la composici3n- fueron las formas originarias de la justicia penal primitiva y que todav3a perviven en las tribus salvajes. En el antiguo Oriente la justicia penal, sin perder el tali3n y la composici3n, tiene un car3cter completamente sacerdotal y teocr3tico.

Si avanzamos en el tiempo, aparece la Biblia. Se recoge en ella, en sus distintos Libros, numerosos versículos donde se establecen y detallan penas -la mayoría de muerte- por muchos delitos.

Ya en Roma y Grecia se fueron dictando más leyes, pero ninguna de estas civilizaciones destacó, precisamente, por sus leyes penales, al contrario de los griegos en su filosofía y los romanos en su derecho privado que, junto con la Biblia, constituyen las tres piedras angulares de nuestra civilización judeo-cristiana-occidental.

En Grecia existe ya la distinción entre delitos privados y públicos, comenzando a reafirmarse la justicia penal como función del Estado. Fue en el derecho romano cuando se culminó completamente la evolución de la pena privada a la pública y la represión de los delitos llegó a ser una expresión de la autoridad del Estado como protectora del orden público.

Las penas tanto en la Biblia, como en Roma y Grecia, se caracterizan por la existencia preeminente de una sola pena: la pena de muerte en las formas más espeluznantes que uno pueda imaginar (la hoguera, el descuartizamiento, el empalamiento, la horca, la crucifixión, el degollamiento, echar al reo a las bestias bravas; pero dentro de esta barbaridad de penas destaca una, a nuestro juicio, de las más atroces, el *culleum*, propia del derecho romano e introducida por la *Ley de las XII Tablas* (las originales se perdieron en un incendio de Roma por los galos, los bárbaros, en el año 390/387 a.C., pero se volvieron a reproducir y hasta principios del S I a.C. los niños romanos se las aprendían de memoria y las cantaban). El *culleum* era la pena prevista para los parricidas y consistía en meter al parricida en un saco -hecho con la piel de un buey- con un perro, un mono, un gallo y una víbora... ¡vivos!, se ataba y

se tiraba al río (originariamente el río romano por excelencia, el *Tiber*, pero que se extendió a todos los confines del Imperio)... nos podemos imaginar el suplicio y tormento del penado.

Pero no menos cruentas y crueles fueron las otras penas distintas al *culleum*: crucifixión -que era la más común-, ser enterrado vivo -sólo para vestales deshonestas-, el descuartizamiento, la decapitación con hacha -solo para militares-, amputación de miembros o ceguera, flagelación, marcas al fuego, torturas, etc.

La teoría del derecho y de la pena creada a lo largo de los siglos por Roma se vino abajo por la invasión de los bárbaros o tribus germánicas, menos evolucionadas social y moralmente, y donde predominaba el punto de vista individual y privado frente al político y social, característico de Roma. No obstante, a medida que la invasión del Imperio romano se iba consolidando, estos caracteres germánicos se fueron perdiendo por la influencia de aquél más avanzado derecho de Roma.

Se buscaba, en definitiva, la eliminación física del delincuente o su pleno aislamiento y absoluta limitación de movimientos, pero, con el paso del tiempo, se fueron abriendo paso otras consideraciones que, además de mantener el mismo criterio deshumanizador, buscaron el aprovechamiento de la capacidad laboral del delincuente en exclusivo beneficio de los Reyes -y no de la sociedad como algunos han afirmado-: trabajos en las minas, en galeras y, en general, los trabajos forzados.

También la Iglesia y su derecho han tenido una influencia muy importante a lo largo de los siglos, predominando durante mucho tiempo su derecho frente al secular. Dio el derecho canónico a la pena un carácter moral de expiación

y penitencia, reconociendo, siquiera sea inicialmente, la individualización penal y tendencia a la humanización de las penas, conforme al espíritu de la moral cristiana; no obstante, se confió al poder secular la ejecución de las penas más atroces y aceptando el procedimiento inquisitivo, el tormento, la trascendencia de las penas a los familiares del reo, etc.¹⁶.

En la Edad Media y Moderna el Derecho Penal se formó con elementos de los derechos romano, germánico y canónico hasta la Revolución francesa. Los caracteres del Derecho Penal del Antiguo Régimen¹⁷, en la época de las monarquías absolutas, eran:

- Las penas se ordenaban principalmente a la intimidación general: la finalidad última de la pena era expiatorio e intimidante, llegando hasta la mayor exasperación aflictiva, prodigándose la pena de muerte y los castigos corporales.
- La responsabilidad por los crímenes más graves trascendía a los parientes próximos del culpable.
- Los jueces, además de las penas ordinarias o legales, podían imponer otras extraordinarias o arbitrarias, cuando lo juzgasen conveniente para mayor ejemplaridad, ya por la mayor gravedad del hecho, ya por la frecuencia con la que se cometiere¹⁸.
- Las penas eran desiguales, según la condición social del culpable.
- Los delitos más graves eran los de lesa majestad divina y humana: el crimen de herejía y los delitos contra el Rey.

I. LA ILUSTRACIÓN Y LAS CODIFICACIONES

Los excesos y los vicios de la justicia penal eran obvios y escandalosos y contra ellos se revelaron los filósofos reformadores. El milanés César Bonnesana, *Marqués de Beccarí*, publicó en 1764, sin pie de imprenta ni nombre del autor, un pequeño libro titulado «*Dei delitti e della pona*», que aplicó a la crítica del sistema penal los principios del enciclopedismo francés y tuvo una enorme influencia posterior. Combate el libro el rigor excesivo de las penas, su desproporción con los delitos, la desmesurada extensión del arbitrio judicial, las acusaciones secretas, el tormento, los privilegios de los nobles, las confiscaciones, la pena de muerte -que admite en casos excepcionales-, las sanciones a los suicidas, etc.; funda el derecho penal en el contrato social y en la necesidad, y sólo es necesaria la pena en cuanto medio para prevenir nuevos delitos; considera más eficaz que la pena cruel la pronta, segura y proporcionada al hecho cometido¹⁹.

Lo cierto es que la mayoría de sus propuestas pasaron a las legislaciones posteriores y muchas perduran en la actualidad. Así, José II de Austria suprimió la pena de muerte, excepto para los delitos militares; Federico “El Grande” de Alemania suprimió la tortura, y Catalina de Austria dio a la *Comisión para la reforma de las leyes penales* unas instrucciones inspiradas en el mismo espíritu que evocaba el libro de Beccarí. En todo caso, donde los principios de la reforma penal mejor encarnaron y alcanzaron mayor difusión fue en la *Declaración de Derechos de Hombre y del Ciudadano* y en los Códigos de la Revolución Francesa y, así, el Código Penal francés de 1810 ejerció una gran influencia sobre toda la legislación penal del siglo XIX.

Otro autor cuya obra “*The state of prisons in Inghland and Wales*”, publicada en 1777, tuvo gran trascendencia fue el inglés John Howard (1726- 1790)²⁰, obra en donde

establece las bases de un sistema penitenciario que él cree más justo: educación religiosa, moralización por el trabajo, régimen higiénico y alimenticio humanos, aislamiento individual; por inspiración de su libro se crea en Filadelfia la «*Sociedad para alivio de las miserias de las prisiones públicas*», que inspiró las reformas habidas en las prisiones de Pensilvania primero, imitadas posteriormente en todo el mundo.

Las ideas de los filósofos de la Ilustración influyeron en alguno de los monarcas del despotismo ilustrado. Así, Pedro Leopoldo de Lorena (1765- 1790), Gran Duque de Toscana, dictó una ley en 1786 (30 de noviembre) que alteró hasta sus cimientos el sistema penal hasta entonces imperante en su reino: abolió la pena de muerte²¹, estableció una graduación de las penas en proporción a los hechos punibles cometidos, limitó el arbitrio de los jueces, instauró la igualdad de todos ante la ley penal, suprimió el tormento y simplificó los juicios. José II de Austria también abolió la pena de muerte para los delitos no militares. Federico II de Prusia abolió la tortura. Catalina II de Rusia inspiró en Beccaria -se reitera- sus Instrucciones a una Comisión encargada de la reforma de las prisiones y del sistema penal en general.

En suma, fue en S XVIII, con la Ilustración, se intenta *racionalizar* la imposición de las penas, superar la venganza privada y de la composición, asunción por el poder político de la potestad sancionadora y progresivo sometimiento de la potestad sancionadora a la norma jurídica (principio de legalidad), con el afianzamiento, en suma, del estado de derecho, que intenta -con su declarada finalidad de “*disipar las tinieblas de la Humanidad mediante las luces de la razón*”- superar la barbarie de los siglos anteriores y conseguir la “*humanización*” de las penas. Y lo fue, fundamentalmente, a través de las obras del Marqués de

Becaría, de Betham, de John Howard, de Montesquieu, de Voltaire; en España, de Manuel de Lardizábal y ya, posteriormente, Concepción Arenal son ilustrativas de estas finalidades de humanización de las penas. Se consideraba que la pena no tenía como finalidad última la aniquilación del delincuente, fuese física -a través de la pena de muerte- o fuese a lo largo del tiempo -con la pena de argolla, de galeras, etc. - sino la rehabilitación y reintegración del delincuente en la sociedad; esto es, una finalidad de reeducación del delincuente para que, cumplida su pena, se reintegrara a la sociedad como hombre libre, "ya curado" del delito y "limpio" para vivir libremente en sociedad. Esta época culminó con la Revolución Francesa de 1789 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano -y su antecedente la Declaración de Derechos de Virginia o de Independencia de EE.UU, de 1776- que supuso tantos cambios en la sociedad que, de hecho, marca la distinción entre el Antiguo Régimen y la Edad Moderna.

Y es que todos estos nuevos principios de la Ilustración fueron recogidos en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*: la Ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad, ni establecer más penas de las estrictamente necesarias; nadie puede ser sancionado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada; la ley debe ser la misma para todos, sea que proteja, sea que castigue.

La Ilustración supuso, pues, un cambio verdaderamente importante en las penas a imponer al delincuente: ya no era la pena capital la pena básica -si bien se reservó para los delitos más graves-, sino que se desplazó ésta a la pena de prisión, primero con penurias físicas -argolla, azotes, hambre- para, progresivamente, ser meramente de