

ReCrim

Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV
Revista del Instituto Universit. de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV



..ReCrim2012s1..

Nº 7 – Primer semestre 2012

Enrique Orts Berenguer (Director) / Javier Guardiola García (Coordinador)

ISSN – 1989-6352

<http://www.uv.es/recrim>

ReCrim

Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV
Revista del Instituto Universit. de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV
ISSN – pendiente
<http://www.uv.es/recrim>

..ReCrim2012s1..

Nº 7 – Primer semestre 2012

recrim12n01 12/08/12 (pp. 1-9)

Alonso, A. y Bea, E. **Metas y mitos de la adaptación de la docencia universitaria al Espacio Europeo de Educación Superior**

espacio europeo de educación superior – innovación docente – aprendizaje activo/participativo – enseñanza del Derecho – libertad de cátedra – cambio cultural
European Higher Education Area – educational innovation – participative/active learning – legal education – academic freedom – cultural change

recrim12d01 24/08/12 (pp. 10-28)

Equipo de Mediación Penitenciaria de la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos **Mediación penitenciaria: Centro penitenciario de Valdemoro, Madrid III: Memoria 2011-2012**

mediación – mediación penitenciaria – resolución alternativa de conflictos
mediation – prison mediation – alternative dispute resolution

recrim12a01 31/08/12 (pp. 29-51)

Martínez Pardo, V.J. **La expulsión de los extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad**

extranjeros irregulares – expulsión de extranjeros – sustitución de penas – medidas de seguridad
foreigners in irregular situation – expulsion of foreigners – substitution of sentences – security measures

recrim12a02 31/08/12 (pp. 52-65)

Rodríguez Ennes, L. **Algunas cuestiones en torno a la 'verberatio'**

fustigación – penas corporales – verberatio
fustigation – corporal punishments – verberatio

recrim12e01 31/08/12 (p. 66)

Secretaría de Recrim **Otro número editorial**

..ReCrim2012..

METAS Y MITOS DE LA ADAPTACIÓN DE LA DOCENCIA UNIVERSITARIA AL ESPACIO EUROPEO DE EDUCACIÓN SUPERIOR¹

Alberto Alonso

Profesor Titular de Derecho penal
Universitat de València

Emilia Bea

Profesora Titular de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política - Universitat de València

espacio europeo de educación superior – innovación docente –
aprendizaje activo/participativo – enseñanza del Derecho –
libertad de cátedra – cambio cultural

*European Higher Education Area – educational innovation – participative/active
learning – legal education – academic freedom – cultural change*

El proceso de adaptación al EEES en el que estamos inmersos nos ofrece una excelente oportunidad para reflexionar sobre el modelo de educación universitaria al que aspiramos. Sobre dicha base, en este trabajo se señalan algunos de los objetivos que, a juicio de los autores, deberían guiar este proceso (por ejemplo, la renovación metodológica, el cambio cultural o la libertad de cátedra –entendida en sus justos términos–) y a la vez se ponen de manifiesto algunos prejuicios, relacionados principalmente con las metodologías docentes participativas, que a menudo acompañan, y también empañan, el debate sobre esta crucial materia.

The process of integration into the European Higher Education Area (EHEA) is an excellent opportunity to reflect on the model of university education to which we aspire. Accordingly, in this paper we stress some of the objectives that, in our view, should lead that process (for example, the renewal of teaching methodologies, the cultural change or the academic freedom –understanding this concept in a proper sense–). At the same time, we underline some prejudices –which are basically related to the participative learning strategies– that often taint the debate on this crucial matter.

Recibido: 20/06/12

Publicado: 12/08/12

© 2012 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *en línea* en <http://www.uv.es/recrim>

I. Planteamiento - II. Meta: la renovación metodológica - III. Mito: las metodologías docentes participativas surgen con el plan Bolonia - IV. Mito: cualquier cosa sirve (o nada sirve) en la *innovación educativa* - V. La libertad de cátedra como meta (y como mito) - VI. Mito: el alumno ha de venir a clase motivado - VII. A modo de conclusión: el cambio cultural como meta esencial - VIII. Bibliografía

I. Planteamiento

El presente artículo parte de las dudas, inquietudes y reflexiones que, en torno al cambio metodológico que implica la adaptación al Espacio Europeo de Educación

¹ Una versión preliminar de este trabajo fue presentada como ponencia en la II Trobada d'Innovació Educativa de la Universitat de València (julio de 2011).

Superior (EEES), se han ido planteando en el marco del proyecto 69/FO/19², centrado en la discusión de las competencias, metodologías y criterios de evaluación de determinadas asignaturas del grado en Derecho como presupuesto para la elaboración de las guías docentes de dichas materias.

Tras este trabajo previo, nos proponemos ahora subrayar y justificar algunos de los objetivos o *metas* que cabría atribuir al proceso de convergencia con el EEES, así como llamar la atención sobre algunos de los *mitos* que, en nuestra opinión, aparecen más frecuentemente en el debate sobre este orden de cuestiones³.

II. Meta: la renovación metodológica

Es seguramente una obviedad decir que una de las principales *metas* del proceso de adaptación al EEES debe ser la renovación de las metodologías docentes. Con todo, lo cierto es que todavía para algunos sectores del profesorado universitario sigue resultando polémica la afirmación de que el cambio, en lo que a dicho aspecto se refiere, es positivo y necesario.

No se pretende aquí entrar a fondo en el debate sobre las virtudes o desventajas del aprendizaje pasivo frente al aprendizaje activo, sino más bien partir de la tesis que aboga por otorgar a este último un mayor protagonismo del que generalmente goza en nuestras aulas. Pese a ello, y dado que, como decíamos, no es ésta una premisa que se asuma siempre de forma pacífica, creemos que conviene empezar justificando, siquiera sea muy someramente, esta toma de postura. Y a este respecto nos parece expresivo señalar que si nos preguntaran si estamos satisfechos con la metodología que en su momento recibimos como alumnos y que hemos impartido luego como profesores universitarios durante la mayoría del tiempo que hemos ejercido como tales, o si, en términos generales, pensamos que dicha metodología resulta la más idónea para formar buenos juristas, nuestra respuesta sería negativa. Por tratar de ser algo más concretos, y aunque con ello se aluda sólo a una más de las razones a considerar en este debate, podría añadirse que en el contexto que ha imperado tradicionalmente en las Facultades de Derecho españolas ha sido perfectamente posible que un alumno se haya licenciado, y que además lo haya hecho logrando las máximas calificaciones, sin haber llegado a familiarizarse con la utilización de los textos legales, sin haber leído ni una sola sentencia del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional –por no hablar ya de algún artículo doctrinal–, o en fin, sin ni siquiera una sola vez haber tenido que argumentar jurídicamente en público. El manejo directo de aquellas fuentes o la adquisición y entrenamiento de determinadas habilidades, como la acabada de apuntar, son extremos que pocos pondrían en duda que resultan esenciales a la formación de un buen jurista; sin embargo, y aunque probablemente el estudiante habrá tenido la oportunidad de desarrollarlos –en la medida en que el profesor le haya incitado a ello–, en la gran mayoría de los casos no le habrá resultado imprescindible, pues para aprobar le habrá bastado con estudiarse sus apuntes o, en el mejor de los casos, un puñado de manuales (normalmente uno por asignatura).

² “Coordinación de estrategias de innovación docente y de evaluación en el marco del grado en Derecho” (Vicerectorat de Convergència Europea i Qualitat de la Universitat de València).

³ Todo lo que sigue, vaya por delante, no se plantea en términos definitivos o asentados, sino más bien desde las dudas que nos siguen suscitando todos estos temas y que lejos de desaparecer se incrementan día a día.

Estamos de acuerdo, pues, con la idea de que el alumno deba abandonar la posición excesivamente pasiva a la que aboca la metodología tradicional de la lección expositiva, y de que, por tanto, ésta haya de ser complementada con otro tipo de estrategias docentes más participativas, de tal forma que aquél en clase no se limite, fundamentalmente, a escuchar al profesor y a tomar notas. En íntima conexión con lo anterior, y por lo que se refiere ahora en particular al ámbito del Derecho, nos parece importante insistir en la necesidad de que, antes que a la memorización de información sobre normas, conceptos o doctrinas más o menos sistematizadas, se tienda a incentivar la capacidad de razonamiento jurídico, así como el espíritu crítico del estudiante⁴. De nuevo, no se está diciendo que nada de esto se haya fomentado con nuestro sistema tradicional de enseñanza del Derecho, sino que ello, con carácter general, no se ha hecho en suficiente medida u otorgándole el papel (esencial) que, al menos a nuestro parecer, merece el desarrollo de tales competencias⁵.

Por cierto, que es éste un campo, el del aprendizaje activo, en el que muchas universidades extranjeras nos llevan bastante tiempo de ventaja. Y el hecho de que algunas de ellas, cuyo principal paradigma es *Harvard*, encabezan los *rankings* de universidades más prestigiosas a nivel internacional creemos que es también un elemento a tener en cuenta en el marco de esta discusión. Esto último nos lleva al primero de los mitos que nos gustaría subrayar.

⁴ Naturalmente, no se trata de que no se deba conocer aquella información sino de que el aprendizaje no se restrinja a su mera memorización y de que, trascendiendo la artificial separación entre formación o explicación *teórica* y *práctica*, y sin prescindir desde luego del pensamiento abstracto, el alumno sea capaz de razonar sobre el sentido, alcance y fundamento de las normas, instituciones, doctrinas, etc. que constituyan su objeto de estudio y que aprenda a detectar por sí mismo, a través de la reflexión propia y de la discusión con los otros –pero sobre la base del estudio personal previo y bajo la atenta dirección del profesor en todo caso–, los principales problemas jurídicos que aquéllas están llamadas a resolver, y de qué forma, y con qué consecuencias (en función de si se opta por una u otra interpretación de la norma), etc. A este respecto, el célebre *case method* norteamericano, que se caracteriza por una marcada orientación hacia la formación metodológica (más que memorística) del estudiante, constituye sin duda un referente, y aunque no el único, a tener presente (puede verse sobre la evolución y la aplicación contemporánea de esta metodología en las Facultades de Derecho de EEUU, Pérez Lledó 1992: 69 y ss.). En esta línea, nos parece asimismo ilustrativa la siguiente advertencia que incluye el prólogo de un manual de Derecho penal estadounidense: “Aun cuando no haría falta decirlo, lo diré de todas formas: este libro no es un sustituto del análisis individual. El que no desarrolle la capacidad de analizar problemas no estará a salvo con éste ni con ningún otro libro cuando sea requerido para analizar un problema que ni él mismo ni el libro en cuestión hubieran previamente considerado” (Loewy 1975); o, en fin, el hecho de que, como recoge Quintero, esa “bella idea” de la función del profesor cifrada en ayudar al alumno “resolviéndole dudas e indicándole nuevos caminos a recorrer por sí solo” y “procurándole los medios para hacerlo” fuera defendida ya a finales del S. XIX por autores de la talla de Giner de los Ríos o de Macías Picavea (vid. Quintero Olivares 2010: 98 y 99, mostrándose escéptico, sin embargo, este último autor, sobre la viabilidad de la aplicación de dichas tesis a la realidad universitaria de nuestro país en la actualidad). Vid. también en sentido crítico respecto a la enseñanza memorística del Derecho, además de a Giner de los Ríos (2003: 27, 32, 37, 43 y ss.), y entre otros, Pérez Lledó (2002: 201 y ss.) o Llebaría Samper (2009: 158 y ss., 306).

⁵ Del mismo modo que, contempladas las cosas desde una perspectiva más global, no se trata tampoco de partir de cero, es decir, de renunciar a todo lo que hasta ahora hemos hecho, fuera útil o no; sino más bien, y en palabras de Llebaría Samper, de “cambiar conservando” (2009: 141, 292), y de asumir que el cambio exige en todo caso de un proceso, gradual, y que por tanto habrá de prolongarse en el tiempo.

III. Mito: las metodologías docentes participativas surgen con el plan Bolonia

A veces parece, en efecto, que el proceso de convergencia europea en materia de educación superior se haya inventado de la nada las dinámicas pedagógicas diversas a la clase expositiva y que previamente aquéllas no existieran o no se aplicaran. Pero ello evidentemente no es así, toda vez que, como se acaba de señalar, hay universidades que las vienen aplicando con notable éxito desde hace muchos años (e incluso siglos)⁶.

De lo anterior se sigue que los llamados *modelos universitarios antiguos*, tan reivindicados últimamente como símbolo de excelencia en la enseñanza, no se corresponden necesariamente, en lo que al plano metodológico se refiere, con la técnica de la lección magistral. Junto a ello, llamar la atención sobre la desvinculación entre el origen de las estrategias docentes participativas y Bolonia quizás permite mostrar con mayor nitidez algo que, por lo demás, es evidente: se puede estar a favor del cambio metodológico con independencia de que se discrepe de muchos otros aspectos del plan Bolonia o de las formas en cómo dicho proceso se esté implantando. Y esto –insistimos: pese a su aparente obviedad– creemos que no está de más destacarlo, porque la politización sobre *Bolonia sí/Bolonia no* muchas veces condiciona –y contaminas– el debate sobre los métodos de enseñanza⁷. En lo que respecta a este punto en concreto es preciso reconocer que el proceso de adaptación al EEES constituye una buena oportunidad para que entre un poco de aire fresco en las arraigadas inercias pedagógicas de nuestras universidades. Que se aproveche dicha oportunidad, en términos de mejora de la calidad docente, es ya harina de otro costal.

IV. Mito: cualquier cosa sirve (o nada sirve) en la innovación educativa

Al hilo de lo que se viene diciendo, nos parece importante señalar la necesidad de combatir las posiciones excesivamente extremistas en este contexto: *todo sirve*, o por el contrario, *nada sirve* en la *innovación docente*.

Es evidente que *cualquier cosa* no sirve en la innovación docente. Y en este sentido, cabe denunciar el serio riesgo de desvirtuación que, al abrigo de la adaptación al EEES, está aflorando en relación con este tipo de dinámicas docentes distintas a la lección magistral. Según como se planteen determinadas actividades y su evaluación, aquéllas pueden acabar traducándose, efectivamente, en una pérdida de tiempo y –en, este caso sí, como se aduce desde posiciones críticas– en una intolerable simplificación del conocimiento, con el consiguiente descenso (todavía mayor) del nivel de exigencia en nuestras universidades. Ahora bien, conviene aclarar que, a diferencia de lo que en ocasiones se ha sugerido, esto es algo que no resulta inherente a la denominada innovación docente en general, ni a las metodologías de aprendizaje activo o participativo en particular. Estas últimas, en nuestra opinión, pueden constituir estrategias docentes de notable seriedad y eficacia desde el punto de vista del

⁶ En las facultades de Derecho de EEUU, por ejemplo, se empieza a utilizar el ya citado método del caso (también denominado allí, en lo que atañe a la faceta que aquí interesa, método socrático) desde finales del S. XIX, y desde principios del S. XX esta forma de dar clase se encuentra absolutamente generalizada en la enseñanza del Derecho. Vid. sobre ello, Pérez Lledó 1992: 73 y ss.

⁷ Desde un punto de vista más general, cabe advertir también el aludido fenómeno de empañamiento del debate cuando se atribuyen a la declaración de Bolonia males que están presentes desde hace mucho tiempo en las universidades españolas (vid. una acertada crítica a este discurso en Quintero Olivares 2010: 15, 139 y ss., 154).

aprendizaje y que en absoluto impliquen renunciar a un *conocimiento profundo* de la materia. Ahora bien, lógicamente, para que ello sea así, parece necesario que tales dinámicas o actividades se diseñen y se apliquen de forma adecuada; pero exactamente igual, por lo demás, que sucede con la tradicional clase expositiva, que devendrá en buena medida prescindible si se acaba ciñendo, como a veces sucede en nuestras aulas, al resumen lineal de uno o varios manuales. La clave, pues, y tanto si se trata de uno o de otro modelo de aprendizaje, estribará en cómo el profesor lo lleve a la práctica en el caso concreto⁸. De manera que, como ya se adelantaba más arriba, ni *sirve cualquier cosa* en este ámbito, ni *ninguna cosa* (salvo la lección expositiva) *sirve*.

Por otra parte –y en este caso no hablamos de un mito sino de una realidad a confrontar– algunos docentes, aun cuando seamos de aquéllos que saludamos en principio con cierta complicitad los nuevos aires metodológicos que supuestamente comporta la adaptación al EEES, no podemos evitar que nos invada en determinados momentos un sentimiento de cansancio, cuando no de desazón. Entre otras causas, y dejando ahora de lado la excesiva burocratización que está caracterizando la implementación del nuevo sistema, porque a pesar del importante esfuerzo que este cambio metodológico impone (si se hace en serio)⁹, y que opera en lógico detrimento de otras labores mucho más reconocidas a efectos curriculares, uno se debe enfrentar en ocasiones a las reticencias de los compañeros –movidos a veces por convicción; pero a veces también por mero desdén a lo desconocido o incluso por pura comodidad– y asimismo, y por parecidas razones, de los propios estudiantes. Esta sensación de nadar contra corriente (contra el sistema de promoción, contra la opinión de tus alumnos y de tus compañeros) resulta ciertamente paradójica en un contexto de adaptación al EEES, en el que se supone que dicha tendencia (la exploración de nuevas vías pedagógicas) debiera ser la norma. Lo llamativo es que la perplejidad, y el hartazgo, permanece –o incluso crece– cuando uno comprueba, desde el extremo contrario, cómo los *grandes teóricos* de la innovación a menudo se sorprenden, con similar displicencia, de que no asumas sin dudas determinadas directrices, métodos o incluso terminologías (productos, rúbricas, etc.), como si de un dogma de fe se tratara; lo cual conduce de nuevo a la idea a la que hacíamos referencia al principio de este epígrafe: se debe huir de los fundamentalismos en esta materia.

V. La libertad de cátedra como meta (y como mito)

Muy relacionado con todo lo anterior, conviene también incidir en lo que constituye una meta y pilar básico de nuestro sistema educativo, sin que por ello haya de mitificarse como ocurre en tantas ocasiones desde posturas maximalistas: la tan traída y llevada libertad de cátedra. Los cambios en la educación superior, tanto respecto a la metodología (modelos de aprendizaje más activos) como en los contenidos (competencias genéricas, transversales) pueden agudizar los problemas que siempre ha

⁸ En este sentido, lleva razón Llebaría Samper (2009: 282) cuando afirma que “Bolonia no salva ni redime al docente”, para expresar que seguirá habiendo buenos y malos docentes tanto entre los que sigan los métodos de Bolonia como entre los que no.

⁹ Aun cuando no podamos extendernos ahora sobre el particular, nos gustaría matizar que el esfuerzo al que se alude en el texto no se refiere únicamente al diseño y preparación de actividades o corrección de tareas sino que alcanza también a la propia formación en la disciplina objeto de aprendizaje, pues estamos convencidos, en contra de lo que a veces se ha sostenido, que un (de nuevo, *adecuado*) desarrollo de este tipo de metodologías activas requiere un exigente dominio de la materia.

planteado la libertad de cátedra, vista como lo que es: un derecho constitucional – proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente las opiniones según la doctrina de nuestro TC¹⁰ – pero que, como el resto de derechos fundamentales, no es un derecho absoluto, sino que tiene sus límites¹¹.

Como reacción a la imposición por parte del poder de una ideología, y, por tanto, como un derecho ligado a la libertad de pensamiento y de expresión, la libertad de cátedra es un elemento fundamental del Estado de Derecho en su dimensión principal que es la de evitar la censura¹².

Pero ello no equivale a la identificación que se hace en muchas ocasiones entre la libertad de cátedra y la capacidad de cada profesor para elegir programas, contenidos y metodologías, llegando a considerarse cualquier intento de organización, o el simple establecimiento de criterios o pautas en este ámbito, como una intromisión abusiva. Esta visión, todavía muy presente en nuestras universidades, plantea muchos problemas cotidianos a los que no es fácil dar una solución que sea adecuada a la garantía de un derecho fundamental pero también a las exigencias derivadas de otros derechos, como el derecho a la educación en sus distintas dimensiones, la libertad de estudio o la autonomía universitaria¹³.

Sin duda, habrá que realizar una ponderación en cada caso concreto, pero creemos que también corresponde a los proyectos de innovación educativa el tratar de establecer unos principios básicos de orientación.

En este sentido, cabría discutir si es competencia de los departamentos universitarios sólo el aprobar los programas o también establecer un programa único para cada asignatura. Una cuestión que se proyecta en la más compleja de los contenidos específicos de los programas y de la perspectiva o enfoque con que se interpretan e imparten, donde, sobre todo en el campo de las Humanidades y de las Ciencias sociales –aunque hoy también en el resto de ciencias– pueden plantearse conflictos de gran envergadura.

Todos conocemos profesores que, amparándose en la libertad de cátedra, realizan comentarios despectivos y gratuitos, sin relación con la materia y ajenos al contenido de la enseñanza, cargados en ocasiones de apelativos discriminatorios, vejatorios o insultantes, que pueden resultar ofensivos e ir contra la dignidad del alumno, y también conocemos instancias educativas que marginan a un profesor porque no les gustan sus ideas. Y ambas actitudes pueden conculcar derechos y libertades básicas e ir en detrimento de la calidad docente y de la formación académica. No olvidemos que el artículo 20 de la CE, que reconoce la libertad de cátedra, establece el límite del derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, y a la protección de la juventud.

¹⁰ Entre otras: STC 5/1981, de 13 de febrero; STC 217/1992, de 1 de diciembre, FJ 2; STC 179/1996, de 12 de noviembre, y STC 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 5.

¹¹ Cf. Lozano 1995; Expósito 1995; Vidal 2001.

¹² El krausismo insistió de forma especial en el carácter inviolable del derecho del profesor a expresar libremente su pensamiento bajo la salvaguardia de la libertad científica y de su conciencia moral.

¹³ “Es a las universidades, en el ejercicio de su autonomía, a quienes corresponde disciplinar la organización de la docencia” (STC 179/1996, FJ 6).

Desde un enfoque maximalista de la libertad de cátedra, se cuestiona incluso el establecimiento por parte de un departamento o unidad docente de cronogramas de las asignaturas, sistemas de evaluación u otros aspectos metodológicos. Son muchas las manifestaciones de la posible tensión entre la libertad de cátedra y los criterios derivados de la potestad organizativa de las instituciones y órganos universitarios¹⁴.

La pregunta sería, en definitiva: ¿cómo conjugar la no censura ideológica del profesor y la difusión libre de las ideas con el derecho de los alumnos a recibir una enseñanza plural y de calidad?

VI. Mito: el alumno ha de venir a clase motivado

Otro mito, intrínsecamente relacionado con todo lo anterior, que debe ser desvelado, es el que podríamos enunciar con esta frase: “El alumno ha de venir a clase motivado” (o “motivar al alumno a aprender y a interesarse por la disciplina que se estudia es algo que no atañe al profesor universitario”). Frecuentemente se atribuye al modelo de Bolonia la infantilización del alumno en tanto que exige al profesor labores de motivación, cuando dicha motivación, en personas adultas y universitarias, tendría que venir de suyo.

Nosotros creemos que no es ajena a la competencia del profesor la tarea de contribuir a esta motivación tratando de despertar el interés por las materias a través de un buen establecimiento de los objetivos a cumplir, de las actitudes y destrezas requeridas y de la responsabilidad social y profesional de las actividades que en el futuro realizarán, o estarán preparados para desarrollar, gracias a estos conocimientos y aptitudes. Pensamos que es muy importante insistir en el tema de las responsabilidades que los estudiantes están preparándose para asumir en el futuro, y ello sabemos por experiencia que es un potente factor de motivación, es decir, que los alumnos se interesan por el estudio si son capaces de ver su relación con la realidad a la que van a aplicar su aprendizaje y si se dan cuenta de que, en alguna medida, pueden contribuir a conformar esa realidad en un determinado sentido, para lo que resulta ineludible el desarrollo de la capacidad crítica y la facultad de pensar por sí mismos. Para todo ello es evidente que se requieren nuevas estrategias metodológicas y un esfuerzo constante de innovación pedagógica.

Sin insistir en el tema de los valores que ha de transmitir la educación, cuyo lugar privilegiado –aunque no exclusivo quizá– son los procesos de socialización correspondientes a enseñanzas previas a la universitaria, no es posible ni conveniente una enseñanza totalmente aséptica en ningún nivel, lo que se relaciona con el último aspecto que pretendemos apuntar en nuestra exposición y que también está estrechamente ligado a la libertad de cátedra.

VII. A modo de conclusión: el cambio cultural como meta esencial

Nos referimos a una meta que aparece necesariamente ligada al objetivo más arriba apuntado de lograr esta renovación en la metodología docente de nuestras

¹⁴ Véase Paule Ruiz y Cernuda del Río 2005: <http://www.di.uniovi.es/~cernuda/pubs/jide2005-d.pdf>

universidades: la de promover un “cambio cultural” que debe abarcar tanto a alumnos como a profesores, lo que exige tratar de enfocar correctamente el debate sobre esta crucial materia intentando aligerarlo de prejuicios (sólo a algunos de los cuales se ha hecho referencia en este trabajo).

La educación es necesariamente normativa, no es independiente de algún tipo de orientación, valores y fines a realizar¹⁵. Frente al mito de la educación superior ilustrada (puesto en entredicho por experiencias históricas en las que se hizo evidente que no siempre una mayor formación o sensibilidad cultural implica una mayor humanización¹⁶), hoy casi nadie duda de que, ni siquiera en el terreno de la educación superior, se puede considerar que las funciones docentes tengan la meta exclusiva de transmitir conocimientos, sino que todo proyecto educativo se integra en una cultura que remite a múltiples dimensiones (por ejemplo en distintas leyes europeas de educación –y esto ha comenzado ahora tímidamente también en España– se prevé, en el enfoque curricular, “la enseñanza del holocausto” o se habla de la exigencia de “educar contra la barbarie”¹⁷). A todo ello pueden contribuir de forma especial los objetivos transversales (en especial, los referidos a la no discriminación, la igualdad de género, la sostenibilidad, la cultura de la paz y los derechos humanos en general)¹⁸.

También hay que tener en cuenta que a la educación se le asigna hoy la tarea –y este es también su reto y su riesgo– de enseñar a afrontar y gestionar problemas que no están planteados aún en todos sus términos, a saber anticiparse y adaptarse a nuevas situaciones, a desarrollar facultades que permitan desenvolverse en un mundo cambiante y global en el que, entre otras cosas, resulta decisiva la transferencia de resultados y la capacidad de compartir el conocimiento (tal vez de manera menos

¹⁵ Cf. Camps 1993.

¹⁶ George Steiner (2005) se interroga sobre esta cuestión, es decir, sobre si realmente las humanidades humanizan y si la educación nos hace mejores. Su conclusión es que la cultura no ha sido un dique suficiente para contener la barbarie y lo inhumano, aunque no por ello debemos dejar de confiar en que unas nuevas humanidades (en las que destaca la música) puedan contribuir a alumbrar la que él llama la *poscultura*, que se situaría más allá del mito Ilustrado ligado al mito de la idea de progreso. Véase también Mèlich 2000. Recientemente, Martha C. Nussbaum (2010) critica un tipo de enseñanza que, a través de la promoción de las habilidades técnicas y la marginación de las humanidades de los programas de estudio, dota a los estudiantes de herramientas útiles para el desarrollo económico en detrimento del pensamiento crítico, la empatía y la comprensión de la injusticia. Lo que late en el fondo es la oposición entre una educación para el crecimiento económico y una educación para el desarrollo humano y, más ampliamente, entre racionalidad instrumental y racionalidad integral.

¹⁷ Véase el libro de Galcerà (2011). En el prólogo, el profesor Reyes Mate recuerda que, frente a la situación de nuestro país, “en librerías de Berlín, París o Roma uno se encuentra, en la sección de pedagogía, con un apartado dedicado a la *educación de Auschwitz*” (Galcerà 2011: 13).

¹⁸ Existe una amplia bibliografía sobre educación, transversalidad y derechos humanos. Véase por ejemplo el libro colectivo de Busquets et al. 1995. La Asamblea General de Naciones Unidas ha aprobado diversas resoluciones sobre la exigencia de fomentar una cultura de paz y no violencia y sobre la educación en derechos humanos. También en el marco europeo encontramos numerosas recomendaciones sobre la incorporación de la formación en derechos humanos dentro de la educación superior. Existen muchos grupos de trabajo y Oficinas internacionales que tratan de implementar estos textos. Por lo que se refiere a España, cabe destacar la Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y la cultura de la paz. Sin embargo, un informe de Amnistía Internacional de 2008 presenta nuestra situación con el elocuente título de “Las universidades españolas, a la cola de Europa en formación obligatoria en derechos humanos”. En los anexos al informe se realiza una interesante y detallada comparativa entre los planes de estudio de las universidades españolas y las de otros países europeos: http://www.educacionenvalores.org/IMG/pdf/planes_universidades.pdf (consultado el 22.7.2011).

jerárquica y a través de redes de conocimiento tanto en el contexto europeo como en el mundial).

Como conclusión, nos atreveríamos a decir que el EEES exige hacer una síntesis de contrarios, para la que no sabemos si estamos preparados, pues hay que aunar: especialización e interdisciplinariedad, conciencia europeísta e interculturalidad, desarrollo tecnológico y formación integral, preparación para el mercado de trabajo y creatividad... Esta última, la creatividad, es tal vez la palabra mágica, con sus metas y sus mitos, para llegar a afrontar el decisivo cambio cultural al que estamos asistiendo y en el que la innovación pedagógica universitaria tiene cifrada su principal responsabilidad.

VIII. Bibliografía

- Busquets, María Dolors; Cainzos, Manuel; Fernández, Teresa; Leal, Aurora; Moreno, Montserrat; Sastre, Genoveva (1995). *Los temas transversales. Claves de la formación integral*. Buenos Aires: Santillana.
- Camps, Victoria (1993). *Los valores de la educación*. Madrid: Anaya.
- Éxposito, Enriqueta (1995). *La libertad de cátedra*. Madrid: Tecnos.
- Galcerà, David (2011). *Holocausto y filosofía. Educar contra la barbarie*. Palma de Mallorca: Objeto Perdido.
- Giner de los Ríos, Francisco (2002). Sobre la reorganización de los estudios de Facultad (1889). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6, pp. 27-45.
- Loewy, Arnold H. (1975). *Criminal Law in a nutshell*. St. Paul: Thomson Reuters, 2009.
- Lozano, Blanca (1995). *La libertad de cátedra*. Madrid: Marcial Pons.
- Llebaría Samper, Sergio (2009). *El proceso de Bolonia: la enseñanza del Derecho a juicio...¿Absolución o condena?* Barcelona: Bosch.
- Mélich, Joan Carles (2000). El fin de lo humano. ¿Cómo educar después del holocausto?. *Enrahonar*, 31, pp. 81-94.
- Nussbaum, Martha C. (2010). *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*. Buenos Aires: Katz.
- Paule Ruiz, María del Puerto y Cernuda del Río, Agustín (2005). La libertad de cátedra, a debate. ¿Qué es y hasta dónde llega?", <http://www.di.uniovi.es/~cernuda/pubs/jide2005-d.pdf> fecha de consulta, 21.07.2011.
- Pérez Lledó, Juan Antonio (1992). La enseñanza del Derecho en Estados Unidos. *Doxa*, 12, pp. 41-93.
- Pérez Lledó, Juan Antonio (2002). Teoría y práctica de la enseñanza del Derecho. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6, pp. 197-270.
- Quintero Olivares, Gonzalo (2010). *La enseñanza del Derecho en la encrucijada*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters.
- Steiner, George (2005). *En el castillo de Barba Azul: aproximación a un nuevo concepto de cultura*. Barcelona: Gedisa.
- Vidal, Carlos (2001). *La libertad de cátedra. Un estudio comparado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

..ReCrim2012..

**MEDIACIÓN PENITENCIARIA
CENTRO PENITENCIARIO DE VALDEMORO, MADRID III
MEMORIA 2011-2012**

Equipo de Mediación Penitenciaria*
Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos

mediación – mediación penitenciaria – resolución alternativa de conflictos
mediation – prison mediation – alternative dispute resolution

Resultados del trabajo desarrollado por el equipo de mediación penitenciaria de la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos en el Centro Penitenciario Madrid III (Valdemoro) desde septiembre de 2011 hasta julio de 2012.

Results of the activity of prison mediation team from Mediation for Pacification of Conflicts Association in Penitentiary Madrid III (Valdemoro) from September 2011 to July 2012.

Recibido: 23/07/12

Publicado: 24/08/12

© 2012 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *en línea* en <http://www.uv.es/recrim>

I. Introducción - II. Equipo - III. Objetivos de la mediación penitenciaria como herramienta de gestión de conflictos en prisión - IV. Metodología - V. Resultados - VI. Otras actuaciones
VII. Dificultades y logros - VIII. Conclusiones - IX. Anexo

I. Introducción

La presente Memoria tiene como propósito ofrecer los resultados del trabajo que el equipo de mediación de la *Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos* ha desarrollado en el Centro Penitenciario Madrid III a lo largo de los meses comprendidos entre septiembre de 2011 y julio de 2012. Estos resultados son el fruto de la implementación de un servicio pionero en España que viene desarrollándose desde 2005 con el esfuerzo y dedicación de un grupo de profesionales, mediadores todos que, de manera altruista, acompaña a los internos privados de libertad en dicho Centro a gestionar sus conflictos de convivencia.

Durante este periodo se han producido cambios en la tendencia de algunos de los puntos del protocolo de actuación, principalmente en referencia a la vía de acceso de los 28 casos trabajados, no es más que el reflejo en la evolución de un servicio que se va adaptando a las nuevas demandas y necesidades de la población que atiende y del espacio en el que desarrolla su actividad; un análisis más detallado, tanto de éste como del resto de datos, será desglosado más adelante.

* Francisca Lozano Espina, Laura Aguilar Arévalo, Luz Lozano Pérez, Sergio Martín Sánchez, Virginia Rodríguez Fragozo e Irene Martín Nova; y las mediadoras en prácticas Virginia Pareja Vallina y Elena Gutiérrez-Bolívar Álvarez.

II. Equipo

En los siete años de funcionamiento en el Centro Penitenciario de Valdemoro, el equipo de mediación ha sufrido multitud de transformaciones y adaptaciones a nuevos profesionales que han dejado su impronta en la forma de desarrollar el trabajo. No obstante, la evolución ha seguido siempre una coherencia y un funcionamiento estable desde el hilo conductor de los objetivos que desde el comienzo guían nuestra labor: la reducción de las tensiones derivadas del conflicto, apostando por el acercamiento entre las personas a través del diálogo y el respeto, en definitiva, la pacificación de la convivencia en el medio cerrado y complejo que es la prisión.

Dicho equipo ha estado constituido en esta ocasión por seis mediadores profesionales que, sin embargo, no han podido estar de manera efectiva a lo largo de todo el año; varias de esas personas han sufrido baja o han contado con impedimentos de diversa índole que han dificultado el mantenimiento de un ritmo constante de trabajo. A pesar de estas adversidades, el trabajo ha salido adelante, debido al tesón de dos de los compañeros que han permanecido presentes y han constituido la columna vertebral del equipo en los momentos difíciles. En este espacio queremos agradecer también a las mediadoras en prácticas, provenientes del Experto en Mediación de la Universidad Complutense, que este año de manera especial han constituido una parte importante del equipo, dando apoyo logístico desde su papel de observadoras no participantes, acompañando y apoyando a los mediadores profesionales.

La jornada de trabajo por la que se ha optado en esta ocasión ha sido principalmente la de la mañana del viernes, espacio que los mediadores han liberado de sus distintas responsabilidades laborales, personales y familiares para dar cobertura a la demanda. No obstante, también se ha desarrollado parte del trabajo de manera ocasional en alguna otra franja horaria a lo largo de la semana, por razones puramente organizativas.

A lo largo de este año, el equipo ha estado compuesto por los siguientes miembros:

Mediadores profesionales:

Francisca Lozano Espina (desde marzo de 2005)

Laura Aguilar Arévalo (desde noviembre de 2007)

Luz Lozano Pérez (desde noviembre de 2008)

Sergio Martín Sánchez (desde noviembre de 2008)

Virginia Rodríguez Fragoso (desde diciembre de 2009)

Irene Martín Nova (desde diciembre 2010)

Mediadoras en prácticas (desde diciembre de 2011):

Virginia Pareja Vallina

Elena Gutiérrez-Bolívar Álvarez

III. Objetivos de la mediación penitenciaria como herramienta de gestión de conflictos en prisión

La mediación penitenciaria, tal y como viene siendo realizada hasta la actualidad, pretende poner al servicio de las personas privadas de libertad la posibilidad de resolver sus diferencias interpersonales de manera dialogada, a través del respeto, la escucha del otro y la responsabilidad por la propia implicación.

Se ofrece a los internos el servicio explicando su beneficio siempre desde la perspectiva del crecimiento personal, a pesar de que pudieran existir otras ventajas regimentales que el mediador no le asegura, puesto que no dependen de su trabajo, sino de la decisión del Centro Penitenciario. Más bien se les presenta como una oportunidad para aprender a percibir e interpretar los conflictos desde otros puntos de vista, teniendo en cuenta el interés propio, pero también el de la otra persona, reconociendo errores en su forma de relacionarse y comprendiendo los de la parte contraria, teniendo que redefinir de forma obligada los prejuicios respecto al otro y aceptarlo como colaborador en la búsqueda de soluciones, pudiendo aprender a utilizar este método en otros conflictos.

Todo proyecto que surge, lo hace respondiendo a un fin último que se convierte en el hilo conductor de la labor a realizar; así también la mediación penitenciaria, que abanderará la pacificación de las relaciones y la convivencia dentro de la cárcel como su objetivo meta. Sin embargo, se nutre de otros objetivos al servicio de éste último que cubren distintos frentes dentro del entorno de la prisión:

III.1. Objetivos dirigidos al tratamiento penitenciario

- La asunción de la parte de responsabilidad de la conducta infractora y de su participación en el conflicto interpersonal.
- El aprendizaje de conductas destinadas al reconocimiento de la verdad.
- El entrenamiento informal en conductas de diálogo en las relaciones interpersonales conflictivas y que pueden fomentar la preparación de la vida en libertad.
- El aprendizaje de la escucha activa dirigida a comprender la posición del otro.
- La adopción de decisiones personales y autónomas en el conflicto.

III.2. Objetivos dirigidos hacia la convivencia penitenciaria

- La pacificación de las relaciones internas dentro de los módulos a través de la difusión entre las personas presas de este sistema dialogado en la solución de conflictos.
- La disminución de la reincidencia en las infracciones debido al carácter suspensivo de la sanción en función del cumplimiento de los acuerdos.
- La reducción de las intervenciones administrativas y judiciales, dando entrada al principio de oportunidad y a la economía procesal.

III.3. Objetivos dirigidos al beneficio de las personas privadas de libertad

- La reducción de la ansiedad como consecuencia directa de la desaparición o, al menos, disminución del conflicto interpersonal. El temor a la posibilidad de sufrir represalias por la participación en un conflicto, genera un alto nivel

de estrés. La resolución del conflicto elimina esa fuente de estrés y, por tanto, contribuye al bienestar de las personas.

- El aumento de la percepción de control: al ser ellos mismos los que deciden acerca de la posibilidad de mediar o no, de encontrarse frente a frente con la otra persona, cuentan con algo que les es negado frecuentemente en prisión, esto es, la decisión última acerca de lo que pueden o no pueden hacer.
- La disminución de los perjuicios al penado y su familia por la aplicación del Reglamento Penitenciario: si se logra eliminar la sanción como resultado final de la mediación, se rescindirá la posible pérdida de permisos u otros privilegios que sin duda mejoran la calidad de vida de las personas privadas de libertad.

IV. Metodología

Al igual que en memorias de años anteriores, creemos necesaria la presentación de las distintas fases del proceso, de forma que cualquier lector que se encuentre con este documento en sus manos, pueda comprender la procedencia de los datos que en la misma se vierten y la naturaleza del trabajo del que han sido fruto.

Las distintas fases expuestas a continuación constituyen un protocolo que es seguido de forma fiel, a pesar de que el ritmo y la extensión temporal de cada una de ellas es variable y totalmente dependiente de las idiosincrasias de la mediación en cuestión y las circunstancias y necesidades de las personas implicadas:

IV.1. Fase de derivación

Hasta el momento actual, existen tres procedimientos de derivación ya establecidos, a través de los cuales pueden acceder los expedientes al servicio de mediación; no obstante, los últimos tiempos están dando paso a una cuarta vía de acceso, que será refrendada a través del tiempo y la práctica continuada:

- Listado de incompatibilidades: recoge una relación de personas que en algún momento han estado enfrentadas y que han sido separadas como medida preventiva. Este listado es entregado en septiembre, al reinicio de la actividad tras el verano y siempre y cuando el volumen de trabajo va en disminución.
- Instancias que los propios internos presentan al Director, en las que solicitan entrevista con los mediadores. Esta vía de acceso ha sufrido un importante aumento a lo largo de este último año de trabajo, fruto de las acciones de difusión realizadas entre los propios internos y el efecto del boca a boca.
- Casos con expediente sancionador incoado: son expedientes facilitados por el Instructor referentes a conflictos acaecidos con anterioridad, para los que se cuenta con un plazo en el que presentar los resultados de la mediación, previo a la reunión de la Comisión Disciplinaria que decide respecto al conflicto en cuestión.
- Coordinación con los equipos técnicos: los siete años de funcionamiento del servicio de mediación en Valdemoro y su paulatina extensión a otros centros penitenciarios españoles y otros espacios variados, han propiciado que los profesionales que trabajan con personas confíen cada vez más en la mediación como herramienta de gestión de conflictos que surgen fruto del choque de intereses o puntos de vista. Es el caso de los equipos técnicos de

Madrid III; en los últimos meses han solicitado de forma directa la colaboración del equipo de mediación para facilitar la gestión de enfrentamientos surgidos en los módulos. Estas colaboraciones han dado lugar a coordinaciones previas al inicio de la mediación que, si bien han enriquecido el proceso, han supuesto una nueva forma de encarar el trabajo que poco a poco deberá ser integrado como parte del funcionamiento habitual del equipo de mediación.

IV.2. Fase de acogida e información

Se trata del primer encuentro de los mediadores con cada uno de los internos implicados. Se realiza a través de una entrevista semiestructurada que persigue los siguientes objetivos:

- Presentación de los mediadores, de la Asociación y del proceso de mediación penitenciaria como una oportunidad para resolver el conflicto de manera pacífica y dialogada.
- Invitación a participar en la mediación a través de la libre decisión a hacerlo o no, decisión que, en última instancia, es absolutamente respetada por los mediadores.
- Permitir la ventilación emocional referente al conflicto y a la situación vital del interno.
- Generar confianza en los mediadores asegurando la confidencialidad, neutralidad e imparcialidad de los mismos.
- Explicación de las normas básicas de la mediación y del papel del mediador.
- Obtención de información acerca de cada uno de los implicados, del conflicto y de la situación regimetal de las personas.

IV.3. Fase de aceptación y compromiso

Tras el primer contacto con las partes enfrentadas y la aceptación de cada uno de ellos de la participación en el proceso, se escala un peldaño en el nivel de compromiso y de análisis de lo ocurrido entre ellos, al igual que el papel de cada uno de ellos en la disputa. Objetivos de la fase de aceptación y compromiso:

- Aceptar y comprometerse ambas partes a respetar las reglas del juego de la mediación, como un proceso aceptado voluntariamente, y con la orientación positiva de que el mismo pueda gestionar el conflicto por vías pacíficas y por medio del diálogo. El mediador se reserva el derecho de cortar el proceso si estos criterios no se cumplen.
- Trabajar la autorresponsabilización en el conflicto y el compromiso de no agresión en el espacio de la mediación.
- Juntar a las partes por primera vez desde la catalogación de incompatibilidad o desde el conflicto para sentar las bases que permitan la mediación.

IV.4. Fase de encuentro dialogado

Se trata del espacio dedicado al diálogo y al encuentro entre las partes, como su nombre indica. Es un momento de especial importancia, ya que ha sido muchas veces anticipado desde el inicio del proceso y pone fin a la incertidumbre que la ocasión merece. Persigue estos objetivos:

- Facilitación del encuentro interpersonal orientado a la resolución del conflicto, de una forma pacífica y dialogada, como forma alternativa a la habitual en el entorno penitenciario.
- Permitir la obtención de un acuerdo que ponga fin a la desavenencia o, al menos, asegurar las bases para que ese acuerdo se pueda alcanzar en un espacio más íntimo.
- Disminuir la ansiedad propia del conflicto, al permitir que las partes se encuentren y puedan hablar cara a cara, sin intermediarios ni malentendidos, haciéndose plenamente responsables de lo que ocurre entre ellos.
- La firma del acuerdo que recoja la voluntad de los implicados. A pesar de no ser el fin último de la mediación penitenciaria, es importante como recurso para atestiguar el encuentro entre personas y que éstas se puedan beneficiar regimentalmente si procede.

IV.5. Fase de seguimiento

Éste es el momento en que los mediadores retoman el contacto con las personas que han participado en la mediación tras la finalización de la misma. Objetivos de la fase de seguimiento:

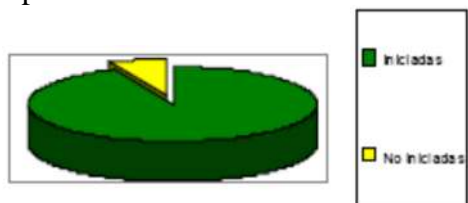
- Entrega del Certificado de Participación en la Mediación a los internos implicados.
- Seguimiento de la efectividad de la convivencia pacífica tras haber llegado al acuerdo de mediación.

V. Resultados

V.1. Número de mediaciones propuestas por el Centro Penitenciario

A lo largo del presente curso de trabajo, comprendido entre los meses de septiembre de 2011 y julio de 2012, el equipo de mediación penitenciaria ha recibido por parte del Centro Penitenciario de Valdemoro un total de *30 propuestas de mediación*, formadas por conflictos ocurridos dentro del centro, más incompatibilidades de internos destinados en Valdemoro, junto con peticiones de mediación por parte de los equipos técnicos e instancias que han sido derivadas al equipo de mediación tras ser presentadas al director del Centro. De estos 30 expedientes, 28 (93%) *han llegado a acceder a la medición*, mientras que en los 2 restantes (7%) *no ha sido posible la mediación* debido al traslado de alguno de los participantes.

MEDIACIONES PROPUESTAS POR EL C.P.	Total	%
MEDIACIONES INICIADAS	28	93%
MEDIACIONES NO INICIADAS	2	7%
Total	30	100%



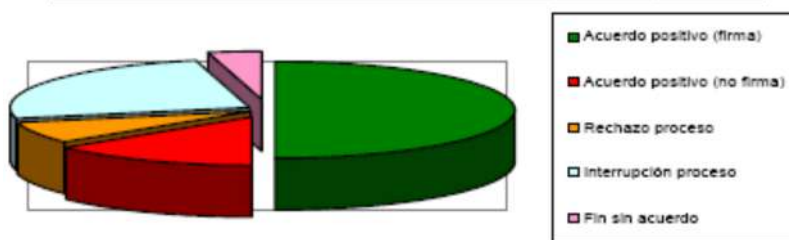
Al igual que en años anteriores, se mantiene la ostensible mejora en el sistema de filtrado del Centro, dado que se activa el protocolo de investigación de cada caso derivado, a fin de averiguar la situación de los internos en relación a su estancia permanente en Valdemoro o bien su próximo traslado. Ello ha contribuido a aumentar la eficacia del equipo de mediación al reducirse la probabilidad de iniciar mediaciones susceptibles de ser interrumpidas. No obstante, este año presenta un dato curioso en

relación a las interrupciones, relacionado con el aumento en el número de instancias que han formado parte del grueso de trabajo en mediación; dicho análisis será presentado más abajo.

V.2. Resultados de los procesos de mediación iniciados

Tal como se puede observar, del total de los 28 expedientes con los que ha sido posible iniciar el proceso de mediación, *18 de ellos (64%) han concluido el proceso con fin positivo*, tanto con firma de acuerdo como sin ella. Del 36% restante, es necesario destacar que no han ofrecido un acuerdo positivo debido a diferentes motivos que serán desarrollados más adelante. La distribución de los expedientes según su resultado se establece de la siguiente manera:

MEDIACIONES INICIADAS	Total	%
ACUERDO POSITIVO CON FIRMA	14	50%
ACUERDO POSITIVO SIN FIRMA	4	14%
RECHAZO DEL PROCESO POR UNA DE LAS PARTES	2	7%
INTERRUPCIÓN DEL PROCESO	7	25%
FIN SIN ACUERDO	1	4%
Total	28	100%



V.3. Casos con resultado positivo

De las 28 mediaciones en las que se ha trabajado, *18 (64%) han concluido con fin positivo*; para 14 de ellas (50%) este fin positivo se ha traducido en la firma de un acta de acuerdo por parte de los implicados, suponiendo un 14% los 4 casos en que el resultado ha sido igualmente positivo a pesar de que no haberse formalizado a través de la firma de un documento, sino únicamente mediante la expresión verbal de las personas participantes.

MEDIACIONES CON RESULTADO POSITIVO	Total	%
CON FIRMA DE ACUERDO	14	78%
SIN FIRMA DE ACUERDO*	4	22%
Total	18	100%



* La categoría *fin positivo sin acuerdo*, habla de un tipo de mediación que, a pesar de no cumplir de forma ortodoxa con los principios de la mediación, al no culminar con un documento firmado por las partes, representa el objetivo último de la mediación penitenciaria, esto es, la pacificación de las relaciones y la reducción de los niveles de ansiedad de los internos; el hecho de eliminar tensiones entre ellos, aunque sea de manera informal, permite un nuevo acercamiento entre los implicados sin la expectativa de la concatenación de conflictos esperable. La simple elaboración cognitiva del conflicto, tanto del papel propio en el mismo, como de la atribución causal, y del esfuerzo por entender la posición del otro, permite la ventilación emocional necesaria y difícil en este contexto, junto con la comprensión del

Tal y como se ha indicado previamente, de las 28 mediaciones realizadas, 18 han concluido con fin positivo. De ellas, suponiéndolas en un 100%, es posible afirmar que en el 78% se ha logrado la firma que verifica los procesos de pacificación obtenidos mediante la mediación (reconciliación, resolución, incluso reparación en algunos de los casos), y en 4 casos (22%) no se culminó el proceso con un acuerdo expreso, sino que el fin positivo se manifestó a través de un acuerdo tácito por el que los implicados daban el conflicto por finalizado, manifestando su intención de no buscar represalias y reavivar el mismo.

V.4. Casos sin acuerdo

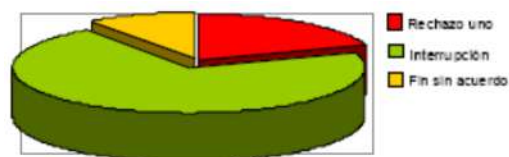
Del total de las 28 mediaciones existe un 36% (10 casos), en las que no se ha logrado un resultado positivo traducido en la firma de acuerdo. Para la comprensión de los diferentes motivos que así lo han propiciado es necesario realizar las siguientes aclaraciones:

En 2 de los 10 casos (20%) no se ha establecido siquiera contacto con todos los internos participantes en el conflicto, debido al *rechazo del proceso por uno de ellos*. Con el fin de prevenir nuevos enfrentamientos, se considera oportuna la paralización del proceso una vez obtenida la negativa a participar en el mismo por parte de cualquiera de los implicados; la/s otra/s parte/s implicada/s no tienen siquiera conocimiento del inicio del proceso.

En 1 caso (10%) no se llegó a la redacción de un Acta de Acuerdos entre los interesados ya que éstos no lograron llegar a un punto de común acuerdo; se trata no obstante, de un caso muy trabajado en el que ambos implicados muestran su escaso interés en ver reproducido el conflicto violento, a pesar de no haber encontrado un acuerdo con el que cerrar el mismo. Resulta habitual que todos los años exista algún caso que es cerrado de esta manera; dado lo delicado de un resultado así, se hace imprescindible trabajar a fondo a nivel preventivo la pacificación entre estas personas para reducir la probabilidad de nuevos enfrentamientos violentos.

Para 7 casos (70%) no se pudo mantener la continuidad del proceso por distintos motivos que serán expuestos más abajo.

CASOS SIN ACUERDO, Motivos:	Total	%
RECHAZO DEL PROCESO POR UNA DE LAS PARTES	2	20%
INTERRUPCIÓN DEL PROCESO	7	70%
FIN SIN ACUERDO	1	10%
Total	10	100%



A la vista de estos resultados hay que destacar el efecto preventivo que sobre el conflicto tiene la participación en el proceso de mediación, aunque sólo sea en alguna de sus fases sin llegar a la conclusión del mismo. En numerosas ocasiones el *feedback* que los mediadores han recibido, incluso de internos que no han deseado continuar con la mediación, ha sido de liberación de parte de la carga que para cualquiera supone tener un conflicto “vivo” y pendiente de conclusión según los conflictos se concluyen en prisión. Sin duda, estos resultados son el éxito en algunos de los objetivos arriba indicados dirigidos al beneficio de las personas privadas de libertad, como son *reducir la ansiedad como consecuencia de la disminución del conflicto interpersonal* y

episodio desde una perspectiva diferente. Es por ello que, a pesar de tratarse de un procedimiento poco habitual, en ocasiones resulta absolutamente válido de cara a lograr uno de los objetivos principales, esto es, la pacificación de las tensiones propias de la convivencia en prisión.

umentar la percepción de autocontrol con respecto al conflicto por parte de los internos dado el carácter de voluntariedad que rige el procedimiento de la mediación.

V.4.i. Mediaciones interrumpidas

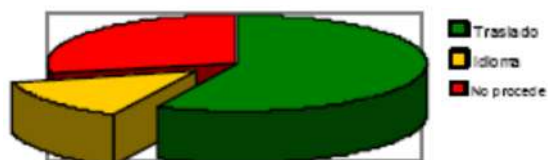
Como ya se ha adelantado más arriba, este año se ha obtenido un dato curioso en relación a las interrupciones, ya que éstas no han estado presentes en la estadística hasta el segundo trimestre de 2012, rompiendo la tendencia habitual a la homeostasis que suele caracterizar el trabajo de mediación en Madrid III.

Existe un motivo que puede explicar el cambio señalado, y es que se han llevado a cabo actuaciones de difusión con el propósito de dar a conocer la mediación entre los internos de los distintos módulos. El resultado de esta difusión ha sido un importante incremento en el número de solicitudes por parte de los mismos (instancias) para obtener la ayuda del equipo de mediación en la resolución de sus diferencias. Esto, que en principio no debería tener implicaciones más allá de desnivelar la estadística referente a las derivaciones, ha provocado también cambios en los resultados de los procesos iniciados, aumentando el número de interrupciones y por tanto de mediaciones que no han logrado llegar al fin positivo.

De las 7 mediaciones interrumpidas (todas ellas de marzo a julio de 2012), en 4 de ellas (57%) esta interrupción ha sido debida al traslado de alguno de los implicados, habitualmente diferente a aquél que presenta la instancia. En estos casos, el Centro no activa el sistema de filtrado de traslados, ya que los mediadores dan respuesta a todas las solicitudes y por tanto inician procesos con una probabilidad mayor de no ser terminados.

En 1 de ellas (14%) el motivo de la interrupción se ha encontrado en la imposibilidad de mantener el proceso debido a dificultades idiomáticas y en el 29% restante, correspondiente a 2 casos, el motivo de la interrupción ha sido la demanda desajustada por parte de las personas que han presentado la instancia, es decir, la inadecuación de la mediación para resolver la necesidad planteada.

MEDIACIONES INTERUMPIDAS. Motivos	Total	%
TRASLADO	4	57%
DIFICULTADES IDIOMÁTICAS	1	14%
NO PROCEDE LA MEDACIÓN	2	29%
Total	7	100%



V.5. Total de internos contactados: nacionalidad

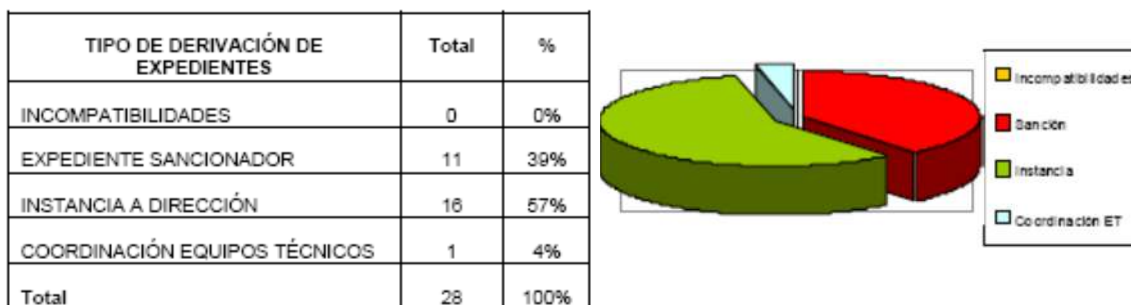
En cuanto a la población penitenciaria atendida, el número total de internos que han participado en la mediación asciende a 53 internos, de los que el 53% (28 personas) pertenecen a la nacionalidad española, mientras que el 47% restante corresponde a personas extranjeras (25). Como en años anteriores, la distribución por nacionalidades resulta relativamente equitativa, de forma que no parece tratarse de un factor determinante en cuanto a la conflictividad dentro del centro.

NACIONALIDAD DE LOS PARTICIPANTES	Total	%
ESPAÑOLES	28	53%
EXTRANJEROS	25	47%
Total	53	100



V.6. Procedencia de la demanda: derivación

De los 28 expedientes con los que se ha iniciado la mediación, los datos correspondientes al tipo de derivación por el que han accedido al servicio es el siguiente:



Tal como se puede observar, en esta ocasión se han invertido los valores en relación a la vía de acceso de los casos a mediación: este año es la *instancia* (57%) la que supone el grueso del trabajo del equipo, debido principalmente a las labores de difusión realizadas en los distintos módulos del Centro Penitenciario. No obstante, esta tendencia no se ha observado hasta el segundo trimestre del presente año, por lo que es fácil deducir que se habría mantenido la tendencia habitual de no producirse las actuaciones mencionadas (un mayor porcentaje de *casos que acceden como sanciones, derivados directamente por la Dirección del Centro, un 39% en este caso*). Esto habla del mantenimiento de la confianza por parte del Centro en el equipo de mediación, tanto a la hora de acompañar a los internos en la gestión de sus diferencias, como para dar respuesta a las necesidades que ellos mismos detectan en aras de una convivencia más pacífica.

Esta confianza la hemos observado igualmente en la nueva *tendencia por parte de los equipos técnicos en derivar casos a mediación* dedicando un extra de tiempo a la coordinación previa y posterior al desarrollo del trabajo. A pesar de que esta tendencia ha sido más frecuente que lo que representa el 4% del total de las derivaciones que se desglosan en la encuesta, no ha sido posible atender a todas las demandas planteadas debido a motivos ajenos al equipo de mediación y al funcionamiento del propio Centro, si bien, como ya se ha apuntado, se abre una nueva forma de trabajo, aún incierta pero digna de ser investigada.

A diferencia de años anteriores, las incompatibilidades no han formado parte del trabajo a lo largo de este curso laboral. Este hecho se explica debido al amplio volumen de instancias recibido y a la constante afluencia de casos con expediente sancionador. El equipo de mediación ha mantenido un ritmo continuado y efectivo que ha ido dando cobertura a los casos que han ido llegando, presentando necesidades más perentorias; el trabajo en incompatibilidades, aunque resulta interesante y beneficioso para el Centro y las personas afectadas, no revierte de una forma tan directa en ventajas para aquellos que participan, y no hablamos únicamente de la posibilidad (la mayoría de las veces remota) de obtener algún beneficio regimental, sino de la experiencia misma de la mediación y de lo que supone para alguien con un conflicto abierto y por tanto una preocupación y una dificultad más en su compleja vida penitenciaria.

VI. Otras actuaciones

VI.1. Actividades de difusión

La realización de los talleres de difusión parte de las necesidades detectadas tanto por los profesionales del Centro Penitenciario, como por parte de los integrantes del equipo de mediación. Esta actividad fue difundida y organizada en coordinación con personal del equipo técnico, elaborando un cartel informativo expuesto en cada módulo con los conceptos básicos a tratar en la sesión, así como su fecha y hora.

Desde el primer momento, se contó con el apoyo del Centro Penitenciario, facilitando en la medida que la propia dinámica lo permite, su realización en todos los módulos. Gracias a estas gestiones, más de 200 internos formaron parte de la difusión. Dichas sesiones se desarrollaron en tres días, en un total de 9 módulos. Los contenidos se centraban en abordar los siguientes puntos:

- Presentación de la Asociación y trayectoria en el Centro Penitenciario.
- Introducción al concepto de mediación.
- Explicación del proceso de mediación.
- Beneficios de la resolución pacífica y dialogada de los conflictos.
- Formas de acceso al servicio de mediación.
- Características de los conflictos que son mediables y de los que no.
- Consecuencias en el tratamiento y régimen penitenciario.
- Ruegos y preguntas.

Además se repartieron entre los participantes copias de los comics que habitualmente utiliza el equipo en la sesiones de mediación, en los cuales se explican algunas situaciones conflictivas dentro de prisión, aportando una visión distinta, favoreciendo oportunidades de análisis y cambio de las propias conductas.

La acogida por parte de los asistentes fue muy positiva, ya que a pesar de llevar dicho proyecto siete años en funcionamiento, son muchos los internos que desconocen el servicio. Sin duda lo más enriquecedor fueron los testimonios de aquellos que ya habían participado en algún proceso de mediación con anterioridad, expresando al grupo su propia experiencia y vivencias. Por otro lado, fue necesario aclarar las demandas de algunos internos, al plantear conflictos no sólo entre compañeros, sino en otros ámbitos vitales, como puede ser las relaciones familiares, laborales, con el grupo de iguales, funcionarios, etc.

Esta iniciativa también nos permitió dar a conocer el recurso entre el propio personal del Centro Penitenciario, explicando las condiciones y fases del proceso, así como los mecanismos de acceso. En ocasiones son los propios funcionarios los que detectan y pacifican algunos de los problemas, que no siempre conllevan sanción. Por todo ello consideramos que pueden realizar una labor preventiva fundamental, dando a conocer el servicio a los internos, así como colaborando en la derivación de casos a nuestro programa. No obstante, consideramos que alguna actuación en esta línea dirigida a ellos de forma expresa pudiera resultar muy efectiva, ya que el desconocimiento de las técnicas y beneficios que la mediación puede ofrecer para mejorar la convivencia y el trabajo de todos, puede generar en ocasiones ciertas resistencias por parte del personal de la institución, por lo que valoramos muy positivo

realizar sesiones conjuntas de análisis y formación con los distintos agentes implicados en el ámbito penitenciario.

VI.2. Seguimiento grupal: Mediación y Convivencia en los Centros Penitenciarios del siglo XXI

Tras la experiencia del año anterior, realizada con el propósito de dar voz a todas aquellas personas que habían aceptado la mediación a lo largo de nuestro recorrido como ONG integrante de la red de entidades sin ánimo de lucro de Valdemoro, nuestra intención volvía a ser conocer su vivencia de la misma, la forma en que su encuentro pacífico con el compañero pudo impactar en la gestión del conflicto en sucesivas ocasiones, y dar espacio para la reflexión desde la escucha y la propia participación en un contexto de pensamiento colectivo, en torno a cuestiones de vital importancia para nuestra labor, para mejorarla y adaptarla a las necesidades de las personas a las que va dirigida, la población penitenciaria. Es por ello que el planteamiento de trabajo se centra en el impacto del proceso de mediación en sus vidas, a pequeña o gran escala, cada uno en la medida en que se haya podido ver afectado: su sentido, su finalidad, cómo mejorarlo, qué les ha supuesto de esfuerzo personal la participación en el mismo o el reconocimiento del grado de responsabilidad en el conflicto concreto que han vivido y han gestionado a través de la mediación, sus dificultades y logros, aprendizajes, consecuencias regimentales y, lo que consideramos también muy importante, su reflexión acerca de las nuevas posibilidades que podrían plantear ellos mismos para interiorizar y extender nuevos modelos de resolución y gestión de los conflictos en prisión de manera pacífica y dialogada, de cara también a la prevención de los mismos.

Como siempre, nos sentimos privilegiados al constatar que muchos internos con los que nos hemos cruzado en algún momento de nuestra labor en prisión a lo largo de todos estos años, nos regalan sus reflexiones al respecto, reflexiones muy maduras y definidas algunas, otras tan sólo apuntes de ideas, llenas de sensatez y sinceridad y siempre desde la actitud más constructiva, no sólo acerca de cómo viven el proceso de mediación penitenciaria, sino también de cómo entienden que podrían establecerse mecanismos nuevos y frescos para una mejor convivencia en prisión.

Así pues, repetimos la experiencia, esta vez con las personas protagonistas de nuestro trabajo a lo largo del curso laboral 2011-2012, conservando los principios que rigen la mediación; en este caso, la voluntariedad en la participación del encuentro por parte de los internos y la confidencialidad y neutralidad por parte del equipo de mediación. Todos ellos son convocados a partir de una invitación trasladada a través del personal técnico del propio Centro, con el conocimiento de la posibilidad de un posible reencuentro con la otra parte implicada en el conflicto que alguna vez trabajaron junto con los mediadores. A pesar de que el nivel de asistencia no fue especialmente numeroso (pensamos que una difusión más amplia en tiempo e información puede resultar positivo para futuras ediciones), sí fue un auténtico éxito el resultado de la misma, dado el nivel de implicación de las personas participantes.

La jornada fue dividida en dos partes bien distintas:

La primera se centró en la presentación de la dinámica, del equipo de mediadores (puesto que no todos los internos deben conocer a todos los mediadores) y el trabajo individual sobre un cuestionario acerca de su experiencia concreta en el proceso de mediación: tipo de conflicto abordado, consecuencias del conflicto, consecuencias de la mediación, aspectos a destacar de la mediación, nuevos conflictos posteriores y la convivencia en prisión.

La segunda parte se definió como un trabajo de pensamiento colectivo, dando respuesta a aspectos claves del proceso de mediación, positivos y negativos, esfuerzos y dificultades, aprendizajes, aspectos a mejorar, así como preguntas abiertas sobre tres puntos diferenciados: la mediación penitenciaria, la convivencia en el módulo y la convivencia en las cárceles del siglo XXI en España.

De entre todos los cuestionarios¹ y reflexiones grupales recogidas, destacamos algunas respuestas:

¿Qué consideras más positivo de la mediación?

- En mi caso la actuación tan positiva y a la vez en un tiempo muy reducido, y por supuesto, la participación de las voluntarias, que me ayudaron a solucionar todo el problema.

- La participación de las mediadoras, que trabajaron mucho con la parte contraria, y el gran esfuerzo, atención y el gran afán en que se solucionaran las malas consecuencias. Desde aquí quiero darles las gracias y agradecimientos a las voluntarias, porque de no ser por ellas, tendría un problema más. Atentamente.

- Su rapidez.

- Su implicación.

- La mediación transmitida nos transmite lo que no podemos decir tanto de deudas, pastillas y otros conflictos que nosotros los presos no podemos *hazer*.

- Que la solución no está en la *hagresion* ni la violencia que puede haber otras maneras.

- Las personas *mui* agradable y me ayudaron mucho.

- El *desaogo*, *combersación* y posible entendimiento con todas las partes.

¿Qué hace falta para mejorar el proceso?

- Actuar con prontitud.

- Yo creo que todo están *vien* aquí *combibimos* pero todos somos distintos.

- Yo según me ayudaron, todo fue positivo.

¿Cómo te encuentras en tu módulo?

- Bien vivo solo en mi celda por fin tengo un sitio donde puedo llorar, *reir*, pensar en definitiva intimidad y sosiego.

- Al principio muy mal emocionalmente con ansias y sin nada de provecho, pero uno se acostumbra y tiene que salir adelante.

- *Estoi vien* ya sabemos que no es un *otel*.

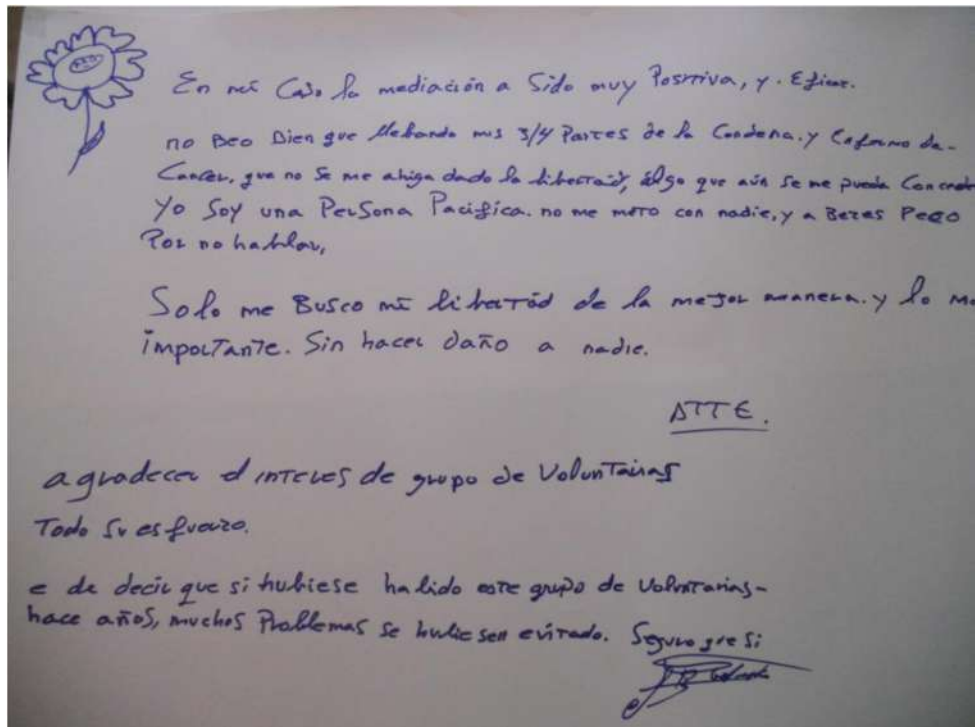
- Pues me encuentro en una situación que tengo las $\frac{3}{4}$ partes cumplidas.

Dado el espacio compartido y el clima de reflexión y escucha logrado, algunos internos decidieron, de manera voluntaria, exponer sus experiencias más íntimas en algún conflicto vivido en el Centro. De hecho, el espacio abierto y seguro para el análisis de los conflictos en prisión dio pie a un trabajo preventivo que, de otra manera podría haber desembocado en un nuevo conflicto violento. El análisis desde la

¹ El cuestionario empleado se adjunta como anexo.

influencia de otros compañeros, los malentendidos y la necesidad de defender el propio espacio y hacerse respetar, provocan en numerosas ocasiones actitudes defensivas que no permiten espacio al diálogo y al acercamiento. Es por ello que consideramos que actuaciones como ésta permiten “desenredar la madeja” y enfocar todos estos aspectos relativos al código carcelario y a la convivencia en privación de libertad rompiendo inercias y encauzando vías de pacificación en prisión.

Los internos se animaron a escribir en cartulinas parte de sus preocupaciones y de las reflexiones vertidas en la sesión:

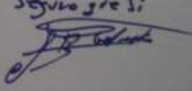


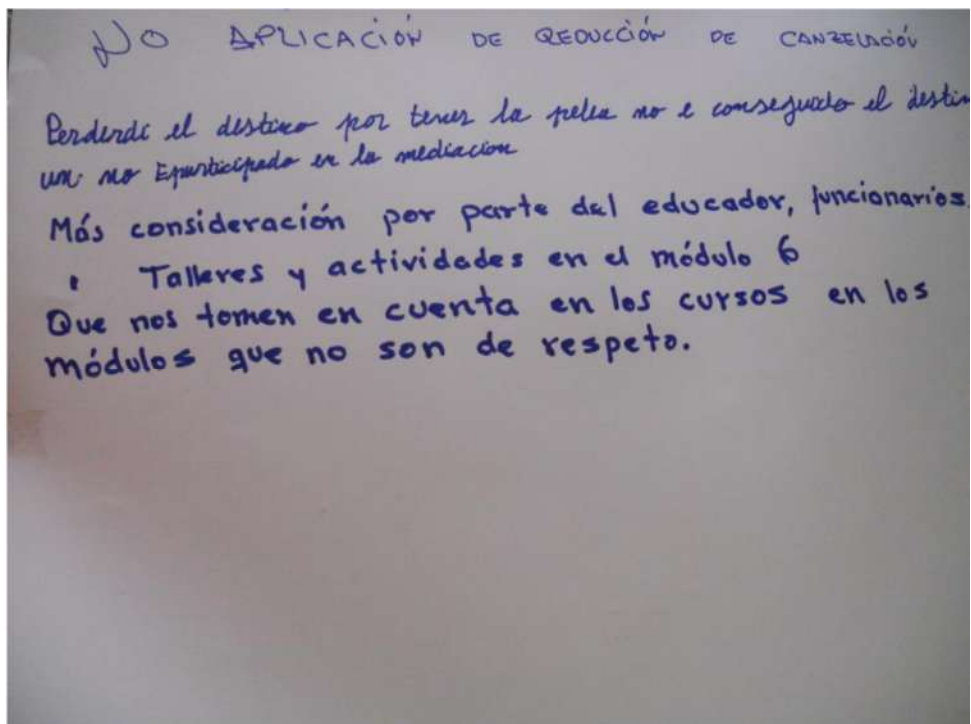
En mi caso la mediación a sido muy Positiva, y. Eficaz.
no Deo Dico que Mebanda mis 3/4 Partes de la Condona. y Capano da-
Carcel, que no Se me atiga dado la libertad, algo que aún Se me pueda Conceder
Yo Soy una PerSona Pacífica. no me meto con nadie, y a Bezas Pego
Por no hablar,

Solo me Busco mi libertad de la mejor manera. y lo mo
importante. Sin hacer daño a nadie.

ATTE.

agradece d intentos de grupo de Voluntarios
Todo su esfuerzo.

e de decir que si hubiese habido este grupo de Voluntarios-
hace años, muchos Problemas se hubiesen evitado. Seguro que si




NO APLICACIÓN DE REDUCCIÓN DE CARCELACIÓN

Perderse el destino por tener la culpa no e conseguido el destino
un. no Participada en la mediación

Más consideración por parte del educador, funcionarios
• Talleres y actividades en el módulo 6
Que nos tomen en cuenta en los cursos en los
módulos que no son de respeto.

VII. Dificultades y logros

A pesar de que cada año se da respuesta a problemas de diversa índole, surgen incidencias en el trabajo del día a día que deben ser atendidas y resueltas desde la colaboración entre el equipo de mediación y el personal del centro penitenciario. Una vez más, es necesario hacer mención a la Oficina de Instrucción, cuyos profesionales se muestran siempre prestos a la colaboración y a la más gentil de las ayudas a cuantas peticiones el equipo de mediación les presenta, al igual que la Dirección y las distintas subdirecciones (Régimen, Tratamiento y Seguridad) cuyo propósito es la facilitación de nuestro trabajo en pro de un funcionamiento y unos resultados satisfactorios para todos.

Debido a esta estrecha colaboración, se ha presentado el curso 2011-2012 como un año de mejora en varios de los aspectos problemáticos de años anteriores, ya que se han reducido muchas de las incidencias que entorpecían el funcionamiento del equipo, pudiéndose solucionar rápidamente cuando han surgido. No obstante, continúan apareciendo, como es lógico, retos que ponen a prueba a los profesionales y que exigen de soluciones creativas a nuevos problemas:

1. Debido al alto grado de afluencia de instancias, fruto de la difusión realizada, se ha iniciado un porcentaje estimable de casos que han debido ser interrumpidos por traslado de alguno de los implicados. Si bien esto no es responsabilidad directa del funcionamiento del Centro, ya que no es posible activar el filtro que tan eficaz ha resultado en años anteriores para detectar posibles traslados y así evitar esta incidencia, se trata de un menoscabo en la eficacia del trabajo que difícilmente puede ser solventada antes del establecimiento del primer contacto con la persona que solicita la ayuda. Se trata por tanto, de un problema que exige de la creatividad de todos los afectados para encontrar una solución.
2. Según la información obtenida a través del seguimiento individual y grupal con varios internos, parece que no siempre se está aplicando la reducción de los plazos de cancelación para aquellos casos de fin positivo con firma, acordada con la Dirección del Centro. Sería positiva su aplicación en el total de estos casos como refuerzo para el aprendizaje de conductas positivas, e igualmente como una forma de legitimar oficialmente un procedimiento ya legitimado de forma efectiva por la práctica del día a día. Pensamos que no es suficiente, en especial cuando las personas hacen un importante esfuerzo por afrontar valiente y honestamente el conflicto, rompiendo la dinámica del código carcelario, y son capaces de sentarse cara a cara con aquel que de alguna manera les ha agraviado. Sin embargo, sí es un punto de partida, algo que contábamos como logro tras años de trabajo y que pensamos debería ser mantenido.
3. Dado que existe aún un importante sector dentro de los funcionarios de vigilancia que desconocen y/o desconfían del funcionamiento de la mediación, resultaría conveniente la realización de algún tipo de actividad informativa a través de la que pudiesen obtener una información veraz y adaptada y aclarar posibles dudas, actuación que sin duda facilitaría la colaboración imprescindible para el equipo de mediación.
4. Del mismo modo, los equipos técnicos, cada vez más interesados en incluir la mediación como parte de los recursos de trabajo con los internos, serían también susceptibles de algún tipo de actuación (in)formativa para afianzar

la nueva vía de derivación, aún por legitimar. Sin duda sería un importante empujón para la misma.

Los aspectos positivos de mejora anual:

- A. En los últimos tiempos ha sido posible constatar una mejora en el nivel de convivencia en el Centro, debido principalmente a la ampliación de los módulos de respeto y el traslado de los internos de primer grado, que suelen protagonizar un destacado porcentaje de conflictiva violenta. Consideramos que la mediación, como herramienta de pacificación, ha podido contribuir en parte a ello.
- B. Tras los cambios del protocolo de acceso para ONGs y demás colaboradores acaecidos a lo largo del año anterior, éste se ha caracterizado en ese sentido por la fluidez en los accesos en la mayoría de los casos y la interiorización de la nueva normativa que en ocasiones anteriores pudo dar pie a algún tipo de tensión, por lo que puede considerarse una dificultad resuelta en la actualidad.
- C. Igualmente se han visto este año reducidas las incidencias en relación al acceso a los internos, provocadas por el celo profesional de algunos funcionarios que, cumpliendo con su obligación, consideran desacertado permitir el encuentro de personas incompatibles. La solución ha venido dada gracias a la autorización para ese encuentro facilitada por la Oficina de Instrucción, pues nos permite realizar nuestro cometido reduciendo los recelos de los trabajadores y permitiendo el adecuado fluir de la mediación.
- D. La favorable acogida por parte de los responsables de la Administración del Centro a las propuestas realizadas por el equipo de mediación. Todas las propuestas han sido recogidas y estudiadas para conocer y analizar su viabilidad y, gracias a la implicación de las personas responsables en estas cuestiones, ha sido posible desarrollar algunas de las actividades que se han realizado en el centro, como la sesión de seguimiento grupal y las actividades de difusión entre internos, que han supuesto un importante esfuerzo organizativo que agradecemos enormemente.
- E. Se constata la asimilación de la mediación como herramienta positiva en la gestión del conflicto por parte del personal técnico del Centro, traducido en peticiones expresas de talleres de mediación, así como trabajo en enfrentamientos de internos; algunos de ellos han sido atendidos y otros, por circunstancias diversas, no han podido ser trabajados. No obstante, este cambio, como ya se ha señalado, abre una nueva vía de trabajo, desconocida aún, pero probablemente enriquecedora y fructífera para todos los implicados, que representa la confianza en un trabajo serio, responsable y efectivo.
- F. Siguiendo la línea del punto anterior, otro de los aspectos que nos gustaría resaltar es que a lo largo de este ejercicio se han derivado casos de internos con alteraciones mentales en algunos casos de carácter grave, lo cual es nuevamente prueba de la confianza de la que el equipo de mediación es depositario. En todos estos casos se ha valorado de forma especial, atendiendo a las condiciones y características de estos internos, la pertinencia y utilidad del proceso de mediación y la implicación libre, voluntaria y aceptada de dichos internos. Constatando que el proceso de mediación se ha llevado a cabo de forma satisfactoria, a excepción de uno de los casos, en que las condiciones de equilibrio psicológico del interno no lo permitían.

Este hecho fue confirmado en la jornada de seguimiento realizada a finales del mes de junio, en la que participaron alguno de estos internos. No obstante, somos prudentes al considerar que los resultados obtenidos en estos casos puedan permanecer a lo largo del tiempo, dado que la inestabilidad y fragilidad de estas personas es a veces determinante en su funcionamiento y en el mantenimiento de sus compromisos. Habitualmente, estas salvedades en el proceso se hacen explícitas en el certificado entregado al Centro, señalando la inadecuación del proceso de mediación dadas las condiciones actuales de dichos internos.

VIII. Conclusiones

El presente documento surge con el propósito, por séptimo año consecutivo, de servir de plataforma para acercar el fruto de nuestro trabajo anual, nuestras inquietudes y nuestra forma de entender el trabajo que realizamos a todas aquellas personas interesadas en nuestra realidad, cada vez más, personas que se forman y se informan acerca del funcionamiento de la mediación y sus ámbitos de aplicación, la cárcel como uno de ellos. Algunas de estas personas parten de la incredulidad: ¿cómo es posible que una herramienta basada en la buena voluntad, la honestidad, el respeto y la verdad triunfe en un contexto de violencias, engaños y castigos? Pues efectivamente así es. De hecho, este ha sido un año especialmente satisfactorio en cuanto a los resultados obtenidos, puesto que *un 64% de las mediaciones iniciadas han concluido con la pacificación del conflicto que ha suscitado la mediación*. Para nosotros la estadística no es importante, en absoluto guía nuestro trabajo ni las decisiones que debemos adoptar en el trabajo técnico; no obstante, es necesaria, ya que permite acercarse a la herramienta reduciendo incredulidades y legitimándola como parte de un funcionamiento estricto y absolutamente protocolizado como es el reglamento penitenciario.

Como parte de esta incredulidad, en ocasiones hemos creído percibir una imagen de la mediación penitenciaria y del propio equipo basado en el optimismo, la candidez y la ingenuidad. No negamos que pueda haber algo de ello, posiblemente esta forma de encarar la naturaleza humana ayuda al mantenimiento de nuestra actividad, y es que nuestra visión del ser humano tiene como pilar fundamental los principios de oportunidad y de perfectibilidad humana: toda persona tiene derecho a cambiar, a tener una segunda oportunidad para demostrar que es capaz de aprender, de ofrecer una versión mejorada de sí mismo y probarse en papeles distintos al habitual. En ocasiones, observadores ajenos perciben un choque importante entre el manejo del conflicto en prisión desde la mediación y desde el reglamento penitenciario; esto efectivamente es así, y es que la mediación trabaja potenciando lo mejor de la persona, frente al reglamento penitenciario, que pone en evidencia y funciona a partir de lo peor del ser humano; es decir, la violencia activada por el conflicto es posiblemente la peor cara que las personas pueden ofrecer, y por tanto obtiene como resultado una respuesta represiva y violenta, en forma de castigo, negativa en sí misma. Sin embargo, la mediación se acerca al conflicto desde la aceptación de sus errores con el propósito de dotar de un espacio para trabajar desde la parte más valorizadora de la persona, permitiendo que quien ha actuado quizá de forma ruin, cobarde quizá, pueda demostrarse a sí mismo y a los demás que es capaz de ser también alguien valiente y honesto. ¿Candidez? ¿Ingenuidad? Nuevamente quizá sí, pero funciona. Funciona como herramienta (64% de

resultados positivos) y funciona para las personas que participan, aportando paz y reduciendo tensión.

Una vez más, en el ejercicio de balance anual, se hace presente la incertidumbre respecto al futuro. Es en este momento cuando más evidentes se hacen las dudas sobre la continuidad de la mediación en el Centro Penitenciario de Valdemoro, al menos por nuestra parte, y es que es éste el momento en que el cansancio se hace más presente entre los miembros del equipo. Todos los años ha sido posible encontrar la manera de continuar, aunque sea bajo mínimos, incluso se ha despedido el año de trabajo con la expectativa de la continuidad. Este año la certeza es mínima, aun así la expectativa permanece. Apostamos por ello, como siempre, poniendo todo nuestro empeño en no dejar que caiga en saco roto el esfuerzo propio y ajeno de tantos años, y seguir luchando para que la mediación esté presente en un mayor número de centros penitenciarios en nuestro país, pero no necesariamente como actividad altruista. Somos conscientes de que la coyuntura social y económica no es la más propicia para ello, algún día lo será, no nos gustaría que la mediación penitenciaria fuese en ese momento un recuerdo del pasado. Éste es un motor más para continuar, pero no nos cansamos de apuntar que no el principal, mucho más potente es el valor intrínseco de la actividad en sí, el refuerzo que supone acompañar a personas con escasos aprendizajes más allá de la eficacia del uso de la violencia y/o con dificultades para controlar sus propios impulsos, a aliviar sus tensiones y cerrar heridas a través del poder de la palabra. Éste sigue siendo nuestro motor, también nuestro premio.

IX. Anexo

Bienvenido a este encuentro, nos alegramos de volver a verte; a continuación tienes una serie de preguntas sobre tu participación en la mediación, algunas es posible contestarlas con un *SÍ* o un *NO* y sólo tienes que rodear con un círculo la respuesta que quieras dar, en otras te pedimos una respuesta un poco más larga, en algunas preguntas incluso puedes marcar varias X.

Toda la información que nos des es para uso exclusivo de la *Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos*, el Centro Penitenciario no tendrá acceso a ella. Tu opinión es muy importante, muchas gracias por dejarnos conocerla.

Nombre (si quieres):

Fecha de tu participación en la mediación (aproximada):

¿Llegasteis a firmar el Acta de Acuerdos?.....SI NO

• Conflicto. Motivo/lugar (puedes marcar varias X):

☐ Deudas.....X

☐ Misma causa.....X

☐ Malentendido.....X

☐ Patio.....X

☐ Sala TV.....X

☐ Comedor.....X

☐ Cola economato.....X

- ☐ Celda.....X
 - ☐ Otros.....X
 - Consecuencias del conflicto
 - ☐ ¿Aislamiento inmediato?.....SI NO. ¿Cuántos días?
 - ☐ Otras consecuencias (cambio de módulo, pérdida de destino, etc.):
 - Consecuencias de la mediación:
 - ☐ ¿Suspensión/reducción resto de sanción pendiente?.....SI NO. ¿Cuántos días?
 - ☐ Regreso a módulo.....X
 - ☐ Recuperación de destino.....X
 - ☐ Recuperación de actividades.....X
 - ☐ Progresión de grado.....X
 - ☐ Permisos.....X
 - Nuevos conflictos posteriores:
 - ☐ ¿Has tenido otros conflictos tras la mediación?SI NO
 - ¿Con la/s misma/s persona/s?SI NO
 - ¿Tuviste sanción?SI NO
 - ¿Con otra/s persona/s?SI NO
 - ¿Tuviste sanción?SI NO
 - Aspectos a destacar de la mediación:
 - ☐ ¿Qué es lo que consideras más positivo de la mediación?
 - ☐ ¿Hubo algo que te molestó o no te gustó de la mediación?
 - ☐ ¿Qué es lo que te supuso mayor esfuerzo o dificultad? (la decisión de participar, el primer encuentro, la búsqueda de soluciones, el reconocimiento de la parte de responsabilidad)
 - ☐ ¿Qué es lo que hace falta para mejorar la mediación?
 - La convivencia en prisión:
 - ☐ ¿Cuál es tu módulo? (contesta si quieres):
 - ☐ ¿Cómo te encuentras en él?
 - ☐ ¿Qué hace falta para mejorar la convivencia en tu módulo?
- TE AGRADECEMOS TU PARTICIPACIÓN EN ESTE ENCUENTRO.

LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS COMO SUSTITUTIVA DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Vicente José Martínez Pardo

Secretario Judicial

Profesor Asociado de Derecho procesal – Universitat de València

extranjeros irregulares – expulsión de extranjeros –
sustitución de penas – medidas de seguridad
*foreigners in irregular situation – expulsion of foreigners –
substitution of sentences – security measures*

El Código Penal de 1995 establece como institución sustitutiva de la pena, para los ciudadanos extranjeros irregulares, la expulsión del territorio nacional. Esto se prevé no sólo para sustituir a la pena impuesta sino también a la medida de seguridad. La regulación de esta materia, fundamentalmente el artículo 89 CP, ha sido modificada en los últimos años, la última por LO 5/2010, adaptando nuestra legislación a la doctrina jurisprudencial ordinaria, constitucional y europea.

The Criminal Code of 1995 provides as alternative institution of punishment for irregular foreigners, expulsion from the country. This is expected not only to replace the sentence but also a security measure. The regulation of this matter, primarily CP article 89 has been amended in recent years, most recently by LO 5/2010, adapting our legislation to the ordinary, constitutional and European case law.

Recibido: 21/04/12

Publicado: 31/08/12

© 2012 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *en línea* en <http://www.uv.es/recrim>

I. Introducción - II. Sustitutivo del cumplimiento íntegro de la pena - II.A) Naturaleza jurídica
II.B) Presupuestos de aplicación de la expulsión sustitutiva - II.B.1. Ciudadanos no comunitarios
II.B.2. La prueba de la residencia legal - II.C) Aspectos procedimentales y procesales - II.D) Efectos de la expulsión - II.E) Ejecución de la medida de expulsión - III. Sustitutivo del último cuarto de la pena o del tercer grado - II.A) Procedimiento - IV. La expulsión como sustitutivo de la medida de seguridad

I. Introducción

La inmigración masiva irregular hacia España desde hace unas décadas ha supuesto una reacción legislativa y jurisprudencial que afecta al ámbito de la Jurisdicción Penal y a la potestad administrativa sancionadora. De manera concreta, en los supuestos en los que el extranjero en situación irregular que debe ser expulsado de España y que además está incurso en un proceso penal exige una legislación armónica en el ámbito penal y administrativo para evitar contradicciones.

Las dos instituciones que tratan de lograr esta síntesis armonizadora son la expulsión sustitutiva regulada en los artículos 89 y 108 CP y la autorización judicial de

expulsión prevista en el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En ambos supuestos se trata de dar preferencia a la expulsión sobre el enjuiciamiento, en un caso, y sobre la ejecución penal, en el otro. Las razones en que se fundamentan son básicamente utilitarias, porque se parte de que considerado globalmente el problema por estos extranjeros es preferible conseguir su expulsión del territorio nacional, ahorrando costes derivados de su enjuiciamiento penal o de la correspondiente ejecución, partiendo de que el destino final va a ser la expulsión¹.

El objeto de esta investigación se limita, por razones de espacio, al estudio de la respuesta que da el sistema penal a los supuestos de expulsiones de ciudadanos extranjeros *condenados en un proceso penal*. Tratamos solamente las relaciones entre el extranjero autor de delitos y condenado por ello y la potestad penal, teniendo en cuenta conforme a lo establecido por el Tribunal constitucional que “la expulsión de ciudadanos imputados y/o condenados no supone una alternativa al cumplimiento de la pena sino la suspensión de la potestad estatal de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado conforme a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional”².

En el Código Penal de 1995 se distinguen tres supuestos distintos de expulsión penal: a) Como medida sustitutiva de las penas de prisión inferiores a seis años (artículo 89.1 CP); b) Como cumplimiento de las penas de prisión de larga duración cuando el extranjero ya hubiese cumplido las tres cuartas partes de la condena o tercer grado penitenciario (artículo 89.5 CP); y c) Como medida de seguridad (artículo 108 CP). Vamos a examinar en primer lugar el supuesto de sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años³.

II. Sustitutivo del cumplimiento íntegro de la pena

Regulada en el artículo 89, 1, párrafo primero del Código Penal de 1995⁴, que fue modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre⁵, y por LO 5/2010, de 22 de junio.

¹ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Autorizaciones de expulsión y crisis del proceso penal*, Estudios del Ministerio Fiscal, CEJAJ, 2007, pág. 2.

² STC 203/1997, de 25 de noviembre; STC 24/2000, de 31 de enero y ATC 106/1997, de 17 de abril.

³ Resultan interesantes los estudios realizados por ARIAS SENSO, M., “Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio 2004”, *Diario La Ley* núm. 6160, 3 de enero de 2005; y DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados por delito: Aspectos sustantivos y procesales*, Estudios del Ministerio Fiscal, CEJAJ, año 2004. ARIAS SENSO, M., *La respuesta penal: Expulsión de extranjeros imputados y condenados: Aproximación crítica a una legislación de emergencia*, Estudios del Ministerio Fiscal, CEJAJ, 2007.

⁴ El antecedente de esta medida se encuentra en el artículo 212.2ª de la LO 7/1985, de extranjería, que establecía: “cuando un extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta”.

⁵ La LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que modificó los números 1, 2 y 3 de este precepto, introdujo como novedades más relevantes: 1. Se configura la expulsión como preceptiva con

Esta última reforma, entre otros aspectos relevantes, ha eliminado su naturaleza automática, ha flexibilizado los momentos en que puede decidirse, ha ampliado considerablemente las posibilidades de aplicación parcial a cualquier clase de pena privativa de libertad y ha establecido un sistema más riguroso para el caso del quebrantamiento de esta medida de seguridad.

La LO 5/2010 ha dado la siguiente redacción al artículo 89 CP:

“1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código.

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código”.

carácter general para las penas privativas de libertad inferiores a seis años, siempre que aquélla pueda llevarse a cabo; 2. Para las penas superiores a seis años, se equipara el cumplimiento de las tres cuartas partes al acceso al tercer grado penitenciario; 3. Se priva a los extranjeros no residentes legalmente en España de la posibilidad de acogerse a los beneficios de la suspensión de la ejecución y de la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas; 4. Se aumenta notablemente el plazo de prohibición de regresar a España que se fija con carácter unívoco de 10 años y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena; 5. La expulsión acarrea el archivo de cualquier procedimiento administrativo tendente a obtener la autorización para trabajar o residir en España; 6. El mero intento de quebrantamiento de la expulsión o prohibición de regresar se sanciona, además de con la devolución por la autoridad gubernativa, con el inicio de nuevo del cómputo en su integridad del plazo de prohibición de entrada.

II.A) Naturaleza jurídica

En principio debemos considerar que la naturaleza de la medida es la de una modalidad de sustitución de las penas cortas de prisión por otras formas de cumplimiento de la pena, considerándola el Código Penal de 1995 como una medida alternativa a la sanción penal de privación de libertad. En la doctrina se ha criticado esta medida por entender que disminuye el efecto de prevención general o que responde exclusivamente a meras razones político-criminales utilitaristas, o bien que sólo pretende reducir la población penitenciaria extranjera⁶.

Más que un supuesto de sustitución de la pena, la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en España supone una dejación de la potestad de ejecutar determinadas penas de prisión impuestas por delito por razones de oportunidad política, ya que tal medida no puede justificarse desde objetivos de prevención general ni especial⁷.

La expulsión sustitutiva no es una pena porque no viene expresamente mencionada en el catálogo que de las mismas establece el artículo 33 CP. La expulsión se considera por el Código Penal como una medida de seguridad no privativa de libertad, sólo aplicable a los extranjeros no residentes legalmente en España (artículo 96.3.2º CP). Algún autor la ha definido como medida de seguridad con efectos penológicos⁸. Otros autores han destacado que el artículo 89 CP supone introducir en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad⁹. La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001 mantuvo el criterio favorable a la expulsión para los delitos de naturaleza menos grave, si no concurren en el caso particular circunstancias especiales que lo desaconsejen¹⁰. Actualmente la Circular 5/2011, de 2 de noviembre, para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e

⁶ PAZ RUBIO, J.M., “Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional”, *La Ley Penal*, núm. 10, noviembre 2004, pág. 1.

⁷ En ese sentido opina LÓPEZ LORENZO, V., “La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal”, en *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, La Ley, número 9, octubre, 2004, pág. 11.

⁸ CALVO-RUBIO BURGOS, J.B., *Tratamiento del extranjero ante la jurisdicción penal: autorización judicial para la expulsión administrativa. La expulsión como sustitutivo penal y como medida de seguridad. Su quebrantamiento*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, CEJAJ, Madrid, 1999-II, pág. 262.

⁹ PALOMO DEL ARCO, A., (*Criminalidad organizada e inmigración ilegal*, en Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2001, 2) opina que la expulsión supone una forma atípica de truncamiento del proceso, la introducción de un cierto criterio de oportunidad que no se corresponde ni se integra con la sistemática de nuestro proceso penal. Implica además la renuncia del *ius puniendi* ante la exigencia de ejecuciones de índole administrativa, que tampoco resulta coherente con la preeminencia de la actividad jurisdiccional frente a la administrativa sancionadora. La justificación que pudiera tener deriva de evitar el fraude que implica la comisión de pequeños delitos para demorar la expulsión del país; su regulación genérica la configura como una medida de política criminal meramente utilitarista, de difícil justificación preventiva.

¹⁰ La Circular 3/2001, de la Fiscalía General del Estado, considera que la medida de expulsión se configura en estos casos “como una suspensión de la potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado en aras a preservar otros fines igualmente valiosos para el estado relacionados con su política de extranjería, fines respetables, que podrán adquirir preponderancia siempre y cuando no impidan la realización elemental de los fines de prevención general y afirmación del ordenamiento jurídico que justifican la existencia de la pena y que se verían resueltamente lesionados si la praxis derivase a una aplicación indiscriminada de la medida de expulsión”.

inmigración, establece los criterios a seguir en interpretación del art. 89 CP, sustituyendo las anteriores Circulares, Consultas e Instrucciones dictados sobre la sustitución judicial de las condenas¹¹.

La doctrina constitucional ha señalado que lo característico de tal sustitución es la suspensión de la potestad penal en la medida que la expulsión de ciudadanos extranjeros imputados o condenados no supone una alternativa al cumplimiento de la pena sino la suspensión de la potestad estatal de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado¹².

El legislador tras la regulación en el artículo 89 CP, dada por LO 11/2003, quiso la expulsión de las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España, intentando evitar que los extranjeros que se encuentran ilegalmente puedan ser “invitados” a la delincuencia como medio para conseguir eludir la expulsión, se pretende poner fin a la práctica de cometer delitos como forma de permanecer en España¹³. Con ello la expulsión se convierte en la regla general frente a la excepción que será el cumplimiento de las penas de prisión en un centro penitenciario, por ello, se establece la sustitución de la pena como regla imperativa, frente a la anterior redacción facultativa. El legislador quiso quitar el arbitrio judicial, ya que antes de la reforma de 2003 se decía “*podrá expulsar*”, no “*expulsará*”, obligando en caso contrario al Juez a motivar por qué no expulsa. Esto ocurrirá cuando la situación personal del inculcado le permita hacer frente a las consecuencias del delito y existan en el proceso penal perjudicados que puedan obtener la satisfacción dentro del mismo. El cambio es claro, y así se reconoce en STS, Sala 2ª, de 8 de julio de 2004¹⁴, cuando señala:

“[...] con el propósito confesado en la Exposición de Motivos de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto [...] justificándose tal decisión porque

¹¹ Son textos de la Fiscalía General del Estado referentes a esta normativa: Consulta 5/1987, Consulta 2/1990, Circular 1/1994, Circular 3/2001, Circular 1/2002 y Circular 2/2006.

¹² Conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional se pueden señalar dos situaciones distintas: a) Si se trata de expulsión no voluntaria, estamos en presencia no de una pena sino de una medida restrictiva de los derechos del extranjero que el Estado puede imponerle legalmente, entendiéndose que no existe un derecho constitucional a la reinserción y debiendo entenderse el artículo 25.2 CE como una simple orientación (STC 242/1994, de 20 de julio (RTC 1994, 242) y STC 203/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 203); b) Si consiente el afectado, estamos en presencia de un beneficio en la medida que se le permite evitar el cumplimiento penitenciario, sin que ostente derecho subjetivo ninguno a ello (ATC 106/1997, de 17 de abril (RTC 1997, 106, Auto), y STC 24/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 24). En definitiva, cuando se ejecuta una expulsión sustitutiva, la política criminal se ve desbordada por la política de extranjería, y lo que son, como dice el TC “dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes”. Esta esquizofrenia o desdoblamiento de naturaleza se refleja en que puede considerarse como una medida restrictiva de derechos o como un beneficio, según se imponga contra la voluntad del reo o a petición del mismo.

¹³ PALOMAR OLMEDA, A., “Los derechos de los extranjeros: un filón para la jurisprudencia” (*Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 367, 2004), pág. 3. También interesa ver: DE LA ROSA CORTINA, J.M., “La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años, tras la LO 11/2003”, *Diario La Ley*, 17 de junio de 2004, que opina las razones de utilitarismo y de control de migraciones desbordan y desplazan a cualquier otra consideración. El legislador quiere ante todo que los inmigrantes ilegales que cometan delitos sean expulsados, este deseo se plasma inequívocamente en la nueva redacción que la LO 11/2003 da a la institución de la expulsión sustitutiva.

¹⁴ STS, Sala Segunda, de 8 de julio 2004 (La Ley Juris 1682/2004).

la expulsión se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y han delinquido”.

En definitiva, la redacción dada el art. 89 por la LO 11/2003, establecía como norma sin excepciones que el extranjero que cometa un delito castigado con pena inferior a seis años o es expulsado o cumple en un Centro Penitenciario español, sin posibilidad de ninguna otra opción, ni siquiera las de sentido humanitario. Además, con ese afán el legislador solamente contempla como razón excepcional que justifique el cumplimiento de la pena en España la “*naturaleza del delito*”, sin hacer mención de las circunstancias personales del imputado.

En todo caso, no debe olvidarse la incidencia directa que tal medida va a tener en la población reclusa al provocar una drástica disminución del número de extranjeros en prisión¹⁵. De hecho, el fundamento de esta institución parece debe buscarse en “razones político-criminales utilitaristas”¹⁶, fundamentalmente tendentes a reducir la población interna en centros penitenciarios, donde los extranjeros se aproximan al 20% del total de los penados.

Pero la reforma de 2003 no fue la última de este artículo, la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, asume las interpretaciones jurisprudenciales y constitucionales que pretendieron solventar las dificultades propiciadas por una interpretación estricta de la anterior redacción del precepto, introduciendo las siguientes novedades: En el apartado 1º, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, elimina el carácter automático de la expulsión y el carácter excepcional del cumplimiento de la pena en centro penitenciario. Disipa las dudas y expresamente autoriza a que la expulsión se realice con posterioridad a la sentencia en auto motivado. También se establece que la expulsión una vez accedido al tercer grado penitenciario o cumplidas las ¾ partes de la condena, que se preveía para las penas de prisión de seis o más años (contemplada en el párrafo 2º del apartado 1 de la redacción dada por LO 11/2003), se generaliza a cualquier pena privativa de libertad. En el apartado 6º contempla expresamente en consonancia con la Disposición Adicional Decimoséptima de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, en los supuestos en que el penado no quede definitivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, la posibilidad de acordar el ingreso en un centro de internamiento de extranjeros para que se pueda llevar a efecto la expulsión, en los términos y con los límites y garantías previstos por la Ley para la expulsión gubernativa.

También contempla expresamente, de conformidad con la doctrina sentada por el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 2006, que cuando la expulsión no pueda llevarse efectivamente a cabo, el penado gozará de la posibilidad de obtener la suspensión o la sustitución de la pena originariamente impuesta.

II.B) Presupuestos de aplicación de la expulsión sustitutiva

¹⁵ Algún autor como PALOMAR OLMEDA, A. (*Tratado de extranjería*, Navarra, 2004, págs. 429 y ss.), duda de su admisibilidad en términos jurídicos por lo rudimentario de su línea argumental y por el sustrato diferencial que, en razón únicamente a la condición de extranjero, se produce. Resultan interesantes, asimismo, los comentarios efectuados a la STS de 8 de julio 2004, por PALOMAR OLMEDA, A., *Los derechos de los extranjeros: un filón para la jurisprudencia*, cit., pág. 4.

¹⁶ En ese sentido, DE LA ROSA CORTINA, J.M., “La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la LO 11/2003”, *Diario La Ley* de 17 de junio de 2004, pág. 3.

Son requisitos *objetivos* para la sustitución de la pena:

1.º Que la pena privativa de libertad sea inferior a seis años.

Son sustituibles todas las penas privativas de libertad inferiores a seis años, esto es, de conformidad con el artículo 35 CP, no sólo las penas de prisión que no superaran aquella duración, sino también las de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Respecto a la pena privativa de libertad subsidiaria por impago de multa (artículo 53 CP), nosotros nos inclinamos a pensar que no es posible porque el legislador en la última reforma del CP ha modificado el artículo 81.2 con el siguiente contenido: “*Que la pena o pena impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a seis años [de prisión], sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de multa*”¹⁷.

Interpretando este requisito, la Circular 2/2006 también sostenía que debería quedar excluida de su ámbito de aplicación la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa debido a que dada su propia naturaleza era imposible decidirla en el momento de dictarse sentencia (argumento ya superado al admitir la nueva redacción del artículo 89 CP que la expulsión pueda acordarse en auto motivado posterior a dictarse sentencia) y, además, porque implicaba incorporar un elemento injustificado de discriminación al hacer depender la puesta en marcha de la expulsión de la disponibilidad de recursos económicos para hacer frente al pago de la multa.

Del mismo modo, se entendía que, en relación con la pena de localización permanente, había de exigirse que en todo caso la pena impuesta lo fuera por delito, no debiendo reputarse título suficiente para posibilitar la expulsión sustitutiva una condena a pena privativa de libertad por una simple falta, porque pese al silencio de la Ley, una interpretación acorde con la exigencia constitucional de respeto al principio de proporcionalidad vedaba cualquier otra alternativa.

Estas conclusiones han de ser revisadas en atención al principio de coherencia del ordenamiento jurídico y de la correcta delimitación del principio de proporcionalidad¹⁸.

Por lo tanto, según la Circular 5/2011 no constituye un obstáculo a esta interpretación, admitiendo la expulsión por localización permanente y responsabilidad

¹⁷ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 125, señala que hay argumentos para oponerse a una respuesta afirmativa. El primero, que siendo la sentencia el momento procesal adecuado para resolver sobre la sustitución de la pena por expulsión, difícilmente cabe resolver sobre tal sustitución en un momento en el que se desconoce si el condenado procederá o no al pago de la multa. El segundo motivo estriba en la tendencia jurisprudencial a no dar a dicha pena subsidiaria el tratamiento específico de las penas de prisión. Así, antes de la entrada en vigor de la LO 15/2003, se venía considerando que, a efectos de suspensión de pena, la pena subsidiaria por impago de multa no podía sumarse a la pena privativa de libertad impuesta en sentencia a efectos de la concesión de la suspensión de condena.

¹⁸ La Circular FGE 5/11, de 2 de noviembre considera que “*tiene pleno sentido considerar injusta y desproporcionada la sustitución por la expulsión de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa o de las penas privativas de libertad impuestas por la comisión de una falta cuando la condena impuesta se funde en la comisión de hechos aislados o perfectamente delimitados que no acrediten un comportamiento del extranjero claramente hostil a nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, no será desproporcionada la expulsión cuando la falta o el delito cometido castigado con pena de multa impagada sea la última de las manifestaciones indicadoras de una forma de vida patentemente contraria al orden público español, como lo acreditaría la existencia de una pluralidad de condenas por delito o faltas*”.

personal subsidiaria, la regla establecida en el artículo 71.2 CP (cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la Sección II del Capítulo III de este Título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda) toda vez que la remisión abarca las propias disposiciones del artículo 89 CP, que se encuentra ubicado en esa sección, entre ellas la expulsión sustitutiva.

Otra cuestión es la referente al límite de los seis años de prisión. Según la literalidad del artículo 89 CP, lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá de tenerse en cuenta la concreta pena que se ha impuesto en la sentencia. Por ello, aunque la pena señalada para el delito fuera superior al límite de los seis años, cabría la expulsión cuando, ya como consecuencia de la concurrencia de eximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, ya como consecuencia de la utilización del arbitrio judicial autorizado por las reglas penológicas, se impusiera una pena inferior a aquél límite.

Se plantea la cuestión de si cabe la sustitución en el supuesto de que en una misma sentencia el reo sea condenado a varias penas inferiores a los seis años de prisión, pero sumadas excedan dicho límite. La utilización por el artículo 89.1 de “*las penas privativas inferiores a seis años impuestas...*”, nos llevan a optar por la interpretación favorable a excluir la sustitución cuando la suma de las penas impuestas exceda del límite de los seis años.

En sentido contrario se expresa la STS 521/2010, de 26 de mayo:

“Nada impide aplicar la expulsión sustitutoria aunque la suma de las penas supere los seis años de privación de libertad dado que el citado precepto a diferencia del art. 81.2, relativo a la suspensión, no especifica si se refiere a la suma o conjunto de penas impuestas en la misma sentencia, o a cada una de ellas individualmente consideradas, inclinándose la doctrina más autorizada porque lo definitivo es la pena impuesta por cada delito, por cuanto el tenor literal del precepto al usar el plural (“las penas privativas de libertad inferiores a 6 años...”) aboga por este criterio (STS 1400/2005)”¹⁹.

2.º Que se trate de un delito cuya naturaleza no justifique excepcionalmente el cumplimiento de la pena en España.

3.º Que no se trate de los delitos expresamente excluidos por ley: artículos 312, 313 y 318 bis CP (artículo 89,7 CP reformado por LO 5/2010). En la última reforma se soluciona la asincronía que se produjo en la anterior redacción y elimina las menciones los artículos 515.6º, 517 y 518, porque las conductas que en ellos se recogían fueron ubicadas por la LO 15/2003 en el art. 318 bis. La justificación de esta exclusión legal es evitar que los responsables de estos delitos puedan beneficiarse de la sustitución del procedimiento penal.

¹⁹ La Circular FGE 5/2011 afirma que “*a idéntica conclusión nos lleva una interpretación sistemática del art. 89 CP en relación con el art. 57.7 LOEX que, cuando regula el otro gran supuesto de renuncia al ius puniendi (autorización de expulsión en causas por delitos penados con privación de libertad inferior a seis años), expresamente incluye el supuesto de pluralidad de causas y por ende de eventuales plurales condenas: así el precepto dispone que en el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización*”.

En esta enumeración de delitos relacionados con el tráfico ilegal de personas no se contempla el delito de tráfico de personas para su explotación sexual del artículo 188.2 CP²⁰.

Son requisitos *subjetivos*:

1.º Que el extranjero sea no residente legalmente en España. Antes de la reforma por LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), tratándose de penas de prisión superiores a seis años, sólo se exigía que el penado fuera extranjero, independientemente de que se encontrara o no residiendo de forma legal en España; tras la reforma de 2000 se requiere que se trate de un extranjero no residente legalmente en España. Debemos entender que no reside legalmente en España el extranjero que, estando obligado a ello, no ha obtenido un permiso de residencia temporal o definitivo, lo que excluye a los ciudadanos comunitarios y asimilados²¹.

De los pocos presupuestos del artículo 89 CP que permanece inalterable tras la reforma de 2010 es el relativo al ámbito subjetivo de aplicación: tanto la expulsión sustitutiva de la condena en su integridad (apartado primero del artículo 89 CP) como la parcial (apartado quinto del artículo 89 CP) sólo pueden ser impuestas a los extranjeros no residentes legalmente en España, esto es, aquellos extranjeros que carecen de un permiso administrativo de residencia en territorio español.

Para poder delimitar el concepto de residencia legal se hace preciso distinguir según que al ciudadano afectado le sea aplicable el régimen jurídico común de la extranjería regulado por la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) o, por tratarse de ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de países asimilados, el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que constituye la norma española de transposición de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004.

II.B.1. Ciudadanos no comunitarios

Son extranjeros no residentes legalmente en España aquellos ciudadanos que, no teniendo la nacionalidad española ni comunitaria, carecen de la correspondiente autorización vigente de residencia otorgada por la autoridad administrativa competente conforme a la Ley Orgánica 4/2000, salvo que estén dispensados de obtenerla en virtud de Ley o Tratado internacional.

²⁰ La Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2002 trató de paliar dicha exclusión, indicando a los fiscales que valoraran muy especialmente la conveniencia de informar de modo desfavorable a la expulsión sustitutiva de la pena.

²¹ Se puede mantener la tesis mantenida por ARIAS SENSO, M. (*Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica...*, cit., pág. 9) de equiparar entre los términos de no residente legal y extranjero en situación de irregularidad, de modo que los extranjeros en situación de regularidad sin permiso de residencia no pueden ser objeto de la medida de expulsión. Otro sector de la doctrina (ONTIVEROS VALERA, F., *El extranjero autor de infracciones penales*, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV-2002, CEJAJ, Madrid, 2002, pág. 278) opina que pueden serlo todos aquellos ciudadanos extracomunitarios y no asimilados a comunitarios que no hayan obtenido un permiso de residencia, con lo que el artículo 89 CP sería de aplicación a situaciones de regularidad tales como la estancia, los estudiantes y en situación similar.

Tras la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, se encuentran en situación de residencia legal en España aquellos extranjeros no comunitarios que sean titulares de cualquiera de los permisos siguientes en vigor.

a) Autorizaciones de residente temporales ordinarias

Otorgan al extranjero el permiso para permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años. Comprende dos modalidades: a) de residencia (artículos 25 bis.2 y 31.2 LOEX); y b) de residencia y trabajo (artículos 25 bis 2 d), 31, 36, 37 y 38 LOEX)²².

b) Autorizaciones de residencia temporal excepcionales

No exigen el previo visado y son las que se pueden conceder por concurrir circunstancias relevantes como el arraigo, razones humanitarias, colaboración con la Justicia u otra circunstancia excepcional que se determine reglamentariamente (artículo 31.3 LOEX)²³.

c) Autorizaciones provisionales de residencia

Son las otorgadas sin prefijar su duración al estar condicionadas al cumplimiento de otras condiciones. Participan de esta naturaleza: la autorización provisional de residencia a las mujeres víctimas de violencia de género mientras se tramita el procedimiento penal (artículo 31 bis LOEX); las concedidas a las víctimas, perjudicados o testigos de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad (artículo 59 LOEX); las reconocidas a las víctimas de trata de seres humanos en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales (artículo 59.4 bis LOEX); la autorizaciones de permanencia provisional otorgadas a los que hubieren presentado solicitud de reconocimiento de apatridia (artículo 5 Real Decreto 865/2001, de 20 de julio y artículo 34.1 LOEX); y las que corresponden a aquellos extranjeros que hayan presentado solicitud de asilo (artículo 18.1 letra c) de la Ley 12/2009 y artículo 34 LOEX) o protección subsidiaria (artículo 19.1 de la Ley 12/2009 y artículo 34 LOEX) hasta que se resuelva sobre la misma o no sea admitida.

d) Autorizaciones de residencia de larga duración

Otorgan al extranjero el permiso para permanecer en España por tiempo indefinido en las mismas condiciones que los españoles (artículo 32 LOEX)²⁴.

²² Éstas, a su vez, admiten varias categorías: *autorización de residencia y trabajo de temporada o campaña* (artículos 25.2 letra e) y 42 LOEX); *autorización de residencia y trabajo con fines de investigación* (artículos 25.2 letra g) y artículo 38 bis LOEX); *autorización de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados* (artículo 38 ter LOEX en relación con la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado); y, las *autorizaciones de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios* (artículo 43.2 LOEX).

²³ Las que puedan darse, en su caso, a los extranjeros que acrediten la imposibilidad de ser documentados por las autoridades de ningún país (artículo 34.2 LOEX y 107 REX), las reconocidas a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género (artículos 19.2 y 31 bis LOEX), y las concedidas a las víctimas del delito de trata de seres humanos (artículo 59 bis LOEX).

²⁴ En esta situación se encuentran los extranjeros a quienes se hubiera concedido el derecho de asilo o la protección internacional subsidiaria (artículo 36.1c) de la Ley 12/2009).

En consecuencia, los ciudadanos extranjeros sometidos al régimen común de la Ley Orgánica 4/2000 (LOEX) que pueden ser expulsados al amparo del artículo 89 CP por carecer de permiso de residencia, son: a) cualquier ciudadano extranjero que se hubiera introducido en territorio nacional de manera subrepticia o fraudulenta al margen de los controles establecidos por las autoridades incumpliendo con los requisitos y formalidades previstas en los artículos 25 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000 (ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad); b) los que sólo tuvieran reconocido un derecho de tránsito; c) los que fueran titulares de un permiso de estancia (permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días); d) los que teniendo inicialmente autorizada su permanencia en territorio nacional a título de residencia hubieran perdido su derecho por cualquiera de las causas previstas en la Ley, ya sea por no haber obtenido la correspondiente prórroga, haber caducado su derecho o por haber sido debidamente expulsados judicial o administrativamente.

Se puede plantear el problema de la aplicabilidad del precepto a los extranjeros en tránsito, sin vocación de establecer su residencia en España. Debe tenerse presente que conforme al artículo 29.9 LO 4/2000 las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda. En todo caso, como presupuesto de la decisión de sustituir la pena por la expulsión debe constatarse la falta de residencia legal.

II.B.2. La prueba de la residencia legal

La situación de residencia legal cualquiera que sea su modalidad exige un acto formal de reconocimiento del derecho (autorización o permiso) dictado por la autoridad gubernativa competente tras el correspondiente procedimiento administrativo que da lugar a la expedición de la Tarjeta de Identidad de Extranjero acreditativa, entre otros aspectos, de la situación del extranjero en España (210.2 Reglamento de extranjería)²⁵.

Del mismo modo, en el Registro Central de Extranjeros, que es llevado por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, deberán constar inscritas todas las autorizaciones de residencia concedidas (artículo 213.1.g) Reglamento de extranjería).

En síntesis, constituye prueba de la situación de residencia legal la tenencia de una Tarjeta de Identidad de Extranjero (genuina y en vigor) que el extranjero tiene el deber de llevar consigo, o la certificación del Registro Central de Extranjeros en la que así se haga constar.

Cuando la certificación del Registro Central de Extranjeros incorporada a la causa penal es negativa y el ciudadano extranjero reconoce carecer de la correspondiente documentación o no la presenta cuando le sea requerida por el Juzgado, concurre un principio de prueba lo suficientemente sólido para afirmar que el

²⁵ La Tarjeta de Identidad no puede ser confundida con el Número de Identidad del Extranjero (NIE) que *“deberá figurar en todos los documentos que se le expidan o tramiten, así como en las diligencias que se estampen en su pasaporte o documento análogo”* (artículo 206.2 REX). El NIE no acredita la situación del extranjero en España pues sólo tiene una finalidad identificativa, toda vez que es atribuido a todos los extranjeros a cuyo favor se inicie un procedimiento para obtener un documento que les habilite para permanecer en territorio español que no sea un visado, aquellos a los que se les haya incoado un expediente administrativo en virtud de lo dispuesto en la normativa sobre extranjería y aquellos que por sus intereses económicos, profesionales o sociales se relacionen con España serán dotados, a los efectos de identificación, de un número personal, único y exclusivo, de carácter secuencial (artículo 206.1 REX).

afectado no reside legalmente en España. En estos casos, corresponderá al extranjero la carga de aportar cualquier otro elemento probatorio lo suficientemente potente como para enervar ese principio de prueba.

La certificación negativa de la concesión de cualquier autorización de residencia debería estar incorporada al atestado instruido por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Si así fuere está justificado que el Ministerio Fiscal pueda interesar motivadamente en su escrito de calificación provisional la petición sustitutoria, trasladando al acusado la carga de la prueba sobre su situación de residencia (STS 792/2008).

La falta de autorización de residencia es un requisito que se exige para el instante de dictarse la sentencia o, en su caso, posteriormente si se ha realizado mediante auto durante la ejecutoria (artículo 89.1 párrafo segundo).

La ley no se refiere al momento de la comisión de delito. Si desde la comisión del hecho delictivo hasta su enjuiciamiento se han alterado las condiciones de su residencia en España (legal a ilegal o viceversa), sólo habrá que tomar en cuenta su situación en el momento de adoptarse la decisión sustitutiva o, si hubiera un cambio de circunstancias, incluso en el momento posterior. En efecto, el requisito de la ilegalidad de la residencia debe subsistir al momento de la ejecución y si no debe quedar sin efecto, por mucho que lo establezca la sentencia, ya que se trata de una medida y no de una pena (STS 792/2008).

II.C) Aspectos procedimentales y procesales

Interesa destacar varios aspectos como son: la audiencia al penado, la legitimación para instar la medida por parte del Ministerio Fiscal y el momento en que se debe acordar la medida de expulsión. Vamos a examinarlos.

1.º *Audiencia al penado*. La reforma del artículo 89 introducida por LO 11/2003, eliminó dicho trámite²⁶. En todo caso, dado que la decisión debía adoptarse en sentencia, la petición de expulsión debía someterse a las garantías propias de cualquier decisión que se adopta en sentencia, entre ellas, al principio de contradicción²⁷. Esta falta de audiencia debía ser suplida en la práctica requiriendo al imputado en el acto del juicio para que alegue las razones que le asisten en contra de su expulsión. Entender lo contrario vulneraría lo dispuesto en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 24 de la CE²⁸. En relación a la ausencia del requisito de audiencia al extranjero, la STS, Sala 2ª, 901/ 2004, de 8 de julio 2004, señaló:

²⁶ El artículo 89.1, *in fine* CP de 1995, en su redacción original disponía: “...será necesario oír previamente al penado”.

²⁷ En este sentido el informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de la ley orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social (LO 11/2003, de 29 de septiembre), al comentar la nueva redacción del artículo 89 CP señala que “la sustitución de la pena privativa de libertad debe hacerse en sentencia, novedad importante, pues obliga al juez sentenciador a ponderar en la causa todas las circunstancias que concurren, garantizando el debate contradictorio en el propio juicio, con audiencia al extranjero”. *Estudios, informes y dictámenes. Informes del CGPJ sobre las Reformas Penales*, CGPJ, Centro de Documentación Oficial, 2003, págs. 151 y 152.

²⁸ La necesidad de salvaguardar la audiencia del reo ha sido resaltada por la STS, Sala Segunda, 17/2002, de 21 de enero (rec.17/2001); también la STC 203/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 203) y la STC 242/1994, de 29 de julio (RTC 1994, 242), reconocen el derecho del extranjero a un trámite de alegaciones, diciendo: “[...] para lograr esta adecuada ponderación y la salvaguarda de valores

“[...] para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, [...] resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en el colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante [...]”²⁹.

A la vista de esta jurisprudencia, había que considerar fundamental para una adecuada ponderación, y la salvaguarda de valores relevantes que puedan estar en juego, la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la expulsión, pues sólo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse³⁰.

El carácter preferente de la expulsión sustitutiva en la nueva redacción del artículo 89 CP, por LO 5/2010, se confirma cuando el legislador ordena su imposición salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Por ello tiene plena vigencia la doctrina del Tribunal Supremo de que para poder tomar la decisión sustitutoria debe garantizarse la existencia de un debate contradictorio, ya sobre la expulsión, ya sobre el cumplimiento de la condena. Es necesario que por el Juez o Tribunal se habilite un espacio de contradicción (STS 25/2011) en donde se dé la oportunidad de alegar y probar al condenado y su defensa sobre las razones que les asistan. Naturalmente, el requisito de audiencia se cumple independientemente de que la defensa haya hecho uso de él, pues no puede quedar condicionado a estrategias procesales o al arbitrio de la parte.

2.º *Legitimación para instar la medida e intervención del Ministerio Fiscal.* El tenor literal del nuevo artículo 89 parece apuntar a que la expulsión íntegra la acuerda el Juez de oficio, sin necesidad de que nadie la pida. Algún autor ha criticado esta redacción porque parece poco respetuosa con las exigencias del principio acusatorio³¹. En el caso de penas inferiores a seis años sólo será oído el Fiscal para denegar la expulsión, y en el supuesto de penas superiores a seis años, la expulsión debe ser solicitada por el Ministerio Fiscal.

relevantes que pueden estar en juego [...], la audiencia del extranjero sometido a la medida de expulsión resulta fundamental [...] se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita [...]”.

²⁹ El Tribunal Supremo establece con esta Sentencia que debe considerarse el arraigo personal y familiar como excepción a la expulsión por exigirlo así la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de donde se deduce, además, la necesidad de “*injertar un trámite de audiencia al penado y [...] motivar la decisión*”. Por esas razones el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de noviembre de 2003, al verificar que “*la expulsión se ha acordado de forma automática, inmotivada, inaudita parte y sin efectuar el imprescindible juicio de proporcionalidad y ponderación, ciertamente de conformidad con la literalidad del artículo 89 CP, que es preciso integrar desde la perspectiva constitucional más amplia como ya se ha razonado*”.

³⁰ Así opina PAZ RUBIO, J.M., *Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional*, cit., pág. 4. En el mismo sentido se pronunciaba el CGPJ en su informe al anteproyecto de Ley de reforma de la LO 4/2000, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración de los extranjeros, *Estudios, informes y dictámenes del CGPJ*, año 2003, pág. 202.

³¹ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente...*, cit., pág. 11.

No es admisible que, tratándose de extranjeros sin residencia legal, se guarde silencio en el escrito de acusación provisional acerca de la aplicación del art. 89 CP. En garantía de los derechos de los propios acusados, acreditada su falta de residencia legal, y salvo concurrencia de las circunstancias excepcionales ya señaladas, la expulsión del territorio español en sustitución íntegra de la pena habrá de ser solicitada por el Ministerio Fiscal en el escrito de calificación provisional a fin de que tal petición sea oportunamente conocida por el acusado y pueda éste articular los medios de prueba que a su interés convengan.

Igualmente el escrito de acusación provisional deberá concretar la duración de la prohibición de regreso a España que conforme a la redacción vigente del art. 89.1 del CP puede oscilar entre cinco y diez años.

3.º *Momento en que debe acordarse la decisión de expulsión.* El artículo 89.1, redactado conforme a la LO 11/2003, estableció no sólo el carácter imperativo de la expulsión (“*serán sustituidas*”) sino sobre todo el carácter automático de la misma, pues debería ser impuesta sin necesidad de la audiencia del condenado y sin posibilidad de ponderar la concurrencia de otras razones que no fueran la gravedad del delito.

En efecto, tal automatismo tuvo que ser corregido por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a través de una lectura constitucional del artículo 89 CP en la que (al margen de la naturaleza o gravedad del delito) exige la valoración de cualquier circunstancia personal del condenado que fuera relevante para la toma de decisión, por ser una necesidad derivada no sólo de la doctrina constitucional española (vide, STC 20/7/1994, Núm. 242/94) sino también de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (vide, SSTs 901/2004, 601/2006, 832/2006, 35/2007, 682/2007, 125/2008).

Más recientemente, la STS 949/2009, de 28 de septiembre, establece:

“[...] De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y medida los derechos fundamentales en conflicto. Por último, considera este Tribunal en esas dos resoluciones (STS 901/2004, de 8 de julio, y 906/2005, de 17 de mayo), que no debe otorgársele primacía a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de políticas criminales de mera seguridad frente a derechos fundamentales prioritarios del propio penado, que será oído en todo caso antes de adoptar la resolución relativa a la expulsión”³².

No cabe duda que la aplicación de los dos primeros párrafos del art. 89 del C. Penal a partir de la reforma por Ley Orgánica 11/2003 ha obligado a seguir diferentes criterios interpretativos dependiendo de la cuantía de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia. Y así, en lo que respecta a la ejecución de las penas de prisión inferiores a dos años, al hallarnos en un tramo donde el texto penal prioriza la reinserción del penado a través de la suspensión de condena y de los sustitutivos

³² Esta doctrina, con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, ha sido después reafirmada en su aspecto nuclear por la Sala II en las sentencias que ha proseguido dictando en años posteriores (SSTs 1231/2006, de 23-11; 35/2007, de 25-1; 108/2007, de 13-2; 140/2007, de 26-2I; 166/2007, de 14-2I; 682/2007, de 18-V-2; 125/2008, de 20-2; 165/2009, de 19-2; y 498/2009, de 30-4, entre otras).

penales, ha sido preciso individualizar el entorno personal y social del extranjero para ajustar la aplicación del art. 89 a las exigencias del principio de proporcionalidad, evitando también no vulnerar derechos fundamentales del penado tutelados por la Constitución y los convenios internacionales suscritos por España.

En cambio, en lo que respecta a las penas privativas de libertad comprendidas en el tramo que va desde los dos hasta los seis años de prisión el automatismo que se desprende de la redacción literal del precepto genera auténticas situaciones de impunidad, al reaccionar el sistema penal con la mera expulsión del territorio nacional de autores de delitos de notable gravedad, diluyéndose en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal frente a acciones delictivas de grave entidad. Y es que en el caso de que se acordara la expulsión del penado de forma automática en tales supuestos de penas de cierta gravedad, no sólo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (*perspectiva de la prevención general negativa*).

En definitiva, como apunta la citada Sentencia 949/2009, “tras la reforma de 2003, en aplicación del art. 89 CP, deben compatibilizarse los objetivos de la política de inmigración con las exigencias preventivo generales (confirmación de las normas que imponen el respeto a los bienes jurídicos tutelados y la desincentivación de conductas delictivas) y con el favorecimiento de la prevención especial (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social)”.

El juez o tribunal deberá motivar la decisión sobre la aplicación del artículo 89 CP cualquiera que sea su sentido, ya se acceda o se deniegue esta medida.

Deben valorarse tanto las circunstancias del hecho como del culpable que (como elementos individualizadores de la pena en cuanto que ésta es la respuesta estatal a la comisión del delito que debe resultar proporcionada a la culpabilidad por el hecho concreto) también deben ser ponderados si la pena es sustituida por una medida de seguridad (artículo 96 del Código Penal), que, como resulta del mismo Código Penal, no puede ser impuesta sino es previa la comisión de un delito.

Por ello habrá que tener en cuenta:

Con carácter general la decisión sustitutoria debe tomar en consideración los intereses públicos relativos a la política criminal expresada por la ley (STS 366/2006), esto es la naturaleza del hecho delictivo, su gravedad y, por tanto, indudables razones de prevención general y especial (STS 842/2010).

En consecuencia, aun cuando la solicitud de expulsión del territorio español debe ser la regla general, la misma no deberá tener lugar cuando nos hallemos ante hechos de especial gravedad o que sugieran un plus de peligrosidad (empleo de violencia en las personas que entrañe una especial aflicción, vejación o riesgo para la víctima, o que se revele innecesaria para el logro de los fines del delito, tráfico de drogas salvo supuestos escasa cantidad, formas imperfectas de delitos contra las personas como homicidio, robos con empleo de armas, robos en casa habitada con toma de rehenes, trata de seres humanos, agresiones sexuales, corrupción de menores) o cuando se encuentren vinculados a la delincuencia transnacional sea ésta más o menos organizada.

Por imperativo legal las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código (artículo 89.7

CP). El legislador no admite excepción alguna a la regla, por lo que no procederá la expulsión cuando el ciudadano extranjero haya sido condenado por cualquier otro delito conectado con los señalados, aunque se hubiera apreciado una relación de concurso de delitos (como en el caso de condena por delito del artículo 318 bis CP y el delito de 177 bis CP).

También hay que tener en cuenta los intereses particulares del afectado, en concreto hay que valorar el arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen.

Así, se hace preciso distinguir los siguientes supuestos:

Primero. *El arraigo de permanencia*. La experiencia acredita que quien ha vivido largos años de su existencia en un país de acogida es porque ha alcanzado un elevado nivel de integración social, laboral y familiar en él. Especialmente su valoración es determinante cuando se trata de inmigrantes de segunda generación o cuasi nacionales, esto es, los que han nacido en el país de acogida.

En todo caso, el desarrollo de una actividad laboral para que pueda compensar la falta de residencia en España y excluir la expulsión sustitutiva debe gozar de las condiciones acreditadas de estabilidad y viabilidad para futuro, sin que sea de recibo la permanencia en España por un período más o menos largo de tiempo en el que el modo de vida haya sido precisamente la actividad delictiva.

Segundo. *El arraigo familiar* o la convivencia familiar, por existir ésta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado, unificación familiar que encajan en los amplios términos del art. 30 CE, convivencia y estabilidad familiar en un enlace matrimonial acabado de celebrar con una dependencia económica con el posible expulsado, vida familiar en común que quedaría cercenada con la expulsión³³.

Por ello, aunque las dificultades de los cónyuges e hijos para acompañar al expulsado por sí mismas no son motivo suficiente para excluir la expulsión, deben ser necesariamente incorporadas al juicio de proporcionalidad, sobre todo cuando la separación es inevitable al no haber ni siquiera la posibilidad de instalarse en un tercer país³⁴.

Para valorar el grado de dependencia es necesario tener en cuenta la edad de los hijos y las condiciones adicionales de dependencia. Cuanto de menor edad sean los hijos, más necesitados estarán de asistencia familiar.

Por fin, otro de los factores delimitadores del arraigo familiar en el país de acogida lo constituye la *intensidad de los vínculos* del afectado *con su nación de origen*.

³³ Sentencias Tribunal Supremo 1116/2007, 792/2008, 791/2010 y 379/2010.

³⁴ Por ese motivo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la expulsión podría ser desproporcionada cuando provoca la separación de “*la mujer e hijo menor de edad, de nacionalidad francesa, que tampoco había vivido nunca en Argelia y que no tiene lazo alguno con ese país*” (SSTEDH 26/9/1997 (Mehemi contra Francia), 15/7/2003 (Mokrani contra Francia) o con una ciudadana helvética, STEDH 2/9/2001 (Boultif contra Suiza), o “*cuando tenía una esposa de nacionalidad danesa y varios hijos pequeños, resultando difícil para ella trasladarse a Irán y que era imposible para los dos establecerse en otro país*” (STEDH 11/7/2002 (Amrollahi contra Dinamarca).

Finalmente hay que tener en cuenta *los antecedentes y el riesgo de reiteración delictiva* del afectado.

Hay que valorar el riesgo actual de que el extranjero sometido a expulsión pueda quebrantar el orden o seguridad pública. Para ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora el comportamiento observado desde la comisión del delito hasta su expulsión, el tiempo transcurrido desde el último delito cometido y la decisión de la expulsión, o desde su excarcelación si cumplió pena privativa de libertad³⁵. Por ello, la existencia de un antecedente por delito de la misma naturaleza es una de las circunstancias a valorar (STS 439/2010).

También la sustitución íntegra de la condena puede realizarse por *auto* posterior, en la ejecución de sentencia. El párrafo segundo del art. 89.1 CP prescribe que "*también podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior* [a la sentencia], *previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas*".

La decisión motivada de la sustitución íntegra de la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión debe ser resuelta, como *norma general*, en Sentencia. Por ello en el párrafo primero dispone que las penas "serán *sustituidas en sentencia*" al tiempo que en el párrafo segundo, alude a la sustitución en auto como una mera posibilidad mediante el empleo del tiempo verbal "*podrá*".

En consecuencia, el juzgador deberá pronunciarse motivadamente sobre la expulsión o cumplimiento de la condena cuando así haya sido interesado por cualquiera de las partes y tenga los elementos de juicio necesarios para ello. Sin embargo, no incurre en incongruencia omisiva en los supuestos en los que el sentido de su resolución es diferir la decisión a un momento posterior por la necesidad de acreditar aspectos relevantes concernientes a la situación administrativa del penado en España. Lo mismo sucede cuando no hay posibilidad de practicar prueba en el plenario sobre los datos, hechos o circunstancias que pudieran condicionar la expulsión, cuando fueran alegados pertinentemente por el acusado o, en su caso, por cualquiera de las partes.

Los presupuestos subjetivos y objetivos de este precepto son los mismos que se han analizado para el caso de que la decisión de sustitución de la pena en su totalidad haya sido adoptada en sentencia.

Debe entenderse que la competencia para la tramitación recae sobre el juez o tribunal que haya dictado la sentencia o, en aquellos territorios donde existan, en los Juzgados penales de Ejecutorias.

II.D) Efectos de la expulsión

Este régimen de enervación se completa con dos medidas adicionales: De una parte, el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena³⁶; hay que tener en cuenta que la prohibición de regreso a España queda ampliada

³⁵ STEDH de 11/7/2002 (Amrollahi contra Dinamarca), y STEDH de 18/2/1991 (Moustaquin contra Bélgica).

³⁶ Antes de la reforma de 2003 el plazo de expulsión comprendía un arco de tres a diez años, y después de 2003 era de diez años en todo caso. La uniformidad de la duración de la medida de seguridad plantea problemas de proporcionalidad, porque la duración de la prohibición de entrada es idéntica para condenas privativas de libertad por delitos distintos y de distinta entidad penológica. Sería conveniente relacionar dicho plazo con los de prescripción de la pena del artículo 133 CP, pues podría darse el caso de que

a todo el territorio europeo donde se aplica el Convenio Schengen y que la Directiva 2001/40/CE, de 18 de mayo de 2001, establece el reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países. Parece que el Tribunal no podría imponer un plazo de prohibición de entrada superior al interesado por la acusación.

De otra parte, conforme al art. 89.4 CP se modifican las consecuencias del quebrantamiento de la prohibición de regreso a España que antes sólo implicaban la devolución al país de origen (y reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada). Ahora son diferentes según que el extranjero que desobedece la prohibición sea habido en frontera o ya dentro del territorio español.

En el primer caso las consecuencias serán las mismas que antes de la reforma, es decir, se procederá a su devolución gubernativa. En el segundo caso, los efectos jurídicos consistirán en el cumplimiento de la pena privativa de libertad que hubiera sido sustituida. Se trata de una norma especial que fija el contenido del quebrantamiento de esta medida de seguridad, impidiendo la aplicación del artículo 468.2 CP. Si no fuera así se llegaría al absurdo de hacer depender la existencia del delito de quebrantamiento de condena de una circunstancia aleatoria como es la de ser interceptado o no en frontera.

II.E) Ejecución de la medida de expulsión

Cabe alternativamente acordar dos soluciones: Aplicar la disposición adicional 17ª de la LO 19/2003 de modificación de la LOPJ, o alternativamente el ingreso en Centro de Internamiento de Extranjeros previsto en el art. 89.6 CP.

Debe reseñarse que la disposición adicional decimoséptima de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece normas procesales inéditas hasta ahora, al disponer:

“Los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa [...] las sentencias en las que se acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial”³⁷.

Esta disposición es el complemento natural de lo dispuesto en el art. 89 y que debía haberse incluido en el mismo sin mayores problemas dado el carácter orgánico de ambas leyes.

Este precepto contiene el mandato dirigido al juzgado que ejecuta una sentencia firme en la que se acordó la expulsión de un extranjero no residente legalmente en España, de proceder a ejecutar la pena privativa de libertad de forma interina (por treinta días) hasta tanto se materialice la expulsión por la autoridad gubernativa. Si el condenado se encuentra en libertad al momento en que la sentencia condenatoria

delitos muy graves con penas muy elevadas quedaran sin sanción efectiva al reducirse el tiempo de expulsión a un plazo muy inferior al de duración de la pena o plazo de prescripción de la misma, mientras que, por el contrario, delitos sancionados con penas menos graves podrían suponer una prohibición de regresar a España muy superior a la pena impuesta o a la prescripción de la misma.

³⁷ En el mismo sentido se dispone en el artículo 152 del Reglamento de extranjería de 2004.

deviene firme, lo razonable es dejar que permanezca en dicha situación hasta tanto la autoridad gubernativa lo localice, concediendo un breve plazo al penado para que abandone voluntariamente el país. En el caso de que el condenado se encuentre preso al alcanzar la sentencia su firmeza, lo habitual será que permanezcan en prisión hasta que se ejecute la expulsión³⁸.

Por otra parte, el párrafo segundo del núm. 6 del artículo 89 CP, tras la reforma de 2010, introduce una importante novedad al permitir que *“cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta”*, pueda el juez o tribunal *“acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa”*.

El ingreso de un condenado a penas de prisión parece incompatible con el ingreso cautelar en un Centro de Internamiento para Extranjeros dado que al ser establecimientos públicos de carácter no penitenciario (artículo 62 bis LOEX) no sólo carecen de medidas de seguridad adecuadas y personal cualificado, sino que también puede alterarse su régimen normalizado de funcionamiento por la necesidad de separar los internos que han cometido una mera infracción administrativa de aquellos condenados en sentencia penal.

El ingreso en Centro de Internamiento debería quedar limitado para los extranjeros que hubieran sido condenados a penas privativas de libertad de localización permanente, responsabilidad subsidiaria por impago de multa o penas de prisión inferior a tres meses (artículo 71.2 CP) pues ninguna de ellas exigen el ingreso en Centro Penitenciario.

El tiempo de estancia en Centro de Internamiento está sujeto al límite de sesenta días naturales establecido en el artículo 62.2 LOEX.

En los demás casos el Ministerio Fiscal instará la aplicación de la Disposición Adicional 17.^a y el ingreso en Centro Penitenciario. En estos casos, el tiempo de ingreso en el establecimiento penitenciario será el más breve posible y no superior a treinta días, salvo prórroga si media causa justificada. Dicha causa (normalmente asociada con las dificultades de documentación del extranjero) ha de constar expresamente.

Debe considerarse como día de inicio del cómputo de los treinta días el de ingreso del penado en el centro penitenciario o el día de recepción del mandamiento de prisión, en caso de que ya estuviera preso.

Si la expulsión no es ejecutable, lo procedente será retroceder al momento del inicio de la ejecución de la pena y determinar si procede la ejecución de la pena privativa de libertad o la aplicación de alguna de las formas sustitutivas de la misma. Ciertamente es que el artículo 89,1,III CP, en su redacción anterior a la reforma por LO 5/2010, preveía que *“la expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 CP”*, por lo tanto, la expulsión se llevaría a cabo

³⁸ En ningún caso será admisible proceder a materializar la ejecución de la expulsión si el cumplimiento de la pena se encuentra en estado muy avanzado (STS, Sala II, 114/2000, de 4 de septiembre y STS 17/2002, de 21 de enero, recogidas por ARIAS SENSO, M., *Expulsión de extranjeros condenados...*, cit, pág.10).

sin que quepa la suspensión o la sustitución de la pena³⁹, pero en caso de que la expulsión no se pudiera llevar a cabo o la autoridad gubernativa excediera el plazo de treinta días previsto en la disposición adicional 17ª LOPJ, sí que cabría suspender o sustituir la pena si concurren los requisitos correspondientes⁴⁰.

Ya la circular 2/2006, con fundamento en el ATC 132/2006, de 4 de abril, introdujo matices en la interpretación de este mandato legal considerando que la prohibición aludida sólo surtía efectos en el caso de que la expulsión se hubiera materializado con éxito y que, frustrada ésta, los preceptos mencionados recobrarían su aplicabilidad.

El vigente art. 89 CP ha suprimido la prohibición expresa de aplicación a los penados extranjeros sin permiso de residencia de aquellos beneficios legales.

Con ello se abre la posibilidad a una doble interpretación: entender que, una vez acordado por el órgano judicial que no procede la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, no cabe otra posibilidad que el cumplimiento de aquella en un centro penitenciario en España y por lo tanto no resultan de aplicación a estos supuestos los artículos 80, 87 y 88 del CP (interpretación literal); o, siguiendo la lectura constitucional del precepto, admitir que el cumplimiento de la condena en centro penitenciario quedará circunscrito a los casos en que así proceda dada la gravedad y naturaleza del delito, pero no cuando ello implique una lesión de los derechos a la vida privada y familiar de condenado, al principio de individualización judicial de la pena y de no discriminación en la aplicación de la ley penal.

III. Sustitutivo del último cuarto de la pena o del tercer grado

El artículo 89. 5 CP modifica radicalmente el régimen de la expulsión parcial de las penas privativas de libertad al establecer que

“los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España”.

La nueva regulación admite la expulsión como medida sustitutiva del último tramo de la condena de prisión impuesta (que se encontrare en tercer grado

³⁹ Hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta el arraigo familiar del extranjero a los efectos de suspender la orden de expulsión en innumerables sentencias, como las de 18 de septiembre de 1995, 4 de octubre de 1996, 13 de diciembre de 1998, 9 de febrero de 1999, 15 de noviembre de 1999, 18 de julio de 2000, 25 de noviembre de 2000, etc. (Recogidas en *Estudios, informes y dictámenes del CGPJ*, año 2003, pág. 202).

⁴⁰ Como apunta LÓPEZ LORENZO, V. (*La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003...*, cit., pág. 13), concluir lo contrario supondría realizar una interpretación de la norma en contra del reo que vulneraría lo dispuesto en los artículos 17 y 25.2 CE, los artículos 2, 3, 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los artículos 5 y 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Individuales y las Libertades Fundamentales. No existe justificación alguna que excluya a los extranjeros no residentes en España, una vez no han podido ser expulsados, de la aplicación de las alternativas a la prisión que habitualmente se ofrecen al resto de penados.

penitenciario o cumplidas las tres cuartas partes de la condena) aunque sea inferior a seis años.

Con ello, el legislador ha admitido la medida de expulsión del último tramo de la condena no sólo para el supuesto de la imposición de condenas de prisión que excedieren del límite de los seis años, sino también para los casos en que aun siendo menor resultare inaplicable la sustitución completa de la pena privativa de libertad por impedirlo la naturaleza y gravedad del delito o delitos cometidos por el extranjero, según los criterios anteriormente señalados⁴¹.

Tras la nueva redacción esa posibilidad queda vedada, pues el apartado 5 del artículo 89 CP comprende todos los casos posibles. Bajo la cobertura de la locución que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, se comprende tanto los supuestos de cumplimiento por haberse adoptado esa decisión aunque la pena sea inferior a seis años (artículo 89.1 CP), como cuando fuera imposible dicha opción por haber sido condenado a una pena igual o superior a seis años.

La ampliación del marco objetivo de aplicación con referencia al tercer grado penitenciario deja en manos de la Administración la determinación del momento exacto de la expulsión desnaturalizando el sistema de progresión penitenciaria e instrumentalizando el tercer grado en aras de facilitar no ya la reinserción ni la resocialización sino la expulsión del penado⁴².

Y como presupuesto subjetivo se exige que el extranjero condenado no resida legalmente en España, idéntico al de la expulsión sustitutiva íntegra de la prisión.

II.A) Procedimiento

La iniciativa corresponde al Ministerio Fiscal exclusivamente, lo que algunos autores han denominado una "posición de veto"⁴³.

En efecto, tras la reforma de 2010, la expulsión de los presos extranjeros no residentes legales en España que hayan accedido al tercer grado penitenciario o hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena, cualquiera que sea el momento en que se adopte (en sentencia o en ejecución), sólo puede acordarse por el Juez o Tribunal a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia del penado y de las partes personadas. Sin embargo, la expulsión previamente acordada puede ser revocada por el mismo Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, cuando motivadamente aprecie razones que justifiquen el cumplimiento en España.

Por imperativo legal, sólo el Ministerio Fiscal, no las eventuales partes acusadoras, puede instar la expulsión sustitutiva parcial.

La audiencia se celebrará conforme al primer inciso del artículo 89.1 CP. También deberá ser oído el extranjero y no sólo su Letrado. Puede ser objeto de crítica

⁴¹ Como apunta la Circular FGE 5/2011, el legislador ha dado una respuesta congruente a uno de los problemas más candentes como el relativo a la denominada "*acumulación de condenas*" (prisión y expulsión), conforme al cual algunas Audiencias Provinciales en el caso de haber optado por el cumplimiento en centro penitenciario (en aplicación del apartado primero del artículo 89 CP), sin embargo, en la propia sentencia decidían que procedía la expulsión cuando el reo hubiera cumplido la mitad de la condena (vide, STS 853/2010).

⁴² En ese sentido ARIAS SENSO, M., *La respuesta penal: Expulsión de extranjeros imputados y condenados: Aproximación crítica a una legislatura de emergencia*, CEJAJ, 2007, pág. 9.

⁴³ ARIAS SENSO, M., *Expulsión de extranjeros condenados...*, cit., pág. 13.

en la nueva regulación la falta de previsión de las circunstancias personales del penado como posible causa de excepción a su expulsión⁴⁴.

También la podrán solicitar durante la ejecución, cuando así lo interese el propio condenado con informe penitenciario sobre su cercana clasificación en tercer grado, o resulte que está próximo a cumplir las tres cuartas partes de la condena y no hubiera circunstancias penitenciarias que lo impidieran, o porque hubieran llegado a conocimiento del Fiscal hechos o circunstancias relevantes que no pudieron ser tomadas en consideración en el momento de elevarse a definitivas las conclusiones provisionales.

Sin embargo, la decisión de no expulsar a los presos extranjeros que hayan accedido al tercer grado penitenciario o hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena, puede ser decidida de oficio por el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

Por último, como consideración crítica⁴⁵, se ponen de manifiesto las dificultades de compatibilizar esta figura con la institución de la libertad condicional, con el cumplimiento del último cuarto de la pena en el país de origen y con las previsiones contenidas en el Tratado sobre traslado de personas condenadas hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983 y ratificado por España el 10 de junio de 1985.

IV. La expulsión como sustitutivo de la medida de seguridad

También se sustituyen obligatoriamente por vía del artículo 108 del Código Penal las medidas de seguridad por expulsión, redactado conforme a la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que establece:

“1. Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.

2. El extranjero no podrá regresar a España en el plazo de de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”.

⁴⁴ La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es de capital importancia para valorar las circunstancias personales que puedan oponerse a una decisión de expulsión: SSTEDH de 18 de enero de 1991 (Caso Moustakin); de 26 de marzo de 1992 (Caso Beljoudi); de 21 de junio de 1988 (Caso Berrehab); de 30 de octubre de 1991 (Caso Soering); de 15 de noviembre de 1996 (Caso Cruz Varas); de 2 de mayo de 1997 (Caso Chahal); sentencias invocadas en el Informe del CGPJ, de 26 de febrero de 2003, págs. 46 y ss., al anteproyecto de ley de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en orden a la crítica de la redacción que el Anteproyecto de ley daba al artículo 89.1 CP.

⁴⁵ ARIAS SENSO, M., *La respuesta penal: Expulsión del extranjero imputado...*, ob. cit., pag. 10.

Su contenido es paralelo al del art. 89 CP respecto a las penas privativas de libertad impuestas a los extranjeros sin residencia legal en España.

Frente a la regulación anterior al año 2003 se permite la sustitución por la expulsión tanto de las medidas privativas de libertad como de las que no lo son. Su finalidad práctica atiende a fines ajenos al Derecho Penal, no se trata de una intervención terapéutica ni incide en la peligrosidad criminal del penal. Esta solución es criticada por la doctrina⁴⁶, porque ante esta institución el Tribunal pierde toda vinculación con el expulsado, quien resulta así abandonado a su suerte y posiblemente sin tratamiento alguno en ninguna parte. Sustituir una medida de seguridad por la expulsión supondrá en muchas ocasiones expulsar a un enfermo mental, lo que podría considerar que se entiende vulnerado el Estado social y democrático de Derecho que propugna la Constitución Española⁴⁷.

Rigen las mismas previsiones de acordarse en la sentencia, y la necesidad de dar audiencia al penado, que en estos casos debería extenderse a su Letrado y a su representante legal.

Hay que tener en cuenta que no puede aplicarse a las faltas al no poder imponerse en este tipo de procedimientos medidas de seguridad (art. 95.1.1 CP).

⁴⁶ ARIAS SENSO, M., *Expulsión de extranjeros condenados...*, cit, pág. 14.

⁴⁷ En ese sentido opina PALOMO DEL ARCO, A., "La expulsión del extranjero en el procedimiento penal", en *El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO 4/2000)* Manuales de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 201.

ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LA VERBERATIO

Luis Rodríguez Ennes
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Vigo (España)

fustigación – penas corporales – verberatio
fustigation – corporal punishments – verberatio

La *verberatio* constituye uno de los instrumentos ordinarios de la *coercitio* doméstica y militar. Con todo, una de las *leges Porciae* prohíbe sin ambages esta medida coercitiva cuando era aplicada a un *civis*, pudiendo el ciudadano, en tal caso *provocare ad populum*. En el supuesto de que fuese azotado un esclavo *contra bonos mores*, estamos en presencia de una injuria indirecta, ya que el esclavo no es el sujeto pasivo del ilícito, sino su *dominus* que es quien sufre realmente la afrenta.

The verberatio constitutes one of the ordinary instruments of the domestic and military coercitio. However, one of the leges Porciae prohibits frankly this coercive measure when it was applied to a civis, being able the citizen, in such a case to provocare ad populum. In the case a slave was flogged contra bonos mores, we are in presence of indirect damage, since the slave is not the passive subject of the illicit, but his dominus is the one who really suffers the affront.

Recibido: 16/06/12

Publicado: 31/08/12

© 2012 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *en línea* en <http://www.uv.es/recrim>

I. Precisiones terminológicas - II. *Verberatio poenalis* y *castigatio militaris* - III. *Verberatio* y *provocatio ad populum* - IV. La cláusula edictal *si servum alienum adversus bonos mores verberavisse*

I. Precisiones terminológicas

La fustigación que, como veremos, asume diversos nombres y gradaciones, es una sanción antiquísima –que quizá por su propia simplicidad– se conserva en el decurso de los siglos¹. A fines de la época republicana aparece considerada, juntamente con la flagelación, bajo dos aspectos: o como accesoria de otras penas o como autónoma.

Ya en las XII Tablas se presenta bajo el primer aspecto², siendo designada con la expresión técnica *verberare*, y precede a la pena de muerte en sus varias especies –

¹ BRASIELLO, U., *La repressione penale in diritto romano* (Nápoles, 1937) p. 388.

² Tab. I, 10 y 14: *vinctus verberatusque igni necari iubetur; verberibus affici et de saxo praecipitari*. (Según el FIRA, I, 56-57, la reconstrucción se hace sobre la base de D. 47, 9, 9, *Gai 4 ad l. XII tab.*, y GELL., N. A., 11, 18, 8), en el mismo sentido, vid., RASCÓN, C., y GARCÍA GONZÁLEZ, *Ley de las XII Tablas* (Madrid, 1993) p. 24.

exceptuada la *per gladium*– a la condena *ad metalla* o *ad opus publicum perpetuum* y también a otras penas menores, según las circunstancias fácticas³. En la propia ley decenviral viene considerada como pena independiente en aquellos casos en los que el hecho –que da lugar habitualmente a la condena capital⁴– se cometió por casualidad –*casu*–, es decir, “por descuido” –*neglegentia*– o por un menor⁵.

Se debió hacer un repetido uso de este mecanismo sancionador en la *coercitio* republicana⁶, ya que la flagelación o la fustigación constituye uno de los instrumentos ordinarios de la coerción doméstica y militar, como testimonian promiscuamente las fuentes literarias al hablar de *verbera*⁷, como vocablo que designa en sentido lato las penas corporales. Los principales instrumentos empleados son: el bastón –*fustis*⁸–; los vergajos –*virgae*⁹– sobre todo de madera de olmo o abedul, el instrumento por excelencia de los lictores; una caña nudosa –*ferula*– que constituía elartilugio más común de golpear a los estudiantes, para efectuar este castigo –denominado con la palabra griega *catomum*, que literalmente significa “sobre la espalda”– los alumnos eran izados sobre la espalda de un compañero mientras que otro le sujetaba las piernas¹⁰. Los castigos se mantienen vivos en los recuerdos de juventud de muchos escritores antiguos: Horacio llamaba *plagosus* (proclive a dar golpes) a su maestro L. Orbilo Pupilo; Marcial describe los gemidos de los niños que frecuentaban la escuela; Galeno se limitaba a recomendar la severidad solo para la edad en la que el niño era capaz de

³ FERRINI, C., *Diritto penale romano* (Milán, 1899), p. 158; MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, trad. esp. de P. Dorado Montero (Bogotá, 1976) p. 606-607.

⁴ En los tiempos antiguos, *poena capitis* siempre significa sentencia de muerte; más tarde según E. LEVY, “Die röm. Kapitalstrafe”, en *Ges. Schr.* 2, p. 325 ss., significa *capitis deminutio*, una “muerte civil”. Pero el mismo autor dice que en la época postclásica, la transformación del procedimiento, la nivelación del estado civil, la brutalidad de los tiempos, la menor estima de la vida humana, determinaron que –por esa época– la sentencia a la pena capital se generalizase [Cfr. POLAY, E., *Iniuria Types in Roman Law* (Budapest, 1986) p. 175, nt. 7].

⁵ Tab. 8, 10: *si vero casu, id est neglegentia aut noxiam sarcire, iubetur, aut, si minus idoneus sit, levius castigatur* (cfr. nt. 2).

⁶ Como es sabido, la *coercitio* es el acto del que se sirve el magistrado para utilizar medios punitivos contra el *civis* que desobedece sus órdenes o perturba el ejercicio de sus funciones. Vid., al respecto, nuestro trabajo “La ‘provocatio ad populum’ como garantía fundamental del ciudadano romano frente al poder coercitivo del magistrado en la época republicana”, en *Studi Biscardi*, IV (Milán, 1983) p. 73 ss.

⁷ Según ISID., *Orig.*, 5, 27, 14: *Verbera dicta, qui cum agitantur, aerem verberant. Hin flagra et plagae et flagella, quia cum flatu et strepitu in corpore sonant. Nam plagae, quasi flagae; sed plagae et flagra primae positionis sunt, flagella autem per diminutionem dicta*. También aparecen referencias a los *verbera*, entre otros, en PLAUT. *Most.* 5, 2, 45: *verberibus caedere, lutum, pendens*; ID., *Pers.*, 2, 3, 17: *verberibus caedere*; TER., *And.* 1, 2, 28: *adulescentem nudari iubet verberaque adferri*; LIV., 8, 28, 4. *Verbera saetosa movebat arator*; VERG., *Aen.* 5, 147: *Concussere iugis pronique in verbera pendent*.

⁸ PLAUT., *Am.* 1, 1, 202: *aufferere, non abibis, si ego fustem sumpsero*; CIC., *Verr.* 2, 4, 43, 94: *male muletati clavis ac fustibus*; ID., *Pis.* 30, 73: *non opus est verbis sed fustibus*; CAEL., *ap. CIC.*, *Fam.* 8, 8, 9: *si filius meus fustem mihi impingere volet?*; HOR., *Sat.* 1, 3, 134: *quos tu nisi fuste coeres*; ID., *ibid.*, 1, 5, 22: *mulae caput fuste dolare*; JUV., 9, 98: *fuste aperire caput*. Para ISID., *ibid.*, 16: *fustes sunt quibus iuvenes pro criminibus feriuntur*, y añade que se denominan así porque se mantienen en pie clavadas en un agujero: *quod praefixi in fossis stent*.

⁹ ISID., *ibid.* 18, las define en estos términos: *virgae sunt summitates frondium arborumque, dictae quod virides sint, vel quod vim habeant arguendi; quae si levis fuerit, virga est; si certe nodosa vel aculeata, scorpio rectissimo nomine, quia acuato voluere in corpus infigitur*.

¹⁰ REGGIANI, A. M., “Educazione e scuola”, en *Vita e costumi dei romani antichi*, X (Roma, 1990) p. 79 ss.

comprenderla. Todavía en el siglo IV de nuestra era las penas corporales fueron usadas corrientemente. San Agustín relata que fue golpeado terriblemente porque no entendía el griego, mientras que Libanio se preocupaba por crear una casuística punitiva¹¹. En las escuelas también se empleaba a menudo el látigo de piel de anguila –*anguilla*¹²– sin duda por su ligereza. Pero como instrumento de disciplina, la *anguilla* era susceptible de agravaciones sabiamente graduadas. Más rudos eran el *scorpio*, especie de trenzas hechas de cuerdas con nudos en las extremidades¹³ y el erizo en el que los nudos estaban erizados de cerdas de puerco. Pero el más terrible de estos dolorosos adminículos era el *flagrum* –que no podía ser confundido con el *flagellum* propiamente dicho¹⁴–, era una especie de látigo cuyos golpes provocaban fracturas y múltiples contusiones y que presentaba diversas modalidades: 1) *flagrum multijugis talis ovium tesseratum*¹⁵, es decir, guarnecido con huesecillos; 2) el *plumbum* o *plumbata*¹⁶, compuesto de hilos de hierro rematados por bolas plúmbeas cuyos efectos son comparados por Prudencio con los del granizo¹⁷.

II. *Verberatio poenalis y castigatio militaris*

La ley romana solo permitía para los hombres libres la fustigación o la paliza que no eran infamantes¹⁸; como apuntaba FERRINI “una dose moderata di bastonate (*fustibus caedi*) é especialmente verso gli *humiliores*, una delle più frequenti pene di polizia”¹⁹. El látigo era aplicado por los dueños a los esclavos quienes, en el caso de cometer injuria *atrox*, *domino absente*, eran apaleados con el *flagrum* (D. 47, 10, 9, 3: *praesidi offerendus est qui eum flagris rumpat*). Un rescripto de Caracalla recogido en D. 1, 15, 3, 1 confiere al *praefectum vigiliu* el derecho a apalear a los habitantes de las *insulae* que descuidan las precauciones relativas al fuego: *et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium, aut fustibus castigat eos qui neglegentium ignem habuerunt, aut severa interlocutione comminatus fustium castigationem remittit*. El usufructuario de un esclavo tenía derecho a infligirle una ligera corrección (*castigatio levis*) pero no con latigazos (D. 7, 1, 23). Bajo los últimos emperadores –constituciones de Valente y Valentiniano del 376 d. C.– el suplicio de la *plumbata* es calificado de *inhumanis* por el

¹¹ HORAT., *Epist.* II, 1, 70; MART., IX, 29, 5; 68, 4; XII, 57, 4-5; AUG., *Conf.* I, 9, 14, 15.

¹² ISID., *Orig.* 5, 27, 15 quien se inspira en PLIN., N. H. 9, 391.

¹³ *Ibid.*, 18, vid. la nt. 9.

¹⁴ El *flagellum* solo se empleaba contra los esclavos y los extranjeros; por el contrario, los *fustes* eran privativos de los *cives*. Calístrato, en D. 48, 19, 28, 2, afirma que *non omnes fustis caedi solent, sed hi dumtaxat qui liberi sunt*. La neta separación existente entre la *fustium verberatio* y la *flagellorum castigatio* es confirmada por Paulo en D. 47, 9, 4, 1 cuando señala que *liberos quidem fustibus caesos in triennium relegabis (...) servos flagellis caesos in metallum damnabis*. Sobre estos textos, vid. BRASIELLO, U., *La repressione penale in diritto romano*, cit., p. 391 ss.; BALZARINI, M., “Pene detentive e ‘cognitio extra ordinem’ criminale”, en *Studi Guarino VI* (Nápoles, 1984) p. 2873, nt. 30. Acerca de la *flagellorum castigatio*, cfr. FOUGÈRES, G., s. v. *flagellum*, en DS 2 (1886) p. 1154.

¹⁵ APUL., *Met.* 8, 28, SEN., *De ira* 3, 19.

¹⁶ PRUD., *Peristeph.* 10, 116 y 121 ; OVID., *Metam.* 10, 227; D. TH., 9, 35, 2.

¹⁷ *Ibid.*: *pulsatus illa grandine*.

¹⁸ D. 48, 23, 2 pero no la *verberatio civis*.

¹⁹ FERRINI, C., *Diritto penale*, cit., p. 158.

Código Teodosiano²⁰. La comedia latina nos reenvía a los gritos proferidos por los esclavos tras ser apaleados por el *lararius* o ejecutor de las decisiones brutales del *dominus*²¹. En el derecho penal decenviral, el magistrado golpeaba con vergajos al niño culpable de la destrucción nocturna de las cosechas²². La verga era el instrumento usual del castigo doméstico. Asestar algunos golpes a quienes habían desobedecido o faltado al respeto al *pater* era una práctica normal por no decir cotidiana. Así las cosas ¿cómo sorprenderse si –en caso de infracciones más graves– la verga se convertía en instrumento de muerte? La fustigación a muerte no requería instrumentos especiales, aparatos especiales, ceremonias especiales. Simple y eficaz, resolvía sin problemas particulares una desagradable necesidad²³.

Uno de los suplicios más antiguos consistía en la flagelación letal de un condenado atado al *arbor infelix* que, según Plinio, N. H. 16, 108, 45 no germinaba más, era estéril. En un segundo momento fue sustituido por la *furca* (Liv., 1, 26, 10) un palo en forma de Y en cuya bifurcación se colocaba la cabeza del condenado: no se trataba originariamente de un verdadero instrumento de suplicio, sino de un simple soporte. Posteriormente dos modificaciones lo transformaron en un artilugio mortífero: un palo horizontal viene a cerrar el triángulo de la bifurcación, pasando por detrás de la nuca. El asta fue alargada por lo que el condenado se encontraba colgado sobre el terreno sufriendo, en consecuencia, una suerte de ahorcamiento que le ocasionaba la muerte por la dislocación de las dos vértebras cervicales. Distinto era el *patibulum*, una barra de madera colocada horizontalmente tras la cabeza del condenado a cuya extremidad venían atadas las muñecas: eso servía para mantener alargados los brazos durante la flagelación y podía estar apoyada en dos palos hincados verticalmente en el suelo. La cruz –tal como hoy la entendemos– nace en una segunda etapa, cuando a la flagelación le sigue la exposición del condenado, el *patibulum* era fijado a un palo vertical plantado en el terreno, viniendo así a constituir el brazo horizontal de la cruz²⁴. El parricida antes de ser encerrado en el odre y arrojado al agua, tenía que ser golpeado con vergas *sanguinae*. El significado de *sanguinae* –color de la sangre– podía aludir tanto a que se pintaban previamente de rojo o –como se infiere de Bas. 60, 4, 5– se coloreaban de rojo con la sangre del reo. Para Cantarella²⁵, cuya opinión compartimos, las *virgae* reciben el nombre de *sanguinae* en el momento en que se prescribe su uso. Es evidente, por lo tanto, que tenían que ser rojas desde que se destinaban a la fustigación, no a su término. Como sabemos el rojo era el color mágico en el que se teñían entre otras cosas las cintas que ataban las varas de los lictores.

Mommsen ha indicado la diferencia de principio que existía entre las penas aplicadas a los civiles y aquellas que afectaban a los militares²⁶. Mientras que las primeras estaban basadas sobre un elemento moral –fundamento de todo derecho penal

²⁰ C. Th. 9, 35, 2.

²¹ PLAUT., *Curc.* 4, 11, 128; *Most.* 1, 1, 1, 56; *Pseud.* 1, 2, 13, 1240; *Capt.*, 1, 1; *Men.* 951, TERENT. *Ad.* 2, 128; 5, 2, 69; HOR., *Sat.* 1, 3, 119; *Epist.* 1, 16, 47; 2, 2, 15, MARTIAL. 10, 62, 8.

²² XII Tab. 8, 9; PLIN. N. H. 18, 3, 12.

²³ CANTARELLA, E., *Los suplicios capitales en Grecia y Roma*, trad. esp. M. P. Bouysson y M. V. García Quintela (Madrid, 1996) p. 139.

²⁴ VISMARA, C., “Il supplizio come spettacolo », en *Vita e costumi*, cit., XI (Roma, 1990) p. 23.

²⁵ CANTARELLA, E., *Los suplicios capitales*, cit., p. 260-261.

²⁶ MOMMSEN, T., *Römischen Strafrecht* (Leipzig, 1899) p. 305 ss.

en una sociedad civilizada– el legislador militar debía tener en cuenta las necesidades de la guerra y de la victoria. De ahí que los castigos parezcan *prima facie* desproporcionados con los hechos punibles²⁷. Modestino en D. 49, 16, 3, 1 nos ha transmitido una clasificación de las *militum poenae*, figurando en primer lugar la *castigatio*. Bajo este nombre se entiende un castigo corporal. El más usual era la flagelación con varas o sarmientos (*fustuarium supplicium*), prueba de ello lo constituye el dato de que los centuriones tienen como distintivo de su grado un sarmiento en sus manos, símbolo o instrumento de sus funciones disciplinarias²⁸. Se aplicaba en numerosos supuestos, a veces incluso como preludio de la pena capital; así, por ejemplo, por rebelión contra los jefes, homicidio en el campamento, pillaje o pérdida del armamento; también existen casos en los que este tipo de penas corporales era suministrado a oficiales culpables de atentar contra la disciplina o el honor militar (Vell. Pat. 2, 7, 8 cita el ejemplo de un *magister equitum* y Liv., 29, 9, 4, el de algunos tribunos). El *fustuarium supplicium*, en su modalidad más severa, conducía a la muerte del reo. Polibio nos describe así un apaleamiento: se reúne el consejo de los tribunos, se juzga al culpable y si es condenado se le somete al apaleamiento: “un tribuno toma un bastón y toca simplemente con él al condenado, enseguida la legión entera lo apalea con todas sus fuerzas, con frecuencia sucumbe en medio de las tropas reunidas”²⁹. Con todo, la *castigatio* era practicada de modo distinto si el sujeto pasivo de la misma era un *civis romanus* o un *peregrinus*: en el primer caso se le golpeaba con sarmientos, en el segundo con varas (Liv. Epit. 57). Esta distinción subsiste en época imperial: *pro qualitate loci, aut fustibus subiciebatur aut virgis* (Vit. Alex., 51).

III. *Verberatio* y *provocatio ad populum*

Las relaciones entre el ciudadano y el poder se manifiestan fundamentalmente en dos terrenos: la administración y la justicia. La monarquía etrusca, con aquel poder regio que forjó el *imperium* de los magistrados romanos y cuyos símbolos representaban el *ius vitae necisque* sobre los *cives*³⁰, situó en su centro el derecho punitivo del rey. Suceden al rey, en el ejercicio de la persecución criminal, los magistrados supremos de la *civitas* que se convierten en tutores y garantes del ordenado desenvolvimiento de la

²⁷ Vid., a este respecto: GIUFFRÉ, V., *Lecture e ricerche sulla “Res militaris”* 1 (Nápoles, 1996); ID., *Il diritto militare dei romani* (Bologna, 1980); ID., “Militum disciplina e ratio militaris”, en ANRW II, 3 (Berlín-Nueva York, 1980) p. 23 y ss.; CERCANI, N., *Del reati delle pene e dei giudici militari presso i romani* (Nápoles, 1981); PHANG, S. E., *Roman military service. Ideologies of discipline in the late Republic and early Principate* (Cambridge, 2008); BLANCH NOGUÉS, J. M. “Una vision jurídica sobre el ejército romano”, en RGDR 17 (2011).

²⁸ A algunos centuriones se les iba demasiado la mano. Tácito recuerda al centurión Lucilio, a quien las legiones de Panonia llamaban por el mote *cedo alteram*, porque apenas rompía una verga en las espaldas de un soldado pedía otra y otra diciendo *cedo alteram* (TAC., Ann. 1, 44).

²⁹ POLIB. 6, 37.

³⁰ La asociación de la *segur* con las *fascas* en un único objeto, simboliza los poderes judiciales, militares y, quizás, religiosos del jefe de la *civitas* que dieron lugar a la noción de *imperium*, adoptada por los romanos por influencia de la monarquía etrusca. En efecto, los escritores latinos de la época imperial atribuyen tal origen al uso de las *fascas* y los lictores. La más antigua representación de las *fascas* se encuentra en un bajorelieve etrusco de Chiusi del siglo V a. C. y es también etrusca la estela funeraria del siglo VI a. C. que contiene la primera manifestación gráfica de la *segur* (Cfr. MONIER, R., “A propos de quelques études récentes sur les anciennes magistratures romaines”, en IVRA 4 (1953) p. 90 ss. y bibliografía allí citada).

vida ciudadana y de la seguridad interior del Estado. Fuera del campo de la venganza privada –y naturalmente de las transgresiones de índole religiosa que constituyen competencia del colegio pontifical– todas las actividades de tipo punitivo, desde el simple poder disciplinario hasta la verdadera y propia represión criminal, son conferidas a los supremos magistrados de la *civitas* en ejercicio de su *imperium*. De ahí procede, precisamente, el carácter solemne, apremiante, religioso –en cierto sentido– del ejercicio y de las manifestaciones de poder en Roma, al que tantas referencias existen en las fuentes literarias. Así se explica, por tanto, que, en ciertas ocasiones, la sola aparición de los cónsules o del dictador, rodeados de todo el aparato del *imperium*, bastase para infundir al pueblo una suerte de terror religioso³¹.

El poder aparece entonces en una situación de extraordinaria preeminencia frente a los ciudadanos. La realidad, sin embargo, era diferente, ya que la preocupación por mantener dentro de ciertos límites tan amplísimo poder; por impedir, en definitiva, cualquier tentativa de tiranía o de opresión sobre los demás ciudadanos, cristalizó en una institución fundamental: la *provocatio ad populum*³² que ya Cicerón calificó de *patrona civitatis ac vindex libertatis*³³, Livio de *unicum praesidium libertatis*³⁴ y que la romanística celebra unánimemente como la conquista esencial, el más precioso privilegio de la *libertas*³⁵.

La *coercitio* de los magistrados tendrá, pues, un límite: la *provocatio* que, en la medida que subordina la imposición de las más fuertes sanciones y, en primer lugar, de la pena de muerte, a un control político por la máxima asamblea ciudadana, constituye la garantía inmediata de la *libertas*, cualidad y atributo supremo del *civis*³⁶. El *ius provocationis* es verdaderamente un derecho que se interpone de la forma más completa y eficaz entre el ciudadano y la sombra del poder; significa con dieciocho siglos de

³¹ Así, en el 449 a. C. la sola aparición de L. Quincio, recientemente nombrado *dictator*, y de Servio Ahala, su *magister equitum*, precedidos de sus lictores, bastó –según nos refiere LIV. en 4, 14– para dejar asombrado al pueblo: *Postero die dispositio praesidiis cum in forum descendisset conversatque in eum plebs novitate rei ac miraculo esset*. Todavía casi trescientos años después –en el 168 a. C.– la simple presencia de tal aparato externo suscitará entre los macedonios sentimientos de sorpresa y de terror (*Ibid.*, 45, 29, 2: *Adsuētis regio imperio tamen novi imperii formam terribilem praebuit tribunal, summo aditus, praeco, accensus, insueta omnia oculis auribusque quae vel socios, nondum hostis victos, terrere possent*).

³² Acerca de los orígenes, evolución histórica y régimen jurídico de la *provocatio ad populum*, vid.: RODRÍGUEZ ENNES, L., “La ‘provocatio ad populum’ como garantía”, cit., p. 74-114 y “Nuevas perspectivas en torno a la evolución histórica de la ‘provocatio ad populum’”, en *Recueils de la Société Jean Bodin* 46 (1989) p. 121 ss.

³³ CIC., *de orat.* 2, 48, 199.

³⁴ LIV., 3, 55.

³⁵ Vid., entre otros FREZZA, P., *Corso di Storia del Diritto romano* (Roma, 1954) p. 74; BONFANTE, P., *Storia del Diritto romano* 4, I (Milán, 1958) p. 97, GAUDEMET, J., *Institutions de l'antiquité* (París, 1967) p. 320; NICOLET, C., *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine* (París, 1976) p. 429; RASCÓN, C., “A propósito de la represión de las bacanales en Roma”, en *Estudios Ursicino Álvarez* (Madrid, 1978), p. 400; SANTALUCCIA, B., “Epoca Reppublicana: lo sviluppo del processo criminale e le leggi de provocatione”, en *Lineamenti di storia del diritto romano* (Milán, 1979) p. 104; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*¹⁰ (Madrid, 2007) p. 224 ss., con bibliografía actualizada.

³⁶ Es claramente ilustrativo al respecto el siguiente pasaje de Cicerón quien al hablar en *De rep.* 1, 40 acerca de los derechos del ciudadano romano, exalta la plena libertad de la que disfrutaba en tiempo de paz: *sic noster populus in pace et domi imperat, et ipsis magistratibus minatur, recussat, appellat, provocat*. El propio Livio en 3, 45, 8 califica al *auxilium tribunicium* y a la *provocatio de duas arces libertatis*. Vid., también, en el mismo sentido DIONIS. 6, 58.

antelación –como ha puesto de manifiesto Nicolet³⁷– una conquista imprescriptible de los derechos de la persona del mismo rango que el *habeas corpus*.

Cicerón hace remontar la *provocatio* a la época monárquica³⁸, tradición también recogida por Livio³⁹. El testimonio más antiguo de este derecho sería el ofrecido en el mítico de Horacio, único superviviente de la lucha de los curiacios, condenado a muerte por haber matado a su hermana e indultado por el pueblo en razón a la benemérita conducta que había tenido para con la patria⁴⁰. Es obvio que no cabe calificar a este episodio de producto de la imaginación de Livio pero no cabe duda de que se trata de la reelaboración, con oportunos aditamentos, de una antigua leyenda del patrimonio épico. En efecto, todo parece indicar –como muy bien apunta Santalucia⁴¹– que la conducta horaciana fue tipificada originariamente como *parricidium* y que la intervención popular en el juicio tuvo lugar única y exclusivamente a instancia del rey que quería, con el apoyo de la intervención pública, liberar al héroe de la cruel pena prevista por la *lex horrendi carminis*. Solo en época más tardía, cuando los analistas quisieron crear, con vistas a confirmar la antigüedad de la *provocatio*, un proceso arquetípico que remontase la institución a la edad regia, la antigua leyenda fue convenientemente reelaborada procediéndose a la transformación del *parricidium* originario –que, no daba lugar a un juicio de *provocatio*– en una hipótesis de *perduellio* que en cuanto tal permitía *provocare ad populum*. Las fuentes que recuerdan el legendario proceso (Liv., 1, 26, 5-12; Dio. Hal., 3, 22, 3-6; Val. Max., 8, 1, 1; Flor. 1, 3, 6, Fest., s. v. *sororium tigillum*) muestran evidentes trazas de la superposición de la versión más reciente a la originaria y permiten colegir las dificultades que hallaron los antiguos escritores para cambiar los términos de una leyenda vetusta muy difundida en la conciencia popular.

Así las cosas, no cabe abrigar dudas de que la *provocatio* sea una institución típicamente republicana, creada como límite a la arbitrariedad de los magistrados. La tradición la hace nacer en el año I de la República⁴². Con todo, algunos decenios más tarde la *provocatio ad populum* está ausente de la legislación decenviral y no fue añadida en el curso de su modernización. La explicación bien puede radicar en que esta ley trata de la justicia criminal, no de la *coercitio* de los magistrados⁴³. Se suele atribuir la primera ley reguladora de la institución al legendario cónsul P. Valerio quien por sus

³⁷ NICOLET, C., *Le métier de citoyen*, cit., p. 430.

³⁸ CIC., *de rep.* 2, 31: *Provocationem autem etiam a regibus fuisse, declarant pontifici libri, significant nostri etiam augurales.*

³⁹ LIV., 26, 5-12; 8, 33, 8: *Videro, cessurusne provocatione sis, cui rex Romanus Tullus Hostilius.*

⁴⁰ LIV., 1, 26, 6; DIONIS., 3, 22, 3-6; VAL. MAX., 8, 1, 1; FLOR. 1, 3, 6, vid. también FEST., s. v. *sororium tigillum*. La construcción de este episodio como un caso de *perduellio* procede, en gran parte, de una reelaboración relativamente reciente, por lo que –en modo alguno– podemos considerar aceptable la postura de aquellos autores que proceden a una simple valoración en clave retrospectiva del texto liviano sin haber previamente establecido en qué medida tal relato es fiel a la leyenda originaria [Cfr., entre otros, GREENIDGE, A. H. J., *The Legal Procedure of Cicero's Time*, (Londres, 1901) p. 306; BRECHT, C. H., *Perduellio* (Munich, 1938) p. 125; FREZZA, P., *Corso*, cit., p. 76; GROSSO, G., “Provocatio per la perduellio, provocatio sacramento e ordalia”, en *BIDR* 63 (1960) p. 213 ss.; ID., “Brevi note sull’antico diritto e processo penale romano”, en *Studi Antolisei* (Milán, 1963) p. 122; BURDESE, A., “Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica”, en *BIDR* 69 (1966) p. 342 ss.].

⁴¹ SANTALUCIA, B., “Epoca repubblicana”, cit., p. 49.

⁴² ROTONDI, G., *Leges Publicae Populi Romani* (Milán, 1912) p. 190.

⁴³ MAGDELAIN, A., “De la coercion capitale du magistrat supérieur au tribunal du peuple”, en *Ius, imperium, auctoritas* (Roma, 1990) p. 569.

desvelos en pro de los intereses populares recibiría el sobrenombre de *Publicola*⁴⁴. De acuerdo con el testimonio de numerosas fuentes literarias⁴⁵, una *lex Valeria de provocatione*, del mismo año de la fundación de la República, estableció que *ne quis magistratus civem romanum adversus provocationem necaret, neve verberaret*⁴⁶.

Muchos autores modernos que dudan –y con razón– de la existencia de la *provocatio* en época regia, han acogido esta tradición viendo en el *ius provocationis* el signo de la afirmación del poder del pueblo ya en los inicios del nuevo régimen⁴⁷. Sin embargo, siguiendo a Gaudemet⁴⁸, creemos que es difícil admitir –al menos para una época anterior al siglo V a. C.– que tal institución había originariamente constituido un arma de defensa de la plebe contra el patriciado. En nuestra opinión, la valoración de las fuentes permite argumentar que quizás se tratase de un remedio introducido por el patriciado en su propio interés, para protegerse contra los posibles abusos de los magistrados; remedio que –al menos teóricamente– está abierto a los plebeyos, ya que éstos –al igual que los patricios– también formaban parte del *populus romanus*, pero que en la práctica bien difícilmente se podía utilizar en la época más antigua de la República en la que los patricios detentaban el monopolio del poder. Además, como ha demostrado De Francisci, retrotraer la introducción del *ius provocationis* a los inicios de la República sería inverosímil, no sólo por el hecho de que presupondría largamente desarrollada la actividad comicial –que se inicia más tarde– sino también porque atribuye a magistrados que debían ser celosos de su poder la iniciativa de una autolimitación con vistas a distinguir su potestad de la regia⁴⁹. El predicamento del que ha gozado la opinión tradicional⁵⁰, descansa –sin mayores apoyaturas– en la creencia común de los escritores romanos tardorrepblicanos y de la era augustea de que todas las instituciones de libertad habían nacido tras la caída de la monarquía. Lo cierto es que, en este campo, como en tantos otros, la caída de la monarquía y el triunfo de la democracia no provocó innovaciones revolucionarias, fue solo en el discurrir de la constitución republicana cuando se va configurando paulatinamente un verdadero y auténtico derecho de *provocare ad populum*⁵¹.

Acorde con una tradición –que algún autor califica de poco fundada⁵²– la *verberatio* era utilizada por los cónsules en los primeros tiempos de la República contra

⁴⁴ LIV., 2, 8, 1; Cic., *de rep.* 2, 31; PLUT., *Popl.* 1

⁴⁵ CIC., *ibid.*; Liv., 2, 8, 2; 2, 29, 10-12; 3, 20, 8; DIONIS. 5, 19; 5, 70; PLUT., *Popl.* 11.

⁴⁶ CIC. *ibid.*

⁴⁷ MOMMSEN, T., *Staatsrecht*, III, p. 351 ss.; STRACHAN-DAVIDSON, J. L., *Problems of Roman Criminal Law I* (Oxford, 1912) p. 144; FREZZA, P., *Corso*, cit., p. 76, n. 17; BLEICKEN, J., “Ursprung und Bedeutung der Provocation”, en ZSS 76 (1959) p. 349.

⁴⁸ GAUDEMET, J., *Institutions*, cit., p. 321, nt. 4

⁴⁹ DE FRANCISCI, P., “Per la storia dei comitia centuriata”, en *Studi Arancio Ruiz I* (Nápoles, 1953) p. 22. En contra, B. SANTALUCIA, *Derecho penal romano*, trad. esp. Javier Paricio y Carmen Velasco (Madrid, 1990) p. 41, en cuya opinión es el cambio constitucional producido con el paso de la monarquía a la república el que conduce al nacimiento de la *provocatio ad populum*.

⁵⁰ Vid., la nt. 47

⁵¹ A unas conclusiones semejantes, aunque por caminos diferentes, llega DE MARTINO, F., *Storia della costituzione romana I* (Nápoles, 1958) p. 166 ss.

⁵² Así, DE RUGGIERO, E., *Il consolato e i poteri pubblici in Roma* (Roma, 1900) p. 857.

aquellos que hacían caso omiso de la llamada a las armas⁵³; según otra⁵⁴, la misma *lex Valeria* del 509 a. C., que introduce la *provocatio* para la pena de muerte, la admite también para la *verberatio*⁵⁵. Con todo, cabe constatar de un modo fehaciente que una de las *leges Porciae* prohíbe sin ambages esta medida coercitiva⁵⁶, considerada como pena autónoma en punto a la ejecución capital, de la que solía ser preludio⁵⁷. En cualquier caso, tal prohibición de *verberare* se refiere solo al *civis*⁵⁸. Livio afirma categóricamente que *Porcia tamen lex sola pro tergo civium lata videtur*⁵⁹; Cicerón, por su parte, dirige durísimas acusaciones contra Verres por haber castigado con la

⁵³ LIV., 2, 55, 4: *His vocibus alii alios cum incitassent, ad Voleronem Publium de plebe hominem, quod ordines duxisset, negaret se militem fieri debere, lictor missus est a consulibus. Volero appellat tribunos. Cum auxilio nemo esset, consules spoliari hominem et virgas expediri iubent*. Más testimonios livianos en *Ibid.* 3, 69, 7.

⁵⁴ CIC., *de rep.*, 2, 31, 53-55: *Idemque (P. Valerius), in quo fuit «Publicola» maxime legem ad populum tulit eam quae centuriatis comitiis prima lata est, ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret, neque verberaret*. Abriga dudas respecto de la veracidad de los hechos narrados en este texto, DUNCAN CLOUD, J., “Provocatio. Two Cases of Possible Fabrication in the Annalistic Sources”, en *Studi Guarino*, III (Nápoles, 1984) p. 1365 ss.; Vid., además de los analistas citados, VAL. MAX 4, 1, 1; DIONIS., 5, 19

⁵⁵ Sobre la crítica a los elementos legendarios en las *Leges Valeriae de provocatione*, vid., nuestro “Sobre los orígenes de la prohibición legislativa de la ‘verberatio civis’”, en *Estudios Hernández-Tejero*, II (Madrid, 1992, publ. 1994) p. 485 ss.

⁵⁶ En realidad, el único testimonio explícito señalando la existencia de estas leyes homónimas y de análogo contenido, es el de CIC., *de rep.* 2, 31, 54: *tres leges Porciae trium Porciorum*; ya que LIV., en 10, 9, 4 solo deja constancia de una *Lex Porcia*: *Porcia tamen lex sola pro tergo civium lata videtur, quod gravi poena, si quis verberasset necassetve civem Romanum sanxit* y el propio arpinate, en otros textos, habla de una sola *lex Porcia* (*pro Rab. Perd.*, 3, 8: *an... de civibus Romanis contra legem Porciam verberatis aut necatis plura dicenda sunt* ?; *ibid.*, 4, 12-13 ; *in Verr.*, 2, 5, 62, 162 ; 63, 163), aunque – como señala F. DE MARTINO- esto no basta para restar valor a la precisa afirmación contenida en *de rep.*, 2, 31, 54, habida cuenta de que en los demás textos se le otorga un particular relieve a un solo aspecto: el de la *verberatio* (Cfr. *Storia della Costituzione*, cit., II, p. 372, nt. 46).

⁵⁷ Tal es la opinión de T. MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., p. 42, nota 1. Vid., en el mismo sentido, J. L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems*, cit., p. 110, nt. 1, quien explicita así la tesis mommseniana: “I think, on the whole, that Mommsen has made out his case, that the ‘necare et verberare’ forbidden by the Valerian law must refer to scouring preliminary to death, and that stripes alone were not recognized as a substantive punishment in any regular criminal trial, but were left as a means of coercitio in the hands of magistrate until forbidden by the elder Cato”. También, U. BRASIELLO, *La repressione*, cit., p. 389, al que esta postura le “sembra conforme”.

⁵⁸ De ahí que no exista impedimento legal alguno para que el cónsul pudiera servirse de la *verberatio* contra los *non cives*, como hizo Marcelo, cónsul en el año 50 d. C., contra un habitante de Como (Cfr. CIC., *ad fam.* 5, 11, 2, APP., B. C. 2, 26; PLUT., *Caes.*, 29) y Augusto contra los histriones Stefanión e Hilán (Cfr. SUET., *Aug.* 45) pese a que según TAC., *Ann.* 1, 7, 7, había prohibido que se golpeará con varas a este tipo de actores, esta inmunidad, pues, se habría visto exceptuada en los casos apuntados. Incluso SALL., *Iug.* 69, nos relata que un oficial, que había sido nombrado prefecto de una de las recientemente conquistadas ciudades númeras, guarnecida por tropas romanas y a quien se le acusó de abandonar su puesto, fue condenado, azotado y ejecutado *nam is civis ex Latia erat*. Para A. N. J. GREENIDGE, *The Legal Procedure*, cit., I, p. 409, nt. 1. la explicación salustiana del inciso final radica en que “a Latin by origin Turpilius was yet subject to the martial law of Rome”.

⁵⁹ LIV., 10, 9, 4. Para J. L. STRACHAN-DAVIDSON, es imposible evitar la conclusión de que el *pro tergo* constituye una reminiscencia de la frase catoniana *pro scapulis* –FEST., s. v. “*pro scapulis*”– y añade: “that we have found in Cato’s law that which protects the Roman citizen in all places and under all circumstances from the lictor’s rod” (Cfr. *Problems*, cit., I, p. 125).

verberatio a un ciudadano romano en Mesina⁶⁰, exaltando, al propio tiempo, las normas romanas protectoras del *status civitatis*⁶¹.

Las fuentes mencionan tres *leges Porciae*⁶² –tradicionalmente fechadas en torno al 195 a. C.⁶³–; aunque la parquedad de los datos existentes no nos permiten aportar más que simples conjeturas a la hora de determinar su autor, existen bastantes probabilidades de que la primera de ellas fuese debida a Catón, cónsul en el 195, que pronunció una *suasio* en este sentido⁶⁴ y, como pone de manifiesto el propio Rotondi, sería de todo punto ilógico “che la *suasio* si riferisca a una legge proposta da altri”⁶⁵. Otra de las *leges Porciae* viene atribuida a Porcio Leca, tribuno de la plebe en el 199 y pretor en el 195 a. C., cuya memoria se vio perpetuada en una moneda acuñada en conmemoración de la nueva normativa de la *provocatio*⁶⁶ que, según un amplio sector de la romanística⁶⁷ que hizo extensiva a la esfera del *imperium militae*. La moneda representa la escena de un hombre armado a cuya diestra se sitúa un lictor que extiende la mano a un tercer personaje vestido de toga, figurando grabada la palabra *provoco*. ¿Quién pronunció la palabra? Se ha pretendido que sería el *togatus* para protegerse del militar que le ha tendido el brazo⁶⁸. Es poco probable. El autor de la *provocatio* es evidentemente el personaje central al que se refiere la leyenda. Este militar une el gesto a la palabra para dirigirse al *togatus*, que representa al pueblo romano como se ha justamente destacado⁶⁹. Igualmente en la lengua latina el singular tiene un valor colectivo, por ejemplo *miles* designa al ejército. Toda la tensión de la escena recae entre el mando

⁶⁰ CIC., in *Verr.* 2, 5, 62, 161: *Clamabat ille miser civem esse Romanum, municipem Consanum... 162: Caedebatur virgis in medio foro Messanae civis Romanus, iudices, cum interea nullus gemitus, nulla vox alia illius miseri inter dolorem crepitumque plagarum audiebatur nisi haec: “Civis romanus sum”. Hac se commemoratione civitatis omnia verbera depulsurum cruciatumque a corpore deiecturum arbitrabatur.*

⁶¹ CIC., *Pro Rab. Perd.* 4, 11: *Porcia lex virgas ab omnium civium romanorum corpore amovit.*

⁶² Vid. la nt. 56

⁶³ DE FRANCISCI, P., “Per la storia”, cit., p. 105 A F. DE MARTINO le parece más verosímil que las tres leyes pertenezcan a un mismo período histórico; en tal sentido, las *leges Porciae* se imbricarían en la política de reconstrucción constitucional dirigida por Catón contra el poder personal y las tendencias autoritarias de una parte de la *nobilitas* (cfr. *Storia*, cit., II, p. 268). Empero, para G. ROTONDI, el silencio de Livio al respecto “debe far inclinare a una data recente” (cfr. *Leges publicae*, cit., p. 269).

⁶⁴ FEST., s. v. “*pro scapulis*”: *cum dicit Cato, significat pro verberatio.*

⁶⁵ RODONDI, G., *Leges publicae*, p. 268.

⁶⁶ Sobre la moneda, vid., sobre todo: MOMMSEN, T., *Geschichte des römischen Münzwesens* (Berlín, 1860) p. 552; MATTINGLY, H., *Roman Coins* (Londres, 1923-1936) p. 82; CRAWFORD, M., *Roman Republican Coinage* (Cambridge, 1974) p. 313, nt. 301.

⁶⁷ Así, MOMMSEN, T., *Droit Penal I* (París, 1907) p. 34, nt. 3; STRACHAN-DAVIDSON, J. L., *Problems*, cit., p. 118; PUGLIESE, G., “Appunti sui limiti dell’*imperium* nella repression penale”, en *Muto*, 2, p. 27 ss. Con todo, P. BONFANTE [*Storia del Diritto romano*, I (Milán, 1958) p. 202] duda si la extensión de la *provocatio* al *imperium militae* se debe a una de las *leges Porciae* o a la *lex Sempronia*. Entiende –a nuestro juicio acertadamente– que los textos son genéricos y no permiten una respuesta acerca de este interrogante: CIC., in *Verr.* 2, 5, 63, 163: *o lex Porcia, o leges Semproniae*; ID., *pro Rab. perd.* 4, 12: *C. Gracchus legem tulit ne de capite civium Romanorum iniussu vestre indicaretur... 13: tu mihi etiam legis Porciae*; ID., in *Catil.* 4, 5, 10: *at vero C. Caesar intellegit legem Semproniam esse de civibus Romanis constitutum.*

⁶⁸ Así, MAGDELAIN, A., “De la coercitio capitale”, cit., p. 583.

⁶⁹ En este sentido se pronuncian los a. citados en la nt. 66.

militar y la soberanía popular, tema caro a los romanos. Así interpretada, esta moneda muestra la extensión de la *provocatio* al ejército en beneficio de los soldados.

Como es sabido, en los delitos estrictamente militares la pena infligida, incluso la capital era ejecutada sumarísimamente; no existía ninguna garantía ni para el ciudadano romano legionario, ni para el extranjero que formaba parte de las tropas auxiliares, aunque fuese un oficial⁷⁰. Empero, en la época de las grandes conquistas mediterráneas la excesiva prepotencia adquirida por los jefes del ejército, así como la extraordinaria dispersión geográfica de los destacamentos de tropas que, a menudo, obligaban al *civis romanus miles* a permanecer alejado de Roma largos años, determinó una extensión del *ius provocationis* a la esfera del *imperium militiae*, que –como hemos visto– generalmente se le atribuye a una de las *leges Porciae*. Como el *iudicium populi* solo podía tramitarse ante los comicios, cuando un legionario en posesión del *status civitatis* perpetraba un delito por el que –caso de ser juzgado en Roma– debería concedérsele la *provocatio*⁷¹, el comandante del ejército estaba obligado a enviar el reo ante los magistrados ordinarios de la *civitas* frente a cuya sentencia podía ejercitarse el *ius provocationis*⁷². Con todo, la disciplina militar no toleraría jamás la abolición de la *coercitio* capital en el ejército y el castigo corporal a los soldados se mantuvo siempre: en lugar de aplicar la flagelación por los vergajos –la *verberatio*– se contentaba con la corrección a golpes de sarmiento⁷³ o de *fustes*.⁷⁴

Por otra parte, los *cives* que habitaban en las *coloniae* de Roma y en las *liberae et foederatae civitates* itálicas, antes de la guerra social o en las provincias tras este período, tenían la *communio comitiorum* y el *ius provocationis* que fue extendido mediante una ficción tras el límite de la primera piedra miliar *extra pomerium*⁷⁵. Hay una evidencia del empleo de este procedimiento en el caso de un crimen cometido por un *civis* en Italia durante la Segunda Guerra Púnica⁷⁶; además toda la acusación de

⁷⁰ SALL., *Iug.* 68; APPIAN., B. C. 2, 26; CIC., *ad Att.* 5, 11, 3.

⁷¹ SALL., *Ibid.* 49, 4 atestigua que en el 108 a. C. el comandante militar no podía ordenar la flagelación o la ejecución de un ciudadano romano mientras que sí podía hacer lo propio en el caso de que el reo fuese latino (*Turpillius... iussus a Metellus causam dicere, postquam sese parum expurgat, condemnatus verberatusque capite poenas solvit: nam is civis ex Latio erat*).

⁷² Vid., al respecto ZUMPT, A. W., *Das Criminalrecht der römischen Republik I* (Berlín 1865-1869) p. 56; MOMMSEN, T., *Droit penal*, cit., I, p. 34 quien opina que el proceso se debería renovar. En contra, PUGLIESE, G., “Appunti” cit., p. 29.

⁷³ LIV., Pers. 57: *quem militem extra ordinem deprehendit, si Romanus esset, vitibus, si extraneus virgis cecidit* (en 134 a. C.).

⁷⁴ Tampoco fue abolido el *fustuarium supplitium*, una suerte de linchamiento practicado por el conjunto de los soldados que nos describe vívidamente Polibio en 6, 37 (vid. la nt. 29).

⁷⁵ Es sabido que el límite entre el *imperium domi militiaeque* fue originariamente el *pomerium* –que Festo, gráficamente, califica de *quasi promurium, id est proximum muro*– y más tarde la primera piedra miliar *extra muros*. LIV., 3, 20, dice que la expresión *pomerium* data de la segunda mitad del siglo V a. C.; con todo, la cuestión entre el *pomerium* y la primera piedra miliar fue disputada todavía en el 215 a. C. (*ibid.* 24, 9). La expresión simbólica de esta limitación del *imperium* se encuentra en la costumbre de que los fascios de los cónsules dentro de la ciudad no portaban el hacha. Fuera del *pomerium* ya era territorio *militiae*, y el cónsul ostentaba el *ius vitae necisque* por lo que poseía el hacha (cfr. LIV., 8, 7, 19; 8, 32, 10; 25, 16, 19; 26, 16, 3, CIC., *in Verr* 3, 156; 5, 118; 5, 142).

⁷⁶ Según el relato de Liv., 29, 21, 22, Q. Pleminio, propretor y legado de P. Escipión en el 205 a. C. expolió la ciudad de Locri, sita en el sur de Italia y los locrinios se quejaron de ello al Senado. El Senado nombró una comisión encargada de investigar los hechos que halló a Pleminio y a sus cómplices culpables –*damnaverunt*– y los enviaron encadenados a Roma. Pleminio falleció en prisión antes de que

Cicerón contra Verres por la *verberatio* ilegítima prueba de un modo indirecto que el *imperium* del gobernador en la provincia a su cargo no era ilimitado⁷⁷.

No existen, en definitiva, dudas de que una de las *leges Porciae* –y precisamente la reputada de progeñe catoniana– prohibía la *verberatio* del *civis romanus* de un modo absoluto. Tal es la tesis que goza de mayor predicamento en la romanística desde que –tiempo ha– fue expuesta por Zumpt⁷⁸; empero Greenidge entiende que del texto de las verrinas debe inferirse el carácter inmoral –no antijurídico– del acto de Verres⁷⁹. Con todo, pensamos que la prohibición de la *verberatio* por la legislación *porciana* es total, ya que –caso contrario– carecería de explicación el hecho de que el torturado no pronunciase jamás la palabra *provoco*, limitándose a gritar ante el foro de Mesina: *civis romanus sum!*⁸⁰

IV. La cláusula edictal *si servum alienum adversus bonos mores verberavisse*

Los juristas clásicos distinguía las *iniuriae* inferidas al esclavo con el fin de ofender al titular de la *dominica potestas*⁸¹, que el *dominus* ejercitaba *suo nomine*, de las específicamente dirigidas contra el esclavo; e incluso para estas últimas concedían al titular de la potestad la *actio iniuriarum*⁸², que en este caso actuaba *servi nomine*. Los

terminase el *iudicium populi* que había investigado su crimen. La comisión no tenía carácter judicial y no pronunció sentencia, meramente se limitó a investigar y los preliminares del juicio tuvieron lugar en Roma.

⁷⁷ CIC., in Verr. 2, 5, 62, 161-162; *ibid.* 63, 163.

⁷⁸ ZUMPT, A. W., *Das Criminalrecht*, cit., I, p. 52.

⁷⁹ GREENIDGE, A. H. J., *The Legal Procedure*, cit. I, p. 320 ss.

⁸⁰ CIC., In Verr. 2, 5, 62, 162: *Caedebatur virgis in medio foro Messanae civis romanus, iudices, cum interea nullus genitus, nulla vox alia illius miseri inter dolorem crepitumque plagarum audiebatur nisi haec: "Civis Romanus sum"*.

⁸¹ Ulp. D. 47, 10, 15, 34 (37<57>ad ed.: *Praetor ait: qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse, deus es iniussu domini quaestionem habuisse dicitur, in eum iudicium dabo; item si quid aliud factum esse dicitur, causa cognita iudicium*. Del mismo se infiere, según R. WITTMANN, "Die Entwicklungslinien der Klassischen Injurienklage", en ZSS 91 (1974) p. 399, que el *dominus servi* –en caso de *iniuria* inferida al esclavo– no podía ejercitar la *actio iniuriarum* sino bajo determinadas circunstancias y, en concreto, cuando alguno hubiera dirigido la injuria contra el esclavo con la intención de injuriarle a él personalmente, como cuando alguien azota sin motivo a un esclavo ajeno en presencia de su dueño y a pesar de la protesta del mismo "para exponer al dueño a la burla de otros" o el caso del *ludibrio habere* de un esclavo ajeno que consiente en el comportamiento del ofensor –D. 47, 10, 26–. Para A. TORRENT, "el pretor concedía al dueño del esclavo la *actio iniuriarum* en cuanto los daños causados al esclavo hubieran sido realizados *in contumeliam domini*" (Cfr. *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1987, p. 503.

⁸² El comentario de Ulpiano comienza –Ulp. D. 47, 10, 15, 35 (77<57>ad ed.) – con una reflexión sobre la necesidad del edicto afirmando que no se debe dejar sin castigo por el pretor la injuria hecha al mismo esclavo, mayormente si se hiciera con azotes o mediante tormento, *hanc enim et servum sentire palam est*. B. ALBANESE, *Le persone nel Diritto Privato Romano* (Palermo, 1979) p. 137, ve en esto un reconocimiento "dell'autonoma personalità umana del servo" y de su dignidad. Según R. WITTMANN, "Die Entwicklungslinien", cit., p. 340 en el caso en el que se le posibilita al dueño el ejercicio de la acción *servi nomine*, el ofensor no ha pretendido burlarse mordazmente del dueño, pero en todo caso ha actuado *in contumeliam domini*. Para un análisis del supuesto de que alguien convocase a la turba para azotar al esclavo delante de la misma e inferirle injuria recogido en Ulp. D. 47, 8, 4, 14 (56 ad ed.) vid. F. RABER, *Grundlagen Klassischer Injurienansprüche* (Viena-Colonia-Graz, 1969) p. 118.

esclavos no podían de *iure* ser sujetos pasivos de la *iniuria*⁸³. Sin embargo, el pretor, a través del llamado por Lenel, edicto de *iniuriis quae servis fiunt*⁸⁴, promete acción⁸⁵ al dueño por la *verberatio*⁸⁶ de su esclavo y por la *quaestio*⁸⁷ ocurridas sin su orden⁸⁸ y contra las buenas costumbres. Como bien dice F. Raber⁸⁹ la exigencia de la actuación *adversus bonos mores* constituye una “Objektivierung der Injurienhaftung”. En consecuencia, para que la *verberatio* del *servus alienum* sea considerada objeto de reprobación debe efectuarse contra las buenas costumbres, según se infiere de la cláusula edictal de *iniuriis quae servis fiunt*⁹⁰. No se consideran injurias los azotes

⁸³ Gayo, 3, 333 e I. 4, 4, 3. *Servo ipsi quidem nulla iniuria intellegitur fieri, sed domino per eum fieri debetur*. R. Wittmann, “Die Entwicklungslinien”, cit., p. 339 diferencia los casos de la *iniuria* inferida al *alieni iuris* libre (que no precisaba la tipificación de un supuesto de hecho especial sino simplemente “Bestimmungen über das verhältnis des Klagrechts” del que tiene la potestad: Ulp., D. 47, 10, 17, 10) y la ocasionada al esclavo, que encontró la regulación especial del supuesto de hecho en el edicto de *iniuriis quae servis fiunt*. La causa de este tratamiento diferenciado radica en que en los *alieni iuris* libres se presupone la aptitud de ser objeto de una *iniuria* por sí solos, por lo que solo debía ser precisado el modo de actuar su defensa –“das Wie des Rechtsschutzes”– mientras en el esclavo la misma eventualidad de verse amparado por el derecho –das “Ob des Rechtsschutzes”– requería una reglamentación especial del supuesto.

⁸⁴ O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³ (Leipzig, 1927) p. 401, nt. 7 señala que esta titulación no está pensada como rúbrica del edicto, pues de otro modo no podría haber dicho Gayo 3, 222: *servo ipsi nulla iniuria intellegitur fieri*.

⁸⁵ Ulp. D. 47, 10, 15, 34 (77<57>*ad ed.*) el texto aparece reproducido en la nt. 81.

⁸⁶ Ulp. D. 47, 10, 15, 40 (77<57>*ad ed.*): «*Verberasse*» dicitur abusive, et qui pugnis caeciderit. M. MARRONE, “Rec. a Raber”, en IVRA 22 (1971) p. 78 dice que *verberare* “fue dapprima intenso nel significato litterale di bastonare (Gai 3, 222), piu tardi, nel piu significato letterale di battere (*pulsare* : D. 47, 10, 15, 40)” y que la *verberatio* era siempre *iniuria atrox*. F. RABER trata de mostrar con respecto al significado de *verberare* un antagonismo entre Gayo 3, 222 (*at si quis... pugno eum percusserit, non proponitur ulla formula nec temere petenti datur*) y Ulp. D. 47, 10, 15, 40 (Cfr. *Grundlagen*, cit., p. 81. Sin embargo, para R. WITTMANN, “Die Entwicklungslinien”, cit., p. 34, mientras *pugno percutere* en Gayo no es sino el caso del modelo de fórmula de la *actio iniuriarum* pudiendo ser una simple bofetada, en Ulpiano *pugnis cadere* significa “mit Fautschieben (auf den Sklaven) hineindreschen”. La expresión *verberare* no se limita aquí al caso de *flagellis caedere* (D. 47, 10, 17, 2) ni de *loris rumpere* (D. 47, 10, 15, 39) sino que significa “das Verplügen des Sklaven, welche Mittel dabei auch immer angewandt worden sein mögen”.

⁸⁷ En Ulp. D. 47, 10, 15, 41 (77<57>*ad ed.*) se entiende por *quaestionem* los tormentos y el dolor del cuerpo para arrancar la verdad, así como *quam malam mansionem dicunt*, pero no una mera interrogación o un leve amedrentamiento. G. CARNAZZA RAMETTA, *Studi sul diritto penale dei romani* (Roma, 1972) p. 49, refiriéndose a la confesión de los esclavos como prueba en el proceso, dice que “venivano storte colla tortura”. M. MARRONE, “Rec.” cit., p. 158 señala que el precepto, en el curso de la era del Principado, permanece “limitato ai giudici civili”.

⁸⁸ O con orden del dueño, pero excediéndose en sus límites, según Labeón –Ulp. D. 47, 10, 15, 42 (72<57>*ad ed.*) – la orden de torturar puede darla también el tutor, procurador o curador, en su caso –Ulp. D. 47, 10, 17, 1 (57 *ad ed.*)–.

⁸⁹ F. RABER, *Grundlagen*, cit., p. 82, 119 ss.

⁹⁰ Para M. KASER, “Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit in klassischen römischen Recht”, en ZSS 60 (1940) p. 137 la contravención de las buenas costumbres es un requisito especial para que haya responsabilidad por *verberare* a un *servus alienus*. Con todo, se trata de una exigencia común a todos los supuestos de *iniuria* [Cfr. VON LÜBTOW, U., “Zum römischen Injurienrecht”, en *Labeo* 15 (1969) p. 164, quien cita a este respecto Coll. 2, 5, 2. *Commune omnibus iniuriis est, quid semper adversus bonos mores fit idque non fieri alicuius interest*].

dados con ánimo de corregir o de enmendar y tampoco los inferidos por un magistrado municipal al esclavo que, con petulancia, atentaba a su honor y a sus insignias⁹¹.

En D. 47, 10, 15, 6 Ulpiano nos precisa el verdadero alcance de la expresión *adversus bonos mores*: *Idem ait: adversus bonos mores sic accipiendum, non eius, qui fecit, ut generaliter accipiendum adversus bonos mores huius civitatis*⁹². Así las cosas, la expresión *adversus bonos mores* se refiere no a la específica sensibilidad o moralidad de los sujetos sino a las normas de la sociedad que da cobijo a ofensor y ofendido, significando, en consecuencia, una medida de carácter objetivo⁹³.

La moderna romanística califica a este supuesto de *iniuria indirecta*⁹⁴, partiendo de Gayo 3, 222 cuando afirma que no se comete injuria contra el propio esclavo sino contra el *dominus* a través suya –*servo autem ipsi quidem nulla iniuria intellegitur fieri, sed domino per eum fieri debetur*–. Con todo, debe tratarse de una *iniuria atrox* para que se considere como una afrenta al dueño –*sed ita cum quid atrocius commissum fuerit, quod aperte in contumeliam domini fieri videtur*–. El mismo jurista explica que esto sucede cuando alguien azota a un esclavo ajeno –*veluti si quis alienum servum verberaverit*–, con ello queda patente que el esclavo no es, en modo alguno, el sujeto pasivo del ilícito ya que quien sufre realmente la afrenta es el *dominus* siempre y cuando la conducta punible constituya una *iniuria atrox* y, en este sentido, como hemos visto, el propio Gayo considera especialmente grave la *verberatio*, mientras que no entiende digno de protección al insulto –*convicium facere*⁹⁵– o el hecho de golpear con el puño –*pugno percutere*⁹⁶.

⁹¹ Ulp. D. 47, 10, 15, 38, 39 (77<57>ad ed.): *Adiicitur: «adversus bonos mores», ut non omnis omnino, qui verberaverit, sed qui adversus bonos mores verberavit, teneatur, ceterum si corrigendo animo, aut si quis emendandi, non tenetur*; sobre este pasaje, vid. BONFIGLIO, B., *Corruptio servi* (Milán, 1998), p. 156.

⁹² Para E. MEZGER, la parte de texto que va desde *non eius* hasta *accipiendum*, es decir, la explicación de que las buenas costumbres no se refieren al autor de la agresión, está interpolada por entenderla superflua e inconexa con el curso de la frase (Cfr. *Stipulation und letztwillige Verfügung «contra bonos mores» in Klassisch römischen und nachklassischer Recht* (Gotinga, 1930) p. 18). En todo caso, esta posible interpolación del texto no desvirtúa la naturaleza objetiva del requisito que comentamos sino que, al contrario, hace más fácil la interpretación del término *adversus bonos mores* destacando que se trata de *adversus bonos mores huius civitatis*.

⁹³ Para A. MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano* (Milán, 1979) p. 64-65: los *boni mores* eran apreciados no a la luz de criterios especulativos sino de aquél que prácticamente era reconocido como correspondiente al bien común. En parejos términos se pronuncia M. MARRONE, “Considerazioni in tema di iniuria”, en *Synteleia Arangio-Ruiz I* (Roma, 1964) p. 480: “in propósito i giuristi ebbero cura di precisare che non si trattava di *mores* individuali, ma dei *mores* della *civitas*”. Como señala E. POLAY, *Iniuria types*, cit. p. 105 “This term meaning, therefore, objective measure”.

⁹⁴ Vid., por todos, GUERRERO LEBRÓN, M., *La injuria indirecta en Derecho romano* (Madrid, 2005) con un prólogo de nuestra autoría.

⁹⁵ BRAVO BOSCH, M.J., *La injuria verbal colectiva* (Madrid, 2007).

⁹⁶ FERNÁNDEZ PRIETO, M., *La difamación en el Derecho romano* (Valencia, 2002) p. 97 ss.

ReCrim

Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV
Revista del Instituto Universit. de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV
ISSN 1989-6352
<http://www.uv.es/recrim>

..ReCrim2012..

OTRO NÚMERO

Secretaría de *ReCrim*

editorial

Recibido: 31/08/12

Publicado: 31/08/12

© 2012 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad en línea en <http://www.uv.es/recrim>

Con el fin del mes de agosto cierro el primer número de 2012, agradeciendo a los autores sus contribuciones y a los lectores su atención.

Ciertamente para un número que atiende al primer semestre del año es generoso el retraso, pero por una parte la experiencia de estos años aconsejaba acompañar los semestres de la revista con los semestres académicos –el ritmo de trabajo universitario, y con él las oportunidades para dedicar tiempo a cuestiones editoriales (a la experiencia me remito) lo hacen recomendable, de forma que en lo sucesivo el primer número del año cerrará con las vacaciones estivales–, y por otra parte compromisos personales de quien suscribe y reformas de la normativa universitaria que han provocado un mes de julio ciertamente convulso en el ámbito académico español (y con ello un esfuerzo organizativo añadido) han impedido que en julio pudiera dedicar a estos menesteres el tiempo que requieren, de forma que agosto ha sido, a la postre, el momento propicio... Como al fin y al cabo este esfuerzo tiene mucho de voluntarismo y desde luego se impulsa desde la gratuidad, espero la generosa comprensión de los lectores; a los autores, eso sí, pido disculpas si el retraso les ocasiona algún perjuicio...

Bueno pues: cerramos número, pero no volumen; mis excusas a quienes han remitido contribuciones que están aún en proceso de revisión –que no depende exclusivamente de mí– o edición –espero salgan en breve–, y desde luego mi comprensión para quienes, habiendo recibido en pleno mes de agosto (que para buena parte de los profesionales forenses y universitarios, y para muchos otros, es inequívocamente periodo vacacional) sugerencias de revisión, han dilatado su respuesta para más adelante.

Pongo punto y seguido y vuelvo a la tarea de edición.

A quienes leen, sinceramente, gracias.

Javier Guardiola García
Secretario de *ReCrim*