

QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA Y EVASION DE PRESOS

BORJA MAPELLI CAFFARENA

Catedrático de Derecho Penal Universidad de Sevilla

I. ANTECEDENTES HISTORICOS

Pese a tratarse de un delito cuestionado permanentemente por la doctrina, casi todas las legislaciones han contemplado un incremento penal para quien viola el contenido de la condena. Mommsen en su obra (1) nos da a conocer como el Derecho romano castigaba con un incremento riguroso de las penas el acto de quebrar la relegación (pena que consistía en residir el condenado fuera de un territorio), o el confinamiento. El emperador Adriano dispuso en un edicto que en caso de desobediencia la relegación temporal se convirtiera en perpetua, la expulsión en confinamiento, el confinamiento en deportación y la deportación, finalmente, se castigara con la muerte (2). Este rigor en la reacción penal será una de las constantes en las sucesivas regulaciones del referido delito y será también una de las claves a tomar en consideración cuando nos planteemos los fundamentos y la generis del mismo.

Situándonos ya en el s. XIII vemos de nuevo recogido este delito en las Partidas de Alfonso X. El castigo del quebrantamiento sólo está previsto para las penas de destierro y prisión. La regulación del primero nos hace recordar el anteriormente citado edicto de Adriano ya que a quien quebrante el destierro se le castiga con idéntica pena pero por el doble de tiempo y si el destierro hubiera sido perpetuo se le castiga con la muerte. En relación con la prisión se prevé el

castigo del guardador según que su conducta sea dolosa o imprudente, en el primer caso se le castiga con la misma pena que al preso liberado y en el segundo se le separa del cargo. Penas parecidas se contemplan para los particulares que ayuden a sacar los presos de la cárcel. Por lo que se refiere al penado, del quebrantamiento de la prisión se derivan consecuencias de orden material y procesal. Entre las primeras está el traslado a prisiones más rigurosas y además debe el juzgador «darle alguna pena por ende según su arbitrio». Por lo que se refiere a las segundas, se considera probado el delito por el que estaban detenidos (3). Respecto de este cuerpo legal interesa igualmente recordar el carácter de retorsión y retributivo con el que se designa la pena. Esta circunstancia que acompañará al delito de quebrantamiento hasta bien entrada la codificación tanto en nuestro país como en el derecho comparado es otra prueba de que —como señalaba el duro Código penal del imperio austro-hungaro—, nos encontramos ante un delito especial (art. 83).

Nuestra codificación se inicia como ya sabemos en el 1822. En aquel primer Código penal se incluyó el delito de quebrantamiento siguiendo un modelo que a las características ya reseñadas añade aún dos más. Por una parte, el castigo se diversifica según la naturaleza de la pena quebrantada, esta decisión legislativa obliga a una redacción casuística interminable e incompleta. La segunda nota característica es la ubicación sistemática de esta infracción dentro del

(1) Mommsen, Th. *Derecho penal romano*, Madrid, T. II, 1.º pág. 418.

(2) Mommsen, op. cit., T. II, pág. 419. En sentido parecido, cfr., Digesto, Lib. XLVIII, Tit. 19. L.4.

(3) Partida 7, tit. XXIX, L.XIII. También en el Fuero Juzgo L.VII, Tit. IV, L.30; Nov. Recopilación, Lib. IV, Tit. XXX, L. 18.

Libro I y no dentro del Libro II junto con el resto de los delitos. Solución que según Jiménez de Asúa (4) se justificó en su momento por el hecho de que todas las penas pueden ser infringidas y esto da al quebrantamiento un carácter de regla general y no de delito. Sin embargo, parece más acertado pensar que detrás de esa decisión legislativa subyace la idea de no considerar como delitos los quebrantamientos de condena (5).

Por su parte, dentro ya del Libro II y entre los delitos contra el orden público se castiga a quienes extraen de las cárceles o proporcionan la evasión de una persona, variando la pena según se use violencia e intimidación u otros medios y atenuándola si se produce la evasión fuera del recinto penitenciario.

En el Código de 1870 se produce una reforma en relación con estos delitos. La razón política criminal de la misma se encuentra en una importante corriente de opinión doctrinal de la que participaban los autores más destacados, quienes consideraban impropio castigar al sentenciado que pretende simplemente su libertad. Así, el art. 130 dispone que las agravaciones previstas para quien quebranta la pena no se aplican a quienes se fugan de un establecimiento penal sin violencia, intimidación o resistencia, sin fractura de puertas o ventanas, etc., sin usar ganchos o llaves falsas, sin escalamos y sin ponerse de acuerdo con otros penados o dependientes del centro. Para estos supuestos que en la práctica representan el menor número de fugas, ya que tiene que concurrir una situación *ostium apertum*, se preve un incremento menos grave de la pena. «Los principios acaban siempre por abrirse paso» escribía Groizard (6) en relación con este nuevo artículo y el legislador había cedido a «no inculpar al espontáneo y natural sentimiento que a todo hombre impele a sacudir el yugo de la fuerza, a huir de sus prisiones» (7).

De esta manera el delito de quebrantamiento

(4) El argumento de que se tratarían de cláusulas generales fue esgrimido originariamente por Valdés Rubio (*El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1903, vol. II Comentario al art. 129). Críticamente Jiménez de Asúa, *Derecho Penal*, Madrid, 1924, pág. 285.

(5) Rodríguez Devesa, J.M. *Derecho penal español*, Madrid, 1982. T. II., pág. 568.

(6) Groizard, A. *El Código penal de 1870*, Burgos, 1872. T. II., pág. 568.

(7) Groizard, op. cit., pág. 569.

se aplicaba con carácter general a todas las penas y a aquellas que privan de libertad cuando se realiza violenta, intimidatoriamente o con fuerza en las cosas. Las simples fugas tendrán un tratamiento jurídico penal privilegiado.

En una comparación histórica, esta regulación del código liberal presenta el menor ámbito punitivo, ya que los sucesivos códigos con sus reformas irán paulatinamente incrementando los supuestos incriminados dentro de este delito. Este es el caso del Código de 1928, que como novedad más destacada presenta el traslado de los contenidos ampliados de los delitos de quebrantamiento y favorecimiento de la evasión dentro de un nuevo título (Tit. VI. Lib. II) bajo el epígrafe «Delitos contra la Administración de Justicia». La modificación sistemática es positivamente valorada por la doctrina desde una perspectiva técnica (8), especialmente por lo que se refiere al delito de quebrantamiento que se encontraba como hemos visto dentro del Libro I, (9) sin embargo, aún hoy la mayoría de los autores piensan que ni están todos los que son, ni son todos los que están (10) y que la lista de delitos que merecen incluirse aquí aún no se encuentra cerrada (11).

En el texto de 1928 la disposición del art. 274 del Código de 1870 (favorecimiento de la evasión) forma el primer Capítulo del Título bajo la denominación «evasión de presos y condenados» en el que se castiga a los que extrajeren de los locales de detención o prisiones preventivas,

(8) Vid. por todos, Magaldi/García Arán, *Los delitos contra la Administración de Justicia ante la Reforma penal*, en Documentación Jurídica, Monográfico 37/40. Enero-Diciembre 1983, vol. 2. págs. 1119 y ss. Ya el Proyecto de 1912 contemplaba un título denominado «Delitos especiales contra la Administración de Justicia en el que se incluyen los siguientes delitos: usurpación o abuso de atribuciones; prevaricación; cohecho; arrogación de atribuciones judiciales por particulares; negativa de funciones legalmente debidas; simulación de delincuencia; acusación y denuncias falsas; falsedad en juicio; encubrimiento; evasión de detenidos o presos y quebrantamiento de condena.

(9) El Código de 1928 incluía dentro del Tit. VI como «delitos contra la Administración de Justicia» las siguientes infracciones: evasión de presos y condenados; desordenes en las prisiones y establecimientos penales; quebrantamiento de condena y encubrimiento. Una valoración de esta nueva sistemática en: Jiménez de Asúa/Antón Oneca, op. cit., págs. 209 y ss.

(10) Rodríguez Devesa, op. cit., pág. 965.

(11) Muñoz Conde, F. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia, 1990, pág. 670.

establecimientos penales o destinados a las medidas de seguridad, a los detenidos o condenados (art. 496). En el Cap. III («Del quebrantamiento de condena») también se amplía la regulación del Código de 1870, estableciéndose una diferencia en la pena cuando se trate de detenidos, de presos sin haber recaído sentencia, y de unos y otros cuando sean conducidos de un lugar a otro. Con una casuística fuera de lugar se van regulando penas distintas según la distinta naturaleza de la pena quebrantada (art. 499-512). Se contempla -siguiendo al Código de 1870- una pena atenuada para las evasiones *ostium apertum*, pero, sin embargo, se castiga el quebrantamiento de las medidas de seguridad incluso diversificando la gravedad de la reacción prevista según el tipo de medida. Esta irrefrenable tendencia expansiva lleva a los legisladores del Código de 1928 a castigar el quebrantamiento de la disolución, supresión o suspensión de una entidad o persona jurídica, Sociedad, Corporación o Empresa de cualquier clase y a perseguir penalmente como quebrantamiento de condena la simulación de una enfermedad mental con la finalidad de suspender el cumplimiento de una pena (arts. 185 y 512).

Semejante reforma no podía ser bien considerada por la doctrina, que ya veía paradójico el Código de 1870. Para Pacheco las generaciones venideras deberían sorprenderse de que un código contemplara como delito el quebrantamiento de condena y se aprestará a abolirlos. Las reformas de comienzo de siglo no solo no se «admiraron» de la existencia del delito sino que sería Pacheco, si levantara la cabeza, quien se sorprendería de las proporciones que iba a llegar a tomar el delito en Códigos sucesivos.

Para Asúa y Antón (12) el Código de 1928 no sólo merecía críticas por la extensión alcanzada, sino también por la dureza de las penas. Especialmente objetables era castigar con penas el quebrantamiento de una medida de seguridad o castigar con un año de prisión la evasión del detenido o preso «que quizá es inocente y ve en la fuga el remedio a su desconfianza en la justicia» (13).

El Código de 1928 tuvo una vida fugaz y fue pronto sustituido por el republicano, en el que se introduciría una nueva redacción que llegaría

(12) Jiménez de Asúa/Antón Oneca, *Derecho penal conforme al Código de 1928*, Madrid, 1929. T. II. Parte especial, págs. 209-210.

(13) Jiménez de Asúa/Antón Oneca, op. cit., pág. 210.

ya a nuestros días prácticamente inalterada. El grupo de delitos contra la Administración de Justicia se vería incrementado con la incorporación de los delitos de acusación y denuncias falsas (art. 331); falso testimonio (art. 332) aunque perdería el delito de encubrimiento y el de alteración del orden en los centros penitenciarios.

Por lo que se refiere al quebrantamiento hay que destacar el abandono del casuismo presente en los anteriores códigos. Se parte del delito de quebrantamiento, que según la propia exposición de motivos es el delito base y por ello debe aparecer en primer lugar (14). Aquí ya sólo se castiga a quienes quebrantan una pena grave con una pena que en ningún caso puede exceder de la cuarta parte de la pena quebrantada (art. 341). A partir del Código de 1932 al legislador le preocupa más determinar el ámbito de los posibles sujetos activos del delito -sentenciado, preso o detenido- que diferenciar este de acuerdo con la pena quebrantada. Esta decisión legislativa parece más acorde con el bien jurídico Administración de Justicia, ya que en definitiva, tanto quebranta la aplicación del fallo quien deja de cumplir un destierro como una inhabilitación. Sin embargo, la técnica anterior era más acorde con el sentido talional que lo caracterizaba. No obstante, la pena como ya se ha visto se determina en función de la magnitud de la pena quebrantada (una cuarta parte).

La figura base verá agravada su pena cuando se emplee violencia o intimidación, fuerza en las cosas o poniéndose acuerdo de con otros penados o con dependientes del establecimiento. La pena en estos casos podrá ir de arresto mayor en grado máximo a prisión menor en su grado medio, sin que en ningún caso exceda de la tercera parte del tiempo de duración de la pena quebrantada (art. 342). Esta combinación no resuelve el problema de congruencia que plantea la distinta naturaleza de las penas quebrantadas. El legislador empleando esta combinación de pena privativa de libertad y un tope fijo máximo de dos tercios remite al Tribunal juzgador la difícil cuestión de determinar si para emplear uno u otro sistema se debe atender solo al criterio temporal o también a la gravedad que pueda entrañar el cumplimiento. Así una pena de prisión

(14) El texto del delito base de quebrantamiento en el Código de 1932 quedó de la siguiente forma: «Los que quebrantaren su condena serán castigados con arresto mayor si la sentencia quebrantada fuera de pena grave, sin que en ningún caso pueda exceder de la cuarta parte de la pena impuesta».

menor en grado medio es más grave que un extrañamiento aunque este sea por más tiempo.

Finalmente, el Cap. III del Código de 1932, que comentamos, incluye el delito de favorecimiento de la evasión con dos conductas típicas: extraer de las cárceles o de los establecimientos penales a alguna persona detenida en ellas y proporcionar la evasión. La pena sera distinta si se empleó violencia, intimidación o soborno y será privilegiada «si la evasión del detenido se verifica fuera del establecimiento, sorprendiendo a los encargados de conducirlos» (art. 343). La expresión «detenidos» aquí empleada no puede entenderse en su sentido técnico jurídico por coherencia con el primer párrafo de este artículo del que el segundo es solo un tipo dependiente privilegiado.

La redacción actual tiene su origen en el Código de 1944. No sólo se mejoran algunas cuestiones técnicas, sino que se vuelve a ampliar los ámbitos de incriminación aunque sin llegar a los extremos del Código de 1928. Del epígrafe del Capítulo III (ahora dentro del Tit. IV) desaparece la expresión «favorecimiento de la evasión» y se sustituye por «evasión de presos», decisión poco acertada porque ahora el epígrafe completo no da idea de los delitos que contiene, ya que la «evasión de presos» es solo una modalidad de quebrantamiento pero no guarda relación con el tipo del actual art. 336 que sigue refiriéndose a modos de favorecimientos de evasión.

Además, el Código de 1944 incluye entre los sujetos activos junto a los sentenciados, los presos. La pena del delito base, el mero quebrantamiento es arresto mayor, pero al desaparecer el límite respecto de la pena quebrantada puede resultar mayor, como superior son también las penas para el tipo agravado cuando concurre violencia, intimidación o fuerza y para el favorecimiento. Así pues, la situación actual resulta en el ámbito incriminado y en la intensidad penal más grave que la del Código republicano.

El 8 de abril de 1967, después de que fuera derogada la Ley de Uso y Circulación de vehículo de motor de 1962, el legislador introduce el siguiente párrafo dentro del art. 334 que ya se encontraba en dicha ley: «En la misma pena (del párrafo anterior) incurrirán los que quebrantaren la condena de privación del permiso de conducción». La cláusula en cuestión ha sido considerada superflua por la doctrina (15).

Muchas son las novedades que aparecen re-

(15) González Guitián, L. *Dos problemas del artículo 334 del Código penal (En torno al delito de quebrantamiento de condena)*, en Estudios penales II. Santiago de Compostela, 1977-78, pág. 288.

cogidas en relación con este delito en la PANCP de 1983 cuyo estudio pormenorizado interesa en la medida en que sirve de borrador para el debate de la actual comisión legislativa para la elaboración de un Código penal. Por lo demás, salvando el debate sobre la conveniencia o no de castigar el quebrantamiento, a nuestro juicio la PANCP ofrece evidentes mejoras técnicas a la redacción actual que arrastraba un conglomerado de criterios de incriminación, muchos ajenos al bien jurídico protegido.

Las penas en general aparecen mitigadas, siendo en el delito base una multa de doce a veinticuatro meses si se quebranta una pena de prisión y multa de seis a doce meses en los demás casos (art. 447). Desaparece la referencia a la «conducción o custodia» que más bien introduce un punto de confusión, y no aclara nada en el Código vigente. La pena agravada no se aplicará en ningún caso a los presos preventivos, ya que estos no quebrantan una «condena a pena de prisión».

La poca probabilidad de que en el quebrantamiento de una pena distinta a la prisión puedan concurrir instrumentalmente violencia, intimidación o fuerza han debido aconsejar aplicar el tipo agravado exclusivamente a la fuga (16). A los referidos medios se añade el tomar parte en un motín o algarada (art. 448). La redacción propuesta aleja aún más que en el actual 335 el carácter medial de las violencias, ello puede ser especialmente grave en relación a los motines y algaradas, por una parte, porque tomar parte en motín o algarada y después fugarse sin otra relación entre ambos sucesos que no sea la temporal no justifica la agravación y, por el contrario, quien se aprovecha de una algarada o motín en la que no ha tomado parte no podrá aplicársele el art. 448. Desde una perspectiva penitenciaria tampoco parece aconsejable introducir como agravante el motín y la algarada, primero porque no son conceptos con un significado jurídico penitenciario y sobre todo en el caso de la algarada, el menor disturbio permitiría aplicar la agravante que implica un considerable incremento de penas; por otra parte porque, como apunta Cuello Calón (17) el estudio de los comporta-

tamiento de condena), en Estudios penales II. Santiago de Compostela, 1977-78, pág. 288.

(16) Magaldi/García Arán, (op. cit., pág. 1192) ven en la nueva redacción de la PANCP de 1983 una influencia del texto penal alemán, concretamente del par. 121.

(17) Cuello Calón, E. *La moderna penología*, Barcelona, 1973, pág. 608.

mientos de los internos durante los plantes y los motines en las prisiones de Estados Unidos ha demostrado que la finalidad no es aprovechar el caos y el desorden para facilitarse la fuga, sino como un medio para exigir mejoras en las condiciones penitenciarias.

Se mantiene en la PANCP el castigo del favorecimiento de la evasión bien cuando se produce en el lugar de la conducción bien en las conducciones, desapareciendo la conducta de extraer de la cárcel que se encuentra en el art. 336 que sin problema puede incluirse en los actos de proporcionar la fuga, salvo quizás en el poco probable supuesto de que el recluso saliera maniatado contra su voluntad. También aquí se prevé una agravación de la pena si se empleó violencia, intimidación, fuerza o soborno (art. 449).

Con buena lógica y sentido de la coherencia el PANCP exime de responsabilidad por la participación en la fuga al cónyuge o parientes. Si el encubrimiento entre parientes constituye una excusa absoluta con mayor razón debe apreciarse dicha excusa en el pariente que facilita la fuga de su familiar recluso. Por otra parte, al desaparecer los delitos de infidelidad en la custodia de presos se ha contemplado una agravación cuando el «culpable fuere un funcionario público encargado de la conducción o custodia de un condenado, preso o detenido. El funcionario sera castigado además con la pena de inhabilitación especial de seis a diez años si el fugitivo estuviere condenado por sentencia ejecutoria, y con la inhabilitación para el cargo de tres a seis años en los demás casos» (art. 450).

El simple quebrantamiento del recluso sigue sin desaparecer como conducta delictiva tal como reclama la doctrina. Sin embargo, la disminución de la pena y su ubicación sistemática al final del Tit. XVII permite abrigar esperanzas de que en algún momento se le de merecidamente la razón a Silvela cuando aseguraba que la sociedad del futuro se admiraría de que semejante conducta sea punible.

II. ANALISIS PENITENCIARIO Y CRIMINOLOGICO DEL QUEBRANTAMIENTO DE LA PENA DE PRISION

La profunda evolución de la cuestión penitenciaria en las últimas décadas hace conveniente reflexionar sobre los aspectos criminológicos y penitenciarios de la evasión. Como hemos visto en el apartado anterior, la figura delictiva del que-

brantamiento de condena ha girado casi exclusivamente sobre la pena de prisión. Los primeros textos legales hacen referencias expresas en la descripción típica a fugas, evasión, etc., que son sólo posibles en relación a la privación de libertad. Si como reflejan las estadísticas las evasiones han dejado de ser un problema criminológico y penitenciario, también ello nos ofrece un argumento hacia una reforma despenalizadora.

Desde que existen las prisiones existen las preocupaciones de impedir la fuga de los internos. Insignes visitantes de estas como Cleopatra, Sócrates o Napoleón renunciaron a la posibilidad de evadirse pero también otros muchos como César Borgia, Cortés o Mussolini eludieron la vigilancia de sus guardianes. Movidos por esta finalidad se han diseñado a lo largo de la historia arquitecturas penitenciarias cada vez más sofisticadas y se han impuesto sistemas de vida en la prisión.

La preocupación por la fuga no sólo se materializa en los elementos físicos y regiminales de un establecimiento penitenciario, sino que determina y condiciona la comunicación entre los responsables de aquél y los presos. Goffman explica este fenómeno de la siguiente forma: «Un importante aspecto de la definición oficial del carácter de los reclusos es la certeza de que aprovecharan la menor oportunidad que se les presente para eludir el cumplimiento legal de su condena. Podría añadirse que el deseo de escapar, y la disposición habitual a sofocarlo ante la probabilidad de ser sorprendidos y castigados expresan (no ya con palabras, sino en actos y sentimientos) la conformidad de los presos con el punto de vista que tienen sobre ellos las autoridades. Gran parte de los conflictos y de la hostilidad entre la dirección y los internos de los establecimientos penales resultan así consistentes con la conformidad referida a ciertos aspectos de la naturaleza de los internos» (18). Esta relación definitoria es uno de los elementos que mayor papel juegan en el ambiente prisional que se vive en las cárceles, donde no importa tanto la realidad para diseñar una respuesta como las expectativas representadas.

Es conveniente reflexionar en la actualidad sobre las dimensiones reales y no representadas de los peligros de fuga, ya que ello permitiría hacer disminuir los excesos de medidas de seguridad que de forma innecesaria se concentran

(18) Goffman, E. *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, 1972, pág. 187.

allí y que perjudican el desarrollo de los programas resocializadores.

Durante mucho tiempo preocupaba a las autoridades tanto por su frecuencia como por ir generalmente acompañadas de actos de grave violencia. «Nada trastorna tanto un Penal, señala Cadalso, ni nada hay que intranquilece y amargue tanto a los empleados como las evasiones» (19). Este mismo autor nos da cuenta de la frecuencia con que estas se producen, debido sobre todo al estado ruinoso de los edificios, la falta de vigilancia y la escasa profesionalización de los vigilantes. Desde una perspectiva criminológica el fugado no responde a una personalidad caracterizada y si la fuga solía ir acompañada de actos de violencia, que determinaron las primeras legislaciones que se incluyeron como tipo agravado, se debía a la necesidad de asegurar el éxito de un plan que se había fraguado durante largas esperas. Algunos autores han estudiado la presencia de ciertas psicopatías en los presos evadidos (20) especialmente en las fugas que resultan menos justificables desde el exterior como son las que se producen en centros de régimen atenuado o entre internos cuya liberación se encuentra ya próxima.

Aunque las tendencias de fuga se distribuyen por igual entre la población reclusa, suele realizarse más en aquellos centros donde se producen mayores punibilidades, lo que demuestra que la fuga no suele ser un acto irreflexivo, sino venir precedida de una larga planificación y elaboración. Por las mismas razones no es extraño que las fugas con éxito (entendiendo por éxito la salida del perímetro del establecimiento) sean superiores a los intentos fallidos como ocurre en nuestro país en el año 1986 durante el cual se produjeron 54 evasiones frente a 27 intentos.

Las estadísticas han reflejado algunas cuestiones de interés sobre el fenómeno de la fuga. Todo hace pensar que si bien existe entre los evadidos un deseo de libertad irrefrenable, las circunstancias más comunes a ellos y que le han impulsado a la fuga son unas condiciones penitenciarias excesivamente rígidas o la vivencia de problemas personales fuera de la prisión. Dünkel y Rosner (21) han comprobado como a

(19) Cadalso y Manzano, F., *Estudios penitenciarios*, Madrid, 1893, pág. 154.

(20) Cuello Calón, op. cit., pág. 600 cita el trabajo de Gummersbach, H., *Eine psychologische Studie über Entweichung und Ausbrechen Strafgefangener*, en *Monatschrift für Kriminalpsychologie*, 1933, págs. 498 y ss.

(21) Dünkel/Rosner, *Die Entwicklung des Strafvoll-*

pesar de las aperturas de las prisiones no se da un incremento en las fugas, es decir, que en muchos ámbitos penitenciarios puede hablarse de una sobredimensión de las medidas de seguridad, ello incluso pese al daño que la aplicación de las mismas causa a la comunidad prisional.

Menos explicación tiene la defensa penal y penitenciaria frente a la evasión, cuando esta, como la mayoría de los autores reconocen y las estadísticas reflejan, han dejado de constituir un problema. La práctica desaparición del riesgo de fuga poco o nada tienen que ver con la penalización de la misma. En primer lugar destacan los obstáculos técnicos de los que disponen hoy en día la mayoría de las prisiones que requiere para poder sortearlos de una cierta especialización profesional en medios electrónicos, pero junto a esta razón, debe considerarse que un gran número de internos ven ciertas expectativas en la actual configuración legal de la ejecución de la pena de prisión. Como ya hemos apuntado, las fugas tienen mucho que ver con actos de rebelión contra situaciones penitenciarias extremadamente rígidas.

El fenómeno de la disminución de las evasiones se ha producido de forma generalizada en los países de nuestro entorno. En España no podemos aportar datos estadísticos sobre los porcentajes de evasión en épocas más remotas, pero en los últimos años mantiene una constante en torno al 0'25%. Tan interesante como destacar la escasez de ese porcentaje es tomar en consideración la alta cuota de fracasos en la evasión por ser descubierto el autor al tratar de rehacer su vida en libertad. No tenemos datos en nuestro país, pero en la República Federal Alemana en donde el número de evasión es comparativamente mayor, nos encontramos con que el 86% fueron posteriormente detenidos o se entregaron voluntariamente.

En conclusión, estas consideraciones nos indican por una parte que las motivaciones de las fugas responden a razones penitenciarias en donde no aparece un dolo de infringir la disposición judicial sino más bien el rechazo a cumplir la condena en determinadas condiciones. Por otra parte, la escasa capacidad intimidatoria del Derecho penal y la cada vez menor incidencia de la fuga como problema penitenciario aconsejan desde la perspectiva político-criminal que la forma más eficaz de luchar contra el actual deli-

zugs in der Bundesrepublik Deutschland seit 1970 - Materialien und Analysen, Freiburg, 1981, pág. 186.

to de quebrantamiento de la condena pasa por una mejora y mitigación del régimen penitenciario y no por agravar aún más la pena.

Por último, la actual complejidad de las situaciones regimentales de los internos -tercer grado, vacaciones, libertad condicional, etc.- que determinan diferentes cuotas de libertad tendría que ser tenido en cuenta si se mantiene una pena más leve para quienes procuran la evasión de un tercero fuera de los establecimientos penitenciarios (22).

III. EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA EN EL DERECHO COMPARADO

En el panorama del derecho comparado encontramos básicamente dos modelos de incriminación del quebrantamiento. La diferencia entre uno y otro se encuentra en el castigo o no de la simple fuga de un centro penitenciario. Estudiaremos a continuación dos países, cada uno de ellos representantes de uno de esos modelos que llamaremos restringido y amplio. Alemania es un ejemplo de la incriminación penal restringida del quebrantamiento e Italia de un país con una legislación de amplios ámbitos de punición.

Alemania. En efecto, la legislación germana pasa por ser una de las más restringidas en el derecho comparado. Dos párrafos dedica al castigo de comportamientos delictivos específicamente relacionados con la evasión, ambos se encuentran recogidos entre los delitos contra el poder del Estado.

En el primero de ellos se castiga a quien libere a un recluso, le induzca a evadirse o le facilite la evasión. La pena del tipo base será de prisión hasta tres años o multa y cuando el autor de los hechos fuere funcionario o realizase un servicio

(22) Precisamente y en relación con este tema, algunas resoluciones judiciales se han tenido en cuenta la condición penitenciaria. Lo cual, por otra parte, resulta consecuente con el propio texto legal, ya que el art. 336 contempla una atenuación de la pena cuando se ayuda a un tercero a fugarse durante la conducción. En un sentido parecido el Juzgado de lo penal núm. 2 de Burgos, en resolución de Abril de 1990 absolvía a un recluso que no se reintegró a la cárcel tras un permiso argumentando que "el quebrantamiento de condena tiene que ser de cumplimiento de la pena, no de ejecución de la misma" y que quien "goza de un permiso de salida, no se ha evadido de sitio alguno sino que no se reintegra a la prisión o al lugar donde estaba privado de sus derechos" (El País, 10.4.90).

público con el encargo especial de evitar las fugas, entonces la pena puede elevarse hasta cinco años de prisión o multa. Cabe la posibilidad de castigar en todos los supuestos las fases inacabadas. A efectos de estos comportamientos delictivos, se equiparan a los presos quienes por decisión de la autoridad se encuentran internados en un establecimiento penitenciario (Par.120).

El tipo base es una cuasi-participación en la autoevasión (impune) de un interno (23). Los objetos del delito son las personas que han perdido su libertad ambulatoria expresamente (Apdo. 4), entendido en un sentido amplio, en donde entran no sólo los penados y los presos preventivos, sino también los detenidos. En definitiva, todos aquellos que se encuentran bajo la custodia de una autoridad competente o de un funcionario público. La relación custodial del Estado es pues la clave de referencia para delimitar correctamente el concepto de recluso (24). Cierto sector doctrinal y la jurisprudencia más reciente critican la inclusión dentro del concepto de recluso de formas tan alejadas como la custodia de seguridad. Como criterio más frecuente de limitación se entiende que podrá aplicarse el par. 120 si una persona por una infracción ha sido privado de libertad en un proceso por medio de un acto judicial o policial de sometimiento bajo el poder de una autoridad competente (25).

El delito consiste en liberar, inducir o favorecer la evasión. Mientras que la primera de las actividades constituye un acto de autoría, sin embargo las otras dos son formas de participación cuya inclusión en el tipo se justifica por no castigarse la auto-evasión. No obstante, en la praxis en muchos supuestos las diferencias entre liberar e inducir, o inducir y favorecer no resulta fácil (26). Estas dificultades se han reflejado en una jurisprudencia fluctuante que a veces ha considerado no cerrar la puerta de la celda como facilitar la evasión y, en cambio, no cerrar la puerta de la prisión como liberación de un interno (27). La autoevasión es, como ya hemos visto, impu-

(23) Eser, A. Comentario al par. 120, en Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, Munich 1980, pág. 97s.

(24) Bubnoff, Comentario al par. 120 en Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, Munich 1980, pág. 97s.

(25) Dreher/Trondle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Munich, 1978, par. 120, apdo. 2.

(26) Bubnoff, op. cit., apdo. 25.

(27) Bubnoff, op. cit., apdo. 25.

ne y en consecuencia también se entiende fuera de la conducta típica los intercambios de ayuda en una fuga colectiva que unos presos se prestan a otros. Lo mismo cabe decir de la inducción cuando se produce entre un grupo de reclusos que preparan una fuga (28).

El delito se consuma cuando el recluso vuelve a recuperar materialmente su libertad, es decir, cuando el funcionario encargado de ello ya no pueda desarrollar su actividad de custodia aunque solo sea de forma pasajera. Cuando se encuentra disfrutando de ciertas parcelas de libertad ambulatoria, la interrupción de la custodia por sí sola no es suficiente y se exige el abuso de la situación por el interno (29). Resulta también difícil de determinar la impunidad y el ámbito punible en grado de tentativa en los casos de inducción no seguidos de evasión, ya que aquí no se aplican las reglas generales de la participación, pues esta se eleva a forma de autoría por voluntad del legislador.

El segundo párrafo dedicado a este delito incluye una amplia gama de comportamientos bajo la denominación común de «motines». El tipo básico castiga las reuniones violentas de presos que coaccionan o atacan al personal penitenciario, o se evaden empleando la violencia o ayudan también con violencia a la fuga de uno de ellos o de otros presos. La pena es de prisión de tres meses a cinco años, sin embargo, puede ser de seis meses a diez años cuando se portan por los internos armas de fuego y de otro tipo o si se emplean en los hechos o se realizan actos violentos que ponen en peligro la vida de terceros o pueden causar graves lesiones a estos (Par. 121). Como en el párrafo anterior, la tentativa es punible y en el concepto de preso se entienden incluidos otros casos de internamiento en prisión distintos del penado.

Dentro de este conjunto de comportamientos delictivos que en nuestro país se tratan por el Código penal a partir de la incriminación de los resultados de la violencia sin atender a si esta se produce específicamente dentro de una prisión, nos interesa destacar en relación con nuestro estudio la evasión violenta, única modalidad en la que aparece castigada la autoevasión en la legislación germana. Como presupuesto de la incriminación de la fuga violenta ha de existir una connivencia, es decir, una alianza manifiestamente peligrosa de al menos dos reclusos dis-

puestos a emplear la violencia (30) y ha de emplearse esta en la fuga. Así pues, si la connivencia se realiza con un tercero no recluso o la participación aparente de algunos en ella, es suficiente para aplicar el par. 120. La violencia debe dirigirse contra aquellos obstáculos materiales que separan al interno de la libertad, si la violencia se emplea contra las personas se aplica el primer párrafo de este mismo párrafo 120 (31). La jurisprudencia viene entendiendo con cierta amplitud el concepto de fuerza o violencia, dentro de la cual se entiende incluido también la que se dirige indirectamente a favorecer la fuga, como, por ej., fracturar un armario para apoderarse de unos uniformes con los que camuflar la fuga. No obstante, el concepto de fuerza en las cosas en el Código penal alemán resulta más restrictivo que en el nuestro y así ni el empleo de llaves falsas ni de ganzúas ni mucho menos las llaves legítimas sustraídas no violentamente al funcionario se consideraría fuga violenta.

En definitiva, el modelo de incriminación alemán resulta bastante restrictivo al exigir que la autoevasión vaya acompañada de fuerza material y castigar solo la participación de terceros en la misma. Y aunque la evasión con fuerza en las cosas nos sitúa de hecho próximo al modelo de incriminación de la autoevasión en la medida que en la práctica es muy difícil que se produzca una fuga *ostium apertum*, sin embargo, la exigencia como presupuesto de una alianza violenta entre los internos restringe considerablemente los casos tipificables.

Italia. La regulación italiana del delito de quebrantamiento de condena aparece en la legislación agrupada en cuatro modalidades delictivas distintas: la evasión, el favorecimiento de la evasión, la imprudencia en la custodia, facilitar la inobservancia de una medida de seguridad de internamiento y la omisión del deber de denunciar una evasión.

La simple evasión de quien se encuentra legalmente arrestado o detenido por un delito se castiga con una pena de prisión de seis meses a un año (art. 385). Como circunstancias calificadas se recogen el uso de violencia o intimidación contra las personas o ruptura y como circunstancias muy calificadas que la violencia se ejerza con armas o por varias personas reunidas. Al contrario que nuestro Código, que atiende a una disminución de la pena si la evasión se pro-

(30) Esser, en Schönke/Schröder, comentario al par. 121.

(31) Bubnoff, op. cit., apdo. 32.

duce fuera de los establecimientos penales, en Italia sera igualmente castigado el imputado que estando arrestado en su propio domicilio o en otro lugar designado en la providencia lo abandona e incluso en los supuestos en que el interno ha sido autorizado a trabajar fuera del centro penitenciario. Sin embargo, se atenuará la pena cuando el evadido se presenta en la cárcel antes de la condena (art. 385).

Los sujetos de la evasión pueden ser quienes han sido privados de libertad porque han sido descubiertos *in fraganti* cometiendo un delito o en ejecución de un mandato u orden de arresto de captura o encarcelamiento (arrestado) y quien se encuentra en prisión preventiva o cumpliendo una pena (detenido) (32). Los únicos condicionamientos restrictivos de la tipicidad son la necesidad de que el detenido o arrestado lo sea por la comisión de un delito y que la detención y el arresto sean legales entendido en un sentido formal. No hay posibilidades de justificar la evasión aún cuando sea materialmente injusta, salvo en los supuestos de ilegalidad contemplados por la ley. La reforma de 1982, equiparando el arresto domiciliario, y la jurisprudencia han ampliado aún más el tipo entendiendo que al margen del lugar, la condición de sujeto activo o el medio existirá evasión siempre que exista un poder de custodia efectivamente ejercitado. No hace falta que el sujeto se encuentre efectivamente ingresado en un establecimiento o lugar de custodia; basta para la evasión con la existencia de una restricción personal (33).

Como en Alemania y en nuestro país se entiende que nos encontramos con un delito de resultado que se consumará cuando se ha producido completamente la sustracción de la custodia. Sin embargo, la amplia gama de supuestos de hecho incriminables hace difícil valorar el momento consumativo. No plantea problemas cuando se trata de una fuga de un lugar cerrado, entonces el delito se consuma al sortear el evadido el perímetro del último obstáculo. Si la esfera de la custodia es limitada por la custodia personal, el delito se ha entendido consumado cuando el sujeto logra sustraerse a la misma sin que pueda ser vuelto a detener de forma inmediata (34). Por lo que hace referencia a las circunstancias específicas la doctrina (35) entiende

(32) Crespi/Stella/Zuccalà, *Commentario breve al Codice penale* Padua, 1980, comentario al art. 385.

(33) Crespi/Stella/Zuccalà, op. et loc. cit.

(34) Crespi/Stella/Zuccalà, op. et loc. cit.

(35) Manzini, V., *Trattato di diritto penale italiano*, Pi-

que la violencia o la intimidación basta con que se empleen como medios sin necesidad de que se produzcan con ocasión de la fuga. La violencia o intimidación pueden tener menor entidad y no constituir por sí solas un específico título de un delito (lesiones, coacciones, amenazas) pero en todo caso se entiende que ante la disparidad de intereses tutelados se aplican las reglas del concurso. La presentación ante la autoridad del evadido (el delito, pues, ya se ha consumado) constituye una atenuante similar a nuestro arrepentimiento espontáneo (art. 9.9), siendo suficiente presentarse ante la autoridad que esté obligada en función de su cargo a conducir al evadido a un establecimiento penitenciario.

La modalidad de favorecer la evasión, sin embargo, aparece más restringida que en la legislación germana ya que no contempla la instigación a la fuga. Se introduce una pena distinta según que el evadido estuviere condenado a pena de muerte o *ergastulum* o a cualquier otra pena. Se contemplan como circunstancias agravantes las ya normales de violencia, intimidación y fractura y aparece el parentesco y la ayuda a la captura del evadido o la propia entrega de este ante la autoridad como atenuantes (art. 386).

En su modalidad imprudente el art. 387 castiga a quien en razón de su cargo tenga la custodia aunque sea temporal de una persona y por negligencia se le evade. En esta ocasión la circunstancia atenuante del arrepentimiento o de la captura alcanza la naturaleza de condición objetiva de punibilidad, ya que dependiendo de la devolución del evadido a la justicia, el autor imprudente se vera exento de responsabilidad penal. También castiga el Código italiano al funcionario o dependiente de un establecimiento destinado a la ejecución de penas o medidas de seguridad que omite dar inmediato aviso a la Autoridad de la evasión de las personas allí recluidas. Idéntica pena se aplica a quien por ley o providencia de la autoridad tiene encargada la vigilancia o custodia de una persona (art. 716). Esta modalidad omisiva se encuentra sistemáticamente alejada de los delitos de quebrantamiento. Y no podía ser de otra forma, ya que los reclusos lo pueden estar también por motivos que nada tienen que ver con el procedimiento penal ni con las medidas de seguridad, el evadido puede serlo de un reformatorio o de un centro psiquiátrico. Algún autor ha entendido que por medio de este delito se

sapia, 1981-85, pág. 1057; Jannitti Piromallo, *Delitti contro la amministrazione della giustizia*, en *Trattato di diritto penale*, pág. 314.

(28) Wessels, J., *Strafrecht*, B.T.

(29) Esser, en Schönke/Schröder, op. cit., apdo. 22.

protege también el eventual riesgo de los menores o enfermos mentales evadidos (36).

Finalmente, el Código italiano castiga en una serie de artículos (arts. 388-391) las faltas de cumplimiento de diversas disposiciones condenatorias o no de la justicia civil así como el incumplimiento de las penas pecuniarias y accesorias. Más próximo al delito de quebrantamiento son las infracciones recogidas en los arts. 390 y 391. El primero de ellos castiga a quien facilita la inobservancia de una pena fuera de los casos en que pudiera concurrir con otros delitos, es decir, una especie de forma delictiva residual para cuando no quepa aplicar otros modelos más graves. Y el art. 391 castiga a quien facilita la evasión de una persona sometida a medida de seguridad de internamiento, u oculta al evadido o de alguna otra forma lo favorece frente a la búsqueda de la autoridad. Para este último supuesto, se aplican idénticas circunstancias agravantes y atenuantes que para el favorecimiento de una evasión de un establecimiento penal. Asimismo se castiga la comisión imprudente. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el penado, detenido o arrestado, la persona que se evade de la aplicación de un internamiento por medida de seguridad no tiene responsabilidad penal por ello.

IV. EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA EN EL CODIGO PENAL VIGENTE

A) Texto legal

Bajo el epígrafe «Del quebrantamiento de condena y de la evasión de presos» en el Cap. III del Tit. IV («Delitos contra la Administración de Justicia») del Libro II del Código penal, se recogen tres artículos (334-336) que no difieren sustancialmente de la redacción que presentaba el Código republicano de 1932 (37).

(36) Bricola, *Custodia di minori, alienati di mente o persona detenute*, en *Enciclopedia del diritto*, pág. 1216, apdo. 2.

(37) Con razón destaca Córdoba Roda (Comentarios al Código penal, Barcelona, 1978, pág. 1165) la falta de precisión técnica del legislador a la hora de buscar el *nomen iuris* del delito en cuestión pues no se trata de quebrantar la condena, sino de quebrantar el fallo de la misma. Pero no paran ahí las imprecisiones del epígrafe comentado. Además recoge como dos modalidades distintas "quebrantamiento" y "evasión", lo que en realidad es una sola y, sin embargo, deja de incluir en el epígrafe el delito de favorecimiento de la evasión que si constituye una modalidad autónoma respecto del art.

El texto del primero de los artículos es el siguiente: «Los sentenciados o presos que quebrantaren su condena, prisión, conducción o custodia seran castigados con la pena de arresto mayor. En la misma pena incurriran los que quebrantaren la condena de privación del permiso de conducir».

El artículo 335 cualifica el supuesto de hecho anterior con el siguiente texto: «Cuando el delito previsto en el artículo anterior hubiere tenido lugar con violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o poniéndose de acuerdo con otros reclusos, o con dependientes de la prisión o encargados de la custodia, la pena sera de prisión menor».

Por último, en lo que parece un tipo distinto que eleva a la categoría de delito autónomo ciertas formas de participación en el tipo base, el artículo 336 señala que «los que extrajeren de las cárceles o de los establecimientos penales alguna persona recluida en ellos, o les proporcionaren la evasión, serán castigados con la pena de prisión menor si emplearen al efecto la violencia o intimidación o el soborno, y con la pena de arresto mayor si se valieren de otros medios. Si la evasión se verificare fuera de dichos establecimientos, sorprendiendo a los encargados de la conducción, se aplicaran las mismas penas en su grado mínimo».

Aunque estrechamente relacionado con el delito de quebrantamiento, el Código penal vigente mantiene dentro de los delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, la infidelidad en la custodia de presos (arts. 362 y 363). El desajuste entre el epígrafe y el contenido de estos preceptos resulta evidente pues por una parte, no se recogen todos los funcionarios que pueden cometer estos delitos y que, sin embargo, aprovechándose de sus cargos tienen acceso a los presos y puede favorecer la evasión, ya que el art. 362 sólo hace mención a los funcionarios encargados de la conducción o custodia y no de otros que trabajen en establecimientos penitenciarios, y, por otra parte, se refiere a particulares que no ostentan la condición funcional.

B) Bien jurídico protegido

Ya nuestros tratadistas decimonónicos se pre-

334. Por último, cabe reseñar la imprecisión del término "preso" ("evasión de presos") que en el epígrafe obligatoriamente ha de entenderse en un sentido coloquial y no jurídico abarcando, al menos, a los condenados y los presos, en sentido estricto.

guntaban sorprendidos si ¿constituye delito el quebrantamiento de sentencia? (38) especialmente cuando se trata de una pena que priva de libertad al condenado, pues frente a ese instinto no hay más valla que «una buena cárcel y mejores carceleros» (39) y el Derecho penal no tiene como misión reprimir sentimientos naturales de libertad. Parece a primera vista paradójico que libertades de menor peso como la libertad de expresión hayan merecido hoy en el marco constitucional de un Estado democrático de Derecho un tratamiento preferente por la jurisprudencia y por la doctrina (40) incluso cuando tiene enfrente otros derechos fundamentales como el honor y, sin embargo, la necesidad de libertad ambulatoria deje de reconocerse en los condenados y se persiga penalmente a quien simplemente sin mediar violencia ni intimidación en las personas logra quebrar su condición de privación de libertad.

Groizard veía tras este delito un «ciego enceno» por evitar la «justicia burlada» en lugar de buscar responsabilidades en los responsables del cumplimiento de la pena (41). Y, en efecto, no le falta razón ya que en la sucesiva evolución legislativa del mismo destaca la voluntad del legislador de darle un tratamiento disciplinario sacándolo del Libro II del Código —donde tradicionalmente se sitúan los delitos y, por otra parte, seleccionando reacciones punitivas marcadas por la idea retributiva. Nada, ni tan siquiera el ansia de libertad parece poder justificarse frente a la potestad de sancionar del Estado y este reacciona siguiendo un modelo muy particular del que se desprende una mayor lesión según sea más grave la pena quebrada. Las sucesivas modificaciones han hecho desaparecer esa descarada manifestación vindicativa del Estado y hoy, al menos, la pena aparece como única sin considerar la condición jurídica quebrada.

En la doctrina más reciente encontramos también una cierta disparidad de opiniones. Como ya hemos visto, nos encontramos entre los delitos contra la Administración de Justicia y es aquí donde la mayoría de la doctrina fija el interés de protección (42). Sin embargo, el concepto de administración de Justicia es lo sufi-

(38) Viada y Vilaseca, *S. Código penal reformado de 1870*. Madrid, 1890, T.I, pág. 553.

(39) Viada, op. cit., pág. 553.

(40) Berdugo y Gómez de la Torre, I., *Honor y libertad de expresión*. Madrid, 1987, passim.

(41) Groizard, op. cit., t.II, págs. 552 y ss.

(42) Rodríguez Devesa, op. cit., pág. 965; también Córdoba Roda, op. cit., pág. 1164.

cientemente impreciso e inequívoco como para no dar por resuelta la cuestión y ya el propio legislador incluye delitos como la acusación y denuncia falsas en la que el honor aparece como bien jurídico fundamental (43) o la realización arbitraria del propio derecho que se trata mas bien de proteger el orden público a la libertad y seguridad individual (44).

Algunos autores como Vives o Muñoz Conde, precisan los límites de lo que debe entenderse por Administración de Justicia. Para el primero se trata del «interés del Estado en la efectividad de determinadas resoluciones de la jurisdicción (auto de prisión, sentencias penales condenatorias)» (45). Para el segundo, se protege en el quebrantamiento la efectividad de los pronunciamientos de la Autoridad judicial en materia de ejecución de determinadas penas y medidas» (46).

Quizás sea más acertada la interpretación propuesta por Vives, ya que permite una aplicación más estricta de este delito, finalidad en la que muestra su acuerdo toda la doctrina. En efecto, el simple retraso en la incorporación a un centro penitenciario después de un permiso es en un sentido literal un quebrantamiento de las condiciones de la condena y, sin embargo, por su escasa trascendencia aún no puede afirmarse que haya lesionado un interés del Estado ni el derecho a penar (47).

Por esta razón no compartimos la opinión de Bubnoff (48) para quien el parágrafo 120 (49) no protege el derecho a la retención o reclusión, sino el mantenimiento de esa situación bajo determinadas condiciones. No el hecho de la privación de libertad, sino la condición jurídica creada a causa de la libertad privada, es decir, se protegería las «relaciones especiales de sujeción del poder público como consecuencia del ejercicio

(43) Vives Antón, en Cobo del Rosal y otros. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia, 1988, pág. 281.

(44) Rodríguez Devesa, op. cit., pág. 966.

(45) Vives Antón, op. cit., pág. 292. En el mismo sentido las STS de 23.3.84 y 11.11.85. Señala esta última que el delito de quebrantamiento es un ataque "a la efectividad de los pronunciamientos de la actividad judicial" y añade "el quebrantamiento es sinónimo de violación o rompimiento de las penas que son impuestas a los condenados o de las medidas cautelares adoptadas contra los presuntos autores de delitos".

(46) Muñoz Conde, op. cit., pág. 685.

(47) En un sentido parecido, Manzini, op. cit., pág. 648.

(48) Bubnoff, op. cit., apdo. 6.

(49) Bubnoff, op. et loc. cit. apdo. 6.

del referido derecho». Esta interpretación del bien jurídico es sumamente arriesgada al permitir la penalización por quebrantamiento de cualquier modificación en las condiciones de ejecución penitenciarias que el propio recluso se procurara.

Para evitar que el delito de quebrantamiento se convierta en un delito formal cuya consumación se produciría con la mera alteración de las condiciones penitenciarias, lo cual ampliaría considerablemente su aplicación, es preciso dotar el bien jurídico protegido de un contenido material. En este sentido, compartimos la opinión de quienes consideran que el bien jurídico es la justicia ya sea entendida como función de resolver asuntos sociales (50) o como deber de sumisión o de colaboración con ella (51). Así, ciertas conductas de abuso de condiciones penitenciarias favorables solo merecen una respuesta disciplinaria en el marco de la legislación penitenciaria y solo cuando se produzca una interrupción grave de la ejecución, el sujeto será castigado a través del delito de quebrantamiento porque sólo entonces se lesiona el Derecho a castigar del Estado. Esto no sólo explica que otras formas de quebrantamiento hayan quedado excluidas del tipo, como no presentarse en el centro penitenciario a cumplir la condena, sino que incluso en ocasiones el T.S. no haya aplicado el art. 334 aún dándose todos los elementos típicos tal como sucede en la STS de 24.10.1969, que pese al quebrantamiento, nuestro alto tribunal absuelve al autor «por la poca entidad de la pena a cumplir» (52).

También la doctrina se inclina por excluir el quebrantamiento cuando el sujeto falta, por ejemplo, unas horas de la prisión (53), si bien para argumentarlo no se acude a la restricción que puede aportar el bien jurídico sino a algo, a nuestro juicio, difícil de mantener: que quien durante horas dispone plenamente de libertad ambulatoria teniendo que estar en prisión no quebranta la condena. O como señala Bustos (54)

(50) Bustos Ramírez, J. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Barcelona, 1986, págs. 423-424.

(51) Quintero Olivares, G. *Los delitos contra la Administración de Justicia*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. ext. 1980. *El proyecto de Código penal*, pág. 194.

(52) En el mismo sentido vid. resolución judicial cit. en nota 22.

(53) Cfr. Muñoz Conde, op. cit., pág. 731; Bustos Ramírez, op. cit. pág. 424.

(54) Bustos Ramírez, op. cit., pág. 430.

que el quebrantamiento «ha de ser definitivo». Nada dice el legislador del tiempo que ha de concurrir para consumarse el delito. Al igual que en los delitos contra la propiedad, la disponibilidad de la propiedad o, en nuestro caso, de la libertad ambulatoria sería suficiente para consumir el delito. Sin embargo, no lo es porque el derecho a penar, cuyo furidamento son razones preventivas, no se altera ni lesiona ni menoscaba por un incidente de esta naturaleza.

C) Tipicidad

1. Tipo objetivo

— Sujetos. Cierta atención ha merecido en la doctrina la cuestión de quienes pueden ser sujetos activos de este delito por tratarse en todo caso de un delito especial. Concretamente se discute si el legislador dentro de la expresión presos incluye o no a los detenidos. Pese a la claridad del art. 334 en favor de las tesis restrictivas, las dudas estarían justificadas por la imprecisión con que las expresiones condenado, preso, recluso, detenido o interno son utilizadas en otros cuerpos legales haciéndolas en no pocas ocasiones intercambiables (55) y también a que en otros códigos (56) quebrantar la condición de detenido se perseguía penalmente a través de este delito. Sin embargo, la doctrina mayoritaria (57) interpreta la expresión «preso» en su sentido técnico, es decir, «aquellas personas que la autoridad judicial somete a la llamada prisión provisional (arts. 502 y ss. LECr.)» (58).

Nos parece acertada la crítica de Quintero Olivares (59) a la equiparación de penados y presos, pues ni es procesalmente lo mismo, ni tampoco puede exigirse por igual un hipotético deber de cumplimiento a quien se le ha probado después de un proceso la comisión de hechos delictivos por los que ha sido condenado, de quienes son preventivamente privados de liber-

(55) El propio epígrafe del Cap. III en el que vienen recogidos los delitos analizados, utiliza la expresión "preso" en un sentido amplio no-técnico abarcando, por lo menos, a condenados y presos. De la misma manera, en la legislación penitenciaria encontramos algunos ejemplos en el que con la expresión "presos" se quiere también abarcar a los penados (v.gr. art. 16.e/).

(56) Así sucedía en el Código penal de 1928 y está previsto que sucediera en el Proyecto de 1980 (art. 518).

(57) En contra, Rodríguez Devesa, op. cit., pág. 979.

(58) Córdoba Roda, op. cit., pág. 1164.

(59) Quintero Olivares, op. cit., pág. 202.

tad «con el fin de asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena» (60).

Si «presos» se interpreta en un sentido técnico, sin embargo, «sentenciado» se hace en un sentido coloquial como sentenciado penal para evitar que se incluyan quienes quebrantan una sentencia condenatoria civil. Esta segunda restricción se fundamenta en el propio contexto del delito de quebrantamiento, el cual va dirigido exclusivamente a proteger la virtualidad de las resoluciones judiciales de naturaleza penal (61).

— Objeto del delito. El objeto del delito son la condena, la prisión, la conducción o el traslado. Peca aquí el legislador de un excesivo lacerismo, ya que no todas las condenas o prisiones quebrantadas se tipifican en el art. 334. Así, por ejemplo, el impago de una pena de multa por insolvencia que no es sino una modalidad de quebrantamiento, merece una regulación específica a través de la responsabilidad personal subsidiaria. Tampoco cometen el delito de quebrantamiento quienes incumplan la pena de caución. El penado que no presente fianza incurrirá solamente en pena de destierro por el tiempo que se hubiere fijado para la caución (art. 44 *in finis*). Finalmente, surgen dudas respecto a la tipicidad del incumplimiento de determinadas resoluciones judiciales contempladas en la condena pero no recogidas en el catálogo del art. 27, tales como el cierre del establecimiento, prohibición de realizar determinadas actividades o, incluso, otras medidas de carácter civil pero que son recogidas en la sentencia penal como la privación de la patria potestad o la tutela en los delitos de prostitución de menores (art. 452 bis g/). Incluso debido a que el legislador se refiere sólo a la «condena» algún sector de la doctrina (62) engloba también la condena civil. Pero pese a que literalmente sería posible esta interpretación nos inclinamos por la opinión mayoritaria que por razones sistemáticas (63) la restringe a la condena penal, y dentro de esta «a los extremos relativos a las penas impuestas en la sentencia (64), que-

(60) Gómez Orbaneja/Herce Quemada, *Derecho procesal penal*. Madrid, 1981, pág. 208 (el subrayado es nuestro).

(61) González Guitián, op. cit., pág. 283; Córdoba Roda, op. cit., pág. 1165.

(62) Rodríguez Devesa, op. cit., págs. 979-980.

(63) Córdoba Roda, op. cit., pág. 1165.

(64) López Barja de Quiroga, J., *Comentario al art. 334, en Código penal comentado*. Madrid, 1990, pág. 611.

dando consecuentemente fuera la responsabilidad civil (65).

La progresiva aceptación en el Código del sistema vicarial y con ello la inclusión de las medidas en las sentencias penales condenatorias obliga a plantearse si el quebrantamiento de una de ellas podría tipificarse en el art. 334. Córdoba Roda apunta dos razones para dejar fuera del delito de quebrantamiento las medidas de seguridad. Una de carácter formal y otra material. La primera porque del art. 21 de la Ley de peligrosidad «no parece que pueda dar lugar a la estimación de una condena» (66). La segunda porque de la naturaleza de las medidas «no resulta correcto el pretender que el quebrantamiento de estas pueda merecer la consideración de delito» (67).

El primero de los argumentos no es, a nuestro juicio, convincente. Condena no es sino la parte dispositiva de la sentencia y en ella se incluye tanto la pena como las medidas como la responsabilidad civil. Esta parte (el fallo) sólo puede absolver o condenar, de forma que toda disposición de la sentencia que no es absolución es condenatoria (68). Por otro lado, el texto del art. 9.1 CP no parece dejar dudas cuando para referirse a la medida ejecutada utiliza la expresión «condena restringida». Mayor peso tiene el argumento que atiende a la finalidad preventiva de la medida. La experiencia demuestra que la reacción represiva frente al fracaso terapéutico es doblemente desaconsejable. Esgrimir frente al riesgo de un fracaso preventivo absoluto la necesidad de que las disposiciones judiciales se cumplan no puede estar de ninguna forma justificado. Así pues, el quebrantamiento de una medida debe ser respondido en los ámbitos terapéuticos y preventivos de acuerdo con la propia finalidad de las mismas.

Desde Groizard, algunos sectores de la doctrina vienen recomendando *de lege ferenda* una reducción en los tipos de penas cuyo quebrantamiento debe ser penalmente perseguido. El insigne tratadista entendía que «aquellas penas cuya ejecución dependen del Gobierno, aquellas que coartan la libertad del reo, quebrantadas, no constituyen delito. Aquellas otras que imponen una obligación al reo cuya ejecución en más o en menos parte depende de su voluntad, infrin-

(65) Córdoba Roda, op. cit., pág. 1165.

(66) Córdoba Roda, op. cit., pág. 1165.

(67) Gómez Orbaneja/Herce Quemada, op. cit., págs. 281 y ss.

(68) Groizard, op. cit., pág. 555.

gidas, deben dar lugar a un nuevo castigo, porque ese castigo es la garantía social de la realización de la sentencia» (69). En efecto, merece ser criticado la inclusión en principio de todas las penas sin distinción alguno. Sin embargo, el criterio para diferenciar unas de otras no debe estar en el grado de responsabilidad que se le concede al penado en el cumplimiento de las mismas, sino en la gravedad del derecho lesionado por su ejecución y ello entre otras razones porque el cumplimiento de la privación de libertad recae a veces (v. gr. en vacaciones durante la ejecución, permisos extraordinarios, salida en régimen abierto) exclusivamente sobre el penado. Si, por el contrario, no debe perseguirse penalmente el quebrantamiento de la reclusión es por respeto a lo que es un *instinto natural* y porque frente a ese impulso el Estado no puede exigir tales grados de docilidad. En definitiva por falta de exigibilidad de otra conducta, es decir, de culpabilidad. En este sentido, lo ha visto Bustos (70) cuando entiende que la conducta del quebrantamiento de las penas privativas o restrictivas de libertad serían de todas formas atípicas por la «adecuación social» de la conducta.

Es irrelevante si la pena interrumpida estaba desde una perspectiva jurídico-material correctamente impuesta. Tan sólo interesa el cumplimiento de los aspectos formales del proceso penal. Se pueden plantear algunas dudas respecto del comienzo y terminación de la condena. Así, tanto para la prisión provisional como para la ejecución de penas es preciso que el sujeto conozca su condición de preso o penado. Si, por las razones que fueren quebró su reclusión antes de conocer el auto de prisión o la condena, no existe una voluntad de obstaculización de las resoluciones judiciales. Por esta razón, nos parece criticable la STS de 24.5.1967 en la que se castiga a un detenido en un depósito municipal sobre quien recaía una orden de prisión provisional, pero el intento de fuga se produce antes de que le fuera notificada la prisión. Si es en cambio irrelevante si la fuga se produce de un establecimiento penitenciario o de otra naturaleza (hospital, depósito, comisaría, etc.) (71) o

tal como expresamente recoge el legislador, del vehículo de conducción de reclusos. Así pues, tanto la pena como la prisión comienzan cuando se da la información por la autoridad competente al interesado de las razones de su reclusión y se halla a disposición de dicha autoridad sin necesidad de que esta haya comenzado en un centro penitenciario.

Algún autor entiende que el no cumplimiento voluntario de una sentencia penal no es aún delito. Tan saludable restricción es, sin embargo, insostenible por la naturaleza de determinadas penas cuyo cumplimiento es siempre voluntario (v. gr. prohibición de conducir vehículos) e incluso la prisión en determinados regímenes (v. gr. abierto) se ejecuta voluntariamente.

Una vez comenzada la ejecución penal esta no se ve interrumpida salvo que el recluso cayera en un estado de enajenación. Sin embargo, una orientación resocializadora de la ejecución ha provocado en las últimas décadas situaciones penitenciarias en las que la pena es radicalmente sustituida por una medida de tipo preventivo. Cuando se trata propiamente de una sustitución de una pena por una medida por resolución del juez sentenciador, tal como sucede en el art. 65 CP para los menores de dieciocho años, la solución entendemos que es idéntica al quebrantamiento de una medida de internamiento, que ya hemos visto. El problema surge en el marco penitenciario cuando se autoriza que el interno pueda recibir tratamiento en un establecimiento privado o público más adecuado. Si este logra evadirse del mismo, a nuestro juicio no se produce un delito de quebrantamiento, ya que aquí no hay obstáculo al derecho a penar del Estado sino una incidencia en un proceso terapéutico. La medida de traslado a un centro privado con la consiguiente relajación en las medidas de seguridad y custodia para favorecer el tratamiento tiene su continuidad lógica en flexibilizar las reacciones frente al fracaso del mismo.

La condena se extingue normalmente cuando se ha cumplido. Sea de la naturaleza que sea una vez transcurrido el tiempo de la condena el

24.5.1967; 25.5.1977), hospital (STS 5.10.1983). Concretamente, a este respecto señala la STS 24.5.1967 "que es indiferente el lugar donde se lleve a efecto la evasión para que se entienda cometido el delito, sea este lugar el penal, la cárcel de tránsito o el sitio en que se cumpla un destierro definitivo o en el que trabaje, en donde sólo este sometido a custodia o vigilancia más o menos eficaz o intensa".

penado se vera libre de las restricciones que ella implique sin necesidad de esperar a ninguna formalidad procesal. Si, por ejemplo, debido a un retraso la puesta en libertad no se produce en el momento del cumplimiento de la pena —tratándose de una pena de prisión— y el interno logra evadirse no sera penalmente responsable por el delito de quebrantamiento. Es decir, la pérdida de actualidad de la condena convierte el hecho en atípico. Ello no se contradice con lo dispuesto en el art. 17.3 LOGP, que establece que la excarcelación de los condenados sólo se producirá tras la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador, ya que esta disposición se dirige a las autoridades penitenciarias para evitar errores en el cómputo del tiempo. Pero nada puede obligar a un penado a mantenerse en prisión o cumpliendo otra pena por más tiempo de la condena.

Pero, por lo general, el momento de la liberación viene siendo entendido como un proceso a través del cual se rehacen las relaciones del interno con su habitat social deterioradas por la reclusión. Por esta razón son numerosos los penados que disfrutan de la libertad condicional como último período de la condena. El período de libertad condicional impone al reo obligaciones relativas a su comportamiento (no delinquir, tener buena conducta) y obligaciones de someterse a un control (deber de residencia, de información mensual sobre sus medios de subsistencia, etc.) (72). A nuestro juicio, el incumplimiento de alguno de esos dos grupos de obligaciones pueden ser un comportamiento típico del art. 334 CP. La reincidencia o la mala conducta, porque no son en si mismas quebrantamiento de condena, sino frustración de un pronóstico, las infracciones de las reglas de control, tampoco quebrantan una condena, ya que no se encuentran recogidas en el fallo condenatorio, ni constituyen una lesión insoportable al Derecho a penar del Estado, ni, por ultimo, son el núcleo represivo de un tipo de pena equivalente a la privación de libertad, sino un control administrativo para asegurar el éxito resocializador de la libertad condicional. Así pues, la consecuencia jurídica de la infracción de una de dichas obligaciones es la revocación del beneficio de la libertad condicional.

En otro orden de cosas, consideramos innecesario la referencia a la conducción y la custodia porque no hace sino favorecer la confusión

(72) Cfr. arts. 98 y ss CP; arts. 58-66 RP y la Ley de 23 Julio de 1914 sobre libertad condicional (Gaceta de 30 Julio de 1914).

en las labores interpretativas. La conducción no es sino una circunstancia penitenciaria lógicamente irrelevante a los efectos del delito, de forma que quien quebranta la conducción hace lo mismo con la condena o la prisión. La «custodia» (73) si nos atenemos a lo señalado en el art. 1 LOGP es junto a la retención, la reeducación y la reinserción social uno de los fines de las instituciones penitenciarias. En este contexto «custodia» más bien tiene el sentido de velar o preservar a los internos de los perjuicios de la propia ejecución y, por tanto, de ella se deriva fundamentalmente deberes para la administración penitenciaria. El núcleo punitivo de la prisión gira en torno a la «retención» que es precisamente la meta frustrada por el quebrantamiento. En todo caso, ni la conducción ni la custodia pueden equipararse como hace el art. 334 con la condena y la prisión.

Como ya hemos visto en varias ocasiones a lo largo del trabajo, doctrina y jurisprudencia estan de acuerdo en entender aquí por «prisión» su sentido técnico jurídico. De esta manera el legislador establece una lógica correlación entre «sentenciados» y «condena» por una parte, y «presos» y «prisión» por otra. Con ello, no obstante, no quedan resueltas todas las dudas. En primer lugar, algunos autores se preguntan si la prisión preventiva atenuada —aquella que se concede por razón de enfermedad o cuando el internamiento entraña grave peligro para la salud del preso y que consiste en un arresto domiciliario (74)— puede ser objeto de quebrantamiento. Según Ferrer (75) no sería constitutivo de delito porque no se trata de una condena ni «existe un verdadero estado de prisión». Si el primer argumento no puede aceptarse desde el momento en que el art. 334 se refiere indistinta-

(73) A nuestro juicio, la incorporación al texto legal definitivo del CP de 1944 de la expresión "custodia" se debe a una incorrecta transposición de lo establecido en el art. 500 del CP de 1928, cuyo texto es como sigue: "El detenido o preso que se evadiere cuando fuere conducido o custodiado por las personas encargadas de este servicio, será castigado con la pena de dos meses y un día a seis de prisión. El condenado que se evadiere de las personas encargadas de su conducción o custodia, sera castigado con un recargo que no podra exceder de la sexta parte de la pena impuesta, ni ser inferior a dos meses y un día".

(74) Vid. art. 505 LECrim., reformado por Ley 16/1980 de 22 de abril.

(75) Ferrer Sama, A. *Comentarios al Código penal*. Murcia, 1948. T.III, pág. 429; también Muñoz Conde, op. cit., pág. 730.

(69) Bustos Ramírez, op. cit., pág. 431.

(70) Bustos Ramírez, op. cit., pág. 431. Por su parte, López Barja de Quiroga (op. cit., pág. 610) entiende que en estos supuestos *concorre una causa de no exigibilidad*.

(71) Son numerosos los casos recogidos en sentencias del Tribunal Supremo. Así, por ej., del propio domicilio (STS 28.4.1961), depósito municipal (STS

mente a condena y a prisión, el segundo no parece esgrimible en el contexto del delito, ya que se castiga a quien quebranta el arresto menor que también se cumple en el propio domicilio (art. 85) o el régimen abierto para los terceros grados (76). Tampoco puede afirmarse que no estamos ante una de las formas de la prisión preventiva, pues así se desprende incuestionablemente del propio art. 505 LECr. Así pues, quebranta igualmente la prisión preventiva quien incumple las condiciones del arresto domiciliar.

— Acción típica. La acción típica consiste en «quebrantar». Por tal se entiende en principio «cambiar la dirección o interrumpir el curso de una cosa» (77), pero quebrantar tiene también un significado jurídico—procesal y no solamente material o fáctico; significa pues un cambio sustancial en este caso del cumplimiento de la condena, por ello, según doctrina dominante (78), para la consumación del delito no basta con la alteración de las condiciones del cumplimiento de la pena sin llegar a modificar sustancialmente la misma. El sentido último de quebrantar vendrá determinado por el objeto, es decir, por la modalidad de cumplimiento de la pena y asimismo también la consumación. Si en relación con la pena privativa de libertad el delito se consuma cuando la Administración penitenciaria pierde la disponibilidad sobre la persona, en la mayoría de las penas la consumación exige el ejercicio de un derecho restringido o suspendido. Pero una pena de destierro sólo puede quebrantarse entrando en el territorio prohibido durante la ejecución, así pues, quien es trasladado detenido al lugar del confinamiento o al destierro y se fuga para hacer el traslado por sus propios medios, no quebranta la condena (79).

En algunos supuestos el incumplimiento aún no puede considerarse quebrantamiento. Así, por ejemplo, el penado que no acude a la cita con el Tribunal para someterse a la pena de reprobación. Tan solo cuando se produzca un apercibimiento expreso tras una primera citación. Así lo ha considerado también el TS, que exige en todo caso la «oposición y rebeldía contra la

(76) En contra, Vives Antón, op. cit., págs. 292-293, y en términos parecidos Lorenzo Salgado, J.M., *El quebrantamiento de determinadas decisiones judiciales, en Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, 1979-1980, pág. 325.

(77) Moliner, M. *Diccionario del uso del español*. Madrid, 1971, vox "quebrantar", pág. 902.

(78) Córdoba Roda, op. cit., pág. 1166.

(79) En contra, Córdoba Roda, op. cit., pág. 1168.

orden de la Autoridad» (28.4.61). También en otras ocasiones respecto de la privación del permiso de conducir se excluye la acción típica de quebrantar porque tan solo se había iniciado la maniobra por lo que ni siquiera ha quedado probado que llegará a conducir durante trayecto alguno» (STS. 6.6.1988). Toda esta corriente jurisprudencial demuestra bien a las claras la voluntad del Alto Tribunal de restringir la tipicidad del delito en cuestión.

En esta misma línea, Córdoba (80) entiende que algunas penas tales como pérdida de nacionalidad, reprobación, multa, caución y comiso, por su propia naturaleza no podrían ser objeto de quebrantamiento. Sin embargo, ni la jurisprudencia (STS 28.4.1961) ni la naturaleza de las penas ni el propio texto del art. 334 permiten excluirlas. Más bien habría que entender que el incumplimiento de algunas de ellas ha sido previsto específicamente por el legislador como sucede con la multa o la caución (81). El resto no parece que haya motivo para excluirlas de las posibilidades típicas del quebrantamiento.

— Modalidades cualificadas. Según el art. 335 CP cuando el delito previsto en el artículo anterior hubiera tenido lugar con violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o poniéndose de acuerdo con otros reclusos, o con dependientes de la prisión o encargados de la custodia, la pena será de prisión menor. Del propio tenor literal del artículo se desprende que nos encontramos ante una relación de circunstancias cualificativas del tipo base del 334 y, en consecuencia, los elementos básicos (autor, acción, objeto) son idénticos (82).

Ya Quintano (83) veía en tan prolífica relación de circunstancias cualificantes un caso de «extemporaneidad» debido, por una parte, a los problemas concursales que plantea y, por otra, porque tal amplitud de supuestos reduce el tipo base a un caso de «ostium apertum» que con los medios de control de que hoy disponen los centros penitenciarios son casi imposibles en la praxis. Desde una perspectiva punitiva del quebrantamiento, que no compartimos, el análisis global de las circunstancias cualificantes del tipo básico denota un cierto desconocimiento criminológico

(80) Córdoba Roda, op. cit., pág. 1168.

(81) Vives Antón, op. cit., pág. 292.

(82) López Barja de Quiroga, op. cit., págs. 613-614.

(83) Quintano Ripolles, A. *Comentarios al Código penal*. Madrid, 1946, vol. II, pág. 181; también Muñoz Conde, op. cit., pág. 731; Bustos Ramírez, op. cit., pág. 431.

gico y político—criminal del fuguista. Mientras que la agravación por acuerdo con otros reclusos carece de toda lógica porque no añade ningún punto de gravedad al injusto, ni soporta una comparación sistemática con el resto de los delitos (84), sin embargo, razones político criminales hubieran podido aconsejar dicha cualificación frente a los *fuguistas*, es decir, frente a quienes buscan permanentemente la huida poniendo en alerta toda la vida del centro, o quienes se autoinculpan para conseguir el traslado a otro centro, ocasión más propicia para la evasión.

Analizaremos a continuación cada una de las modalidades por separado:

— Violencia e intimidación en las personas

Concurrirá una u otra cuando se produzca una *vis* relativa, es decir, sin ser necesario que esta coarte de manera absoluta a la víctima. Semejante interpretación es coherente con una no referencia a las formas más graves de violencia y también de la equiparación entre violencia e intimidación.

Como en todos los delitos en los que se incluye una circunstancia unida temporalmente al delito es también preciso aquí que concurra la violencia o la intimidación antes de alcanzar la consumación. Quizás conviene detenerse en este punto, ya que la condición de fugado de la justicia que arrastra el sujeto tras la fuga la puede llevar a ejercer violencias. Estas no podrían cualificar el delito de quebrantamiento si —como ya dijimos— se produjo la consumación, es decir, las autoridades perdieron la disponibilidad sobre la persona evadida.

— *Fuerza en las cosas*. La doctrina y jurisprudencia se muestran unánimemente a favor de que en este delito esta circunstancia no tiene un sentido tan amplio como en el robo, respondiendo a su sentido descriptivo de violencia material y no normativo (85). En efecto cuando el legislador lo quiso no se limitó —como ahora— a hacer

(84) Piénsese, por ejemplo, en las agravantes comunes de "auxilio de gente armada" (art. 10, 12) o "cuadrilla" (art. 10, 13), las cuales además de exigir la presencia de armas, que no se exigen en el art. 335, tan sólo producen la elevación de la pena al grado medio o máximo.

(85) Vid. entre la doctrina Vives Antón, op. cit., págs. 293; Córdoba Roda, op. cit., pág. 1173. En la jurisprudencia, STS 9.2.1987 y 25.5.1967. Concretamente en esta última se castiga por el tipo básico sin agravantes a quien se había fugado descolgándose por una manta.

referencia a la fuerza en las cosas, sino que incluyó otras modalidades (p. ej., art. 130 del CP de 1870) (86).

— *Con acuerdo con otros reclusos o con dependientes de la prisión encargados de la custodia*. Esta cualificación entraña —como veremos a continuación— numerosas dificultades interpretativas. En primer lugar, algunos de los posibles partícipes del acuerdo no vienen nombrados con expresiones técnicas ni adaptadas a la legislación penitenciaria, lo cual hace difícil su delimitación. La utilización de expresiones laborales como «dependiente» nos parece desacertada si lo que se pretende es circunscribirse a quienes por la razón que sea pueden entrar en el recinto penitenciario, disfrutar de determinada libertad en su interior y comunicarse sin control con los internos. Así, dentro de este grupo estarían los abogados o procuradores, quienes sin embargo no son dependientes y si son dependientes ciertos trabajadores o funcionario del exterior (v. gr. oficinas) que no están en relación con los reclusos.

Tampoco esta exento de problemas el acuerdo con otros reclusos. Aquí aparece fuera de dudas que concurrirá la agravación cuando hay acuerdo con penados, presos o detenidos. Si tenemos en cuenta que antes se hizo referencia a todos los dependientes y ahora a todos los reclusos, parece que el legislador establece una presunción *iuris et de iure* de que semejantes acuerdos favorecen la evasión y con la agravante se introduce un obstáculo a su consumación. Con esta perspectiva habría que entender que concurrirá la agravante tanto cuando los otros reclusos sean compañeros de fuga, como cuando se limiten a facilitarla. Esta es la opinión mantenida por el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones (87). La doctrina, sin embargo, en este

(86) El referido art. señalaba: "Las agravaciones prescritas en el artículo anterior, respecto a los que sufran privación de libertad, no se aplicarán a los que se fugaren de los establecimientos penales o de sus destacamentos, sin violencia, intimidación o resistencia, sin fracturas de puertas o ventanas, paredes, techos o suelos, sin usar ganzúas o llaves falsas, sin escalamiento y sin ponerse de acuerdo con otros penados o dependientes del establecimiento. El quebrantamiento cuando no ocurran una o más de estas circunstancias, será corregido con la cuarta parte de la pena respectivamente señalada en el artículo 129".

(87) Vid. STS 9.5.1973; 28.3.1974; 27.5.1977. "Unirse al propósito de otro de escapar y emplear los medios conjunta y simultáneamente hasta que lo consiguen, es un acuerdo entre ambos" (STS 5.5.1978).

punto se halla dividida y hay quienes como Córdoba (88) dicen que solo hay acuerdo cuando se establece con personas distintas a las que efectúan el quebrantamiento (89). A nuestro juicio, restringir el círculo a los conciertos con quienes no se evaden no es coherente con el sentido que inspira la agravación, pues si el acuerdo con quien no se fuga es un peligro, más lo es aún con quienes participan en ella.

Donde si es conveniente plantear una crítica y un análisis restrictivo es en los términos del acuerdo y sus consecuencias. No soporta una comparación los efectos de esta agravante específica con —entre otras— la de cuadrilla (art. 10.13) o gente armada (art. 10.12), que requiere la presencia de armas y, sin embargo, tan sólo eleva la pena al grado máximo. En el supuesto que nos ocupa la pena se eleva de grado y, en cambio, no se exige ni presencia de armas ni siquiera que el acuerdo se llegue a concretizar en un apoyo material. Por esta razón creemos que hay que aplicar un criterio restrictivo en los siguientes términos: a) Es necesario que el acuerdo sea anterior a la consumación; b) Se dirige a favorecer actos directamente orientados a la ejecución de la evasión; c) El acuerdo requiere de una fase inicial de concierto entre las partes y de una segunda de ejecución de lo concertado y d) El acuerdo debe referirse a circunstancias esenciales de la evasión que la hagan más peligrosa para las personas.

Finalmente, algunos de los supuestos contemplados como circunstancias cualificantes, al constituir por sí solos delitos, obliga a plantearse una serie de dudas concursales. Ante todo conviene distinguir dos supuestos de concurso distintos. De una parte, los casos anteriormente referidos en los que las acciones violentas o intimidatorias, la fuerza en las cosas o los acuerdos con funcionarios pueden constituir además de las citadas cualificaciones otros tantos delitos de lesiones, coacciones, daños o cohecho. Por otra parte, la realización del delito base de quebrantamiento puede constituir una infracción distinta, unas veces de naturaleza administrativa (infracción disciplinaria) y otras, penal (usurpación de funciones o de calidad (arts. 320 y ss.CP). A estos últimos supuestos nos referiremos en un apartado distinto. Aquí analizaremos los problemas que suscita y las soluciones doctrinales a los primeros casos.

(88) Córdoba Roda, op. cit., pág. 1173; Lopez Barja de Quiroga, op. cit., pág. 613.

(89) En contra, Vives Antón, op. cit., pág. 293.

La cuestión a dilucidar es como deben calificarse aquellos supuestos en los que la circunstancia cualificante es por sí misma típica de un delito distinto. Así, por ejemplo, quien quebranta una pena de prisión causando la muerte de un vigilante. Si castigamos por los delitos de homicidio y quebrantamiento cualificado se infringiría el principio de *ne bis in idem*. Si, por el contrario, aplicamos únicamente el art. 335 estaríamos privilegiando al autor considerablemente.

El tema ha sido abordado en la doctrina por Córdoba Roda (90). Para saber si el art. 335 desplaza o no las figuras concurrentes, habrá que observar «si el injusto de estos tipos no contiene ningún elemento que ostente una significación adicional a la que es propia de las acciones de violencia, intimidación, fuerza, etc.». Si es así, el art. 335 desplaza a cualquier otro tipo concurrente. Ello sucederá cuando la violencia, por ejemplo, tenga escasa relevancia y no haya producido resultado material alguno. En los demás casos —cuando la circunstancia cualificante, si tiene entidad delictiva— no se puede acudir ya al art. 335 en virtud del principio de *ne bis in idem* y habrá de hacerse en un concurso ideal (art. 71) con el 334 y las demás figuras concurrentes.

El Tribunal Supremo por su parte, esta lejos de ofrecer con este tema una continuidad jurisprudencial y más bien se adapta a criterios oportunistas que a principios universales, buscando en ello alcanzar las mayores magnitudes punitivas. Lo que podemos denominar tesis jurisprudencial clásica aplicaba las figuras concurrentes y el art. 335 (STS 6.XII.1913). Si bien se aprecia igualmente una preferencia, tratándose sobre todo de casos de fuerza en las cosas, por acudir al tipo básico y no al cualificado (91). También es cierto, que el momento consumativo se prolonga excesivamente, permitiendo en otros supuestos la aplicación de la modalidad cualificada.

La STS 27.V.1977 tiene ocasión con motivo de un caso de evasión de presos de elaborar una cierta doctrina jurisprudencial frente a la línea impuesta por la STS 6.XII.1913. En efecto, reconoce el TS que el 335 se trata del mismo tipo básico cualificado por unas circunstancias que operan alternativamente. De esta manera, de concurrir dos o más, tan sólo una servirá para la cualificación, utilizándose las demás bien como tipos autónomos —si procede— bien

(90) Córdoba Roda, op. cit., págs. 1174 y ss.

(91) Esto sucede, por ejemplo, en la STS 11.11.1985.

como circunstancias específicas. La solución ni es nueva (92) ni debe dejarse pasar para renovar una crítica a la excesiva discrecionalidad judicial que permite al juez utilizar indistintamente una u otra circunstancia para la cualificación, cuando de ello dependen magnitudes penales sustancialmente distintas. No obstante, la propia sentencia señala que para evitar absurdos privilegios, la circunstancia agravante que constituye un tipo autónomo deberá tratarse como tal en concurso ideal con la figura agravada (art. 335) (93).

Sin embargo, no es este el supuesto que se ha suscitado por la doctrina. No es el problema de concurrencia de varias circunstancias, sino de una sola que se valora como delito autónomo y como tal circunstancia. En el supuesto del atentado a la autoridad planteado por la propia sentencia, esta fuera de dudas que deberan aplicarse los correspondientes artículos relativos al atentado por tratarse de un bien jurídico protegido diferente. Pero ¿deberán castigarse también por lesiones si se aplica el art. 335? A nuestro juicio, la cuestión no debe resolverse atendiendo a una difusa línea divisoria entre lesiones más o menos graves o intimidación más o menos grave como propone Córdoba, sino considerando la fórmula del art. 68. En el referido supuesto nos encontramos ante un concurso de leyes entre el delito de lesiones (u homicidio) en concurso ideal con el tipo básico del art. 334, por una parte, y el tipo cualificado del art. 335 con violencias, por otra. Dicho concurso deberá resolverse a favor de aquel que aplique una pena más grave.

Por último, en relación con las circunstancias cualificadas es necesario tener en cuenta que estas no podrán aplicarse cuando el autor no las ha generado ni directamente, ni por acuerdo con otros. El caso puede darse con frecuencia cuando un recluso aprovecha un motín en la cárcel para procurarse su evasión o cuando utiliza un túnel que fue construido por otros (94). Ambos supuestos a nuestro juicio son tipificables solo por el art. 334.

2. Tipo subjetivo

Sólo habrá quebrantamiento cuando concurre dolo, es decir, cuando el autor conocía y quería

(92) También en relación con los delitos contra la propiedad se han planteado problemas similares. Cfr. Muñoz Conde, op. cit., págs. 222 y ss.

(93) En el mismo sentido, STS 26.3.1984.

(94) Cfr. STS 11.11.1985.

interrumpir su condena. Lo mismo cabe afirmar en relación con las circunstancias agravantes. Lo primero, pues, que debe conocer es su propia condición de preso o penado. Por esta razón, ha sido criticada la STS de 24.V.1967, que castiga a un evadido que no había aún sido informado de su condición de preso.

Como «quebrantar» y «condena» son elementos normativos del tipo, al igual que «sentenciado» o «preso», es preciso no sólo conocer el sustrato fáctico de la acción típica, sino también conocer y querer el quebranto de la condena en un sentido jurídico—procesal. Ello no quiere decir que nos encontremos ante un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, sino que para la correcta aprehensión dolosa de la acción «quebrantar» es preciso que el sujeto quiera frustrar las legítimas expectativas de ejecución de la pena. Este matiz en el elemento subjetivo ha sido empleado con cierta frecuencia por el T.S. para no castigar conductas de escasa relevancia. Así, por ejemplo, la STS 24.X.1959 no castiga a quien abandona su domicilio para ir a comprar tabaco encontrándose condenado a la pena de arresto domiciliario ni tampoco condena la STS de 6.6.1988 a quien condenado a pena de privación del permiso de conducir realiza unas maniobras con un vehículo. Se necesita, pues, como reconoce el TS en esta última sentencia «la voluntad del agente de desatender los mandatos contenidos en la parte dispositiva de la sentencia condenatoria».

D) Formas imperfectas de ejecución

Las distintas modalidades de «quebrantar» según la pena objeto del delito hace imposible resolver de forma unitaria la cuestión de las fases de ejecución, ni tan siquiera puede afirmarse con carácter general que nos encontremos ante un delito de resultado ya que algunas formas de quebrantar se constituyen como delitos de mera actividad. Piénsese, por ejemplo, el ejercicio de determinadas profesiones para las que el sujeto ha sido inhabilitado o la conducción de un vehículo por quien fue privado del permiso.

Por lo que se refiere al quebrantamiento de la privación de libertad, como ya hemos apuntado anteriormente, debe utilizarse como criterio la disponibilidad sin control e ilegal que el penado tenga sobre su libertad ambulatoria. Este criterio para distinguir las fases de ejecución nos parece más adecuado que el criterio geográfico de «salir del marco del establecimiento» ya que en numerosas ocasiones un recluso se encuentra

fuera de dicho marco sin producirse quebrantamiento de condena. Como sucedió en los hechos probados de la STS 24.5.1967 en los que la evasión se produce de un depósito municipal. Si bien es cierto que en algunas ocasiones el Supremo acudió al criterio geográfico (STS 10.2.1926). Si el penado se encuentra en libertad sólo puede hablarse de delito cuando hay en el interno una resuelta voluntad de quebrantar la condena. En definitiva la consumación va a depender de dos elementos —uno objetivo y otro subjetivo— que no necesariamente tienen que coincidir en el tiempo. Así, un interno a causa de un cómputo incorrecto de los días de vacaciones en el exterior puede retrasar su vuelta al centro, sin que por ello podamos afirmar la existencia de delito. Y puede suceder que con posterioridad surja en el la voluntad de no retornar y quebrantar la condena. Es entonces cuando se da de un modo completo el tipo delictivo si bien la consumación debiera retrotraerse al momento en que se produce el hecho fáctico del quebrantamiento.

De todos modos, no puede ignorarse la diferente entidad y consiguiente gravedad de injusto que tienen escapar y no volver. Así lo vió en su momento Groizard (95), así ha sido visto ya en algunas sentencias aún cuando no ha llegado al Tribunal Supremo y así parece lógico si tenemos en cuenta que hay una reacción sancionatoria para el interno que no vuelve al centro después del permiso y que además cuando un penado ha previsto la condena y se ha fugado antes de la notificación de la misma no se entiende cometido delito alguno.

En otro orden de cosas, al encontrarnos ante un delito de resultado son perfectamente imaginables supuestos de fases imperfectas de ejecución cuando el sujeto ha iniciado actos ejecutivos de fuga, tales como escalamientos, realización de tuneles, etc.

Frente a otras penas el quebrantamiento se convierte en un delito de mera actividad en el que no caben ni la tentativa ni la frustración.

E) Autoría y participación

Como ya hemos apuntado (96) nos encontramos ante delitos especiales en los que el círculo de posibles autores se reduce a presos y penados. Como en todos los delitos de esta naturaleza, la posible participación de terceros en los

que no concurre la cualidad exigida en el tipo suele plantear problemas. En este caso, el problema se ve acentuado si tenemos en cuenta que en el art. 334 se dan los dos tipos de delitos especiales —propios e impropios— es decir, aquellos que no tienen su correspondencia con un delito común y los que la tienen. En el primer grupo se incluiría el quebrantamiento de la pena de prisión, ya que cuando un tercero participa con actos ejecutivos en la fuga de un interno puede castigársele por evasión de presos (art. 336) o infidelidad en la custodia de presos (art. 362) si se tratare de un funcionario. Sin embargo, quien ayuda a ejercer una determinada profesión a quien ha sido inhabilitado para ello, sabiéndolo, o se le castiga como participe en el delito especial aún sin concurrir en el la condición de penado o se considera su conducta impune. La doctrina ha rechazado por distintas vías (97) esta última solución que tampoco encontraría ninguna justificación político—criminal. De manera que excluida la autoría que por otra parte es inimaginable cuando no concurre la condición de penado, los terceros que inducen o cooperan (necesaria o no necesariamente) responderán por el tipo de participación o inducción en el delito de quebrantamiento de condena.

F) Pluralidad de delitos y problemas concursales

Es frecuente que los actos de evasión vayan acompañados de violencias y que concurren en ellos más de una persona. Por esta razón debe prestarse también una especial atención a los problemas concursales.

Entre las posibilidades de concurso más frecuentes hay que considerar la de los funcionarios participes en el delito de quebrantamiento cuya conducta puede ser típica de acuerdo con los delitos de evasión (art. 336) o infidelidad (art. 362). En principio, se trata de un concurso de leyes y como tal debe resolverse, ya que la mayoría de los supuestos contemplados en estos últimos delitos son tipificaciones autónomas de formas de participación (98). Sin embargo, esta solución no es siempre satisfactoria. Las reglas del concurso de leyes resuelven, en efecto, las posibles concurrencias entre los arts. 334 y 336, pero no así la de estos con las modalidades de

(97) Cfr. por todos Gimbernat Ordeig, E. *Autor y complice en el Derecho penal*. Madrid, 1966, págs. 251 y ss.

(98) Vid. Muñoz Conde, op. cit., pág. 753.

infidelidad en la custodia de presos tanto cuando el autor es un funcionario como cuando es un particular (art. 363), ya que el bien jurídico protegido es completamente diferente. Si entonces el legislador protegía a la Administración de justicia en los casos de infidelidad se trata de proteger la función pública cuando es ejercida de forma natural por un funcionario o cuando por delegación expresa de la ley a los particulares en ocasiones se le reviste de competencias derivadas de la función pública. Por lo tanto, las reglas del concurso de delitos desplazan entonces al concurso de leyes para lograr una completa valoración del injusto. En definitiva, el funcionario que favorece la evasión en connivencia con los internos responderá en concurso ideal por los delitos de favorecimiento de la evasión (art. 336) e infidelidad (art. 362).

Otro aspecto problemático que presenta el concurso en esta modalidad delictiva es su relación con las conductas de evasión sancionadas por la legislación penitenciaria.

La legislación penitenciaria presenta un amplio abanico de normas y reacciones jurídicas frente a la evasión, sin lugar a dudas porque es en este marco jurídico y no en el penal en el que deben resolverse los casos de autoevasión que no van acompañados de violencias u otros comportamientos delictivos autónomos. Las reacciones penitenciarias a la autoevasión se pueden agrupar en sanciones y modificaciones en las condiciones de ejecución. Veamos de forma resumida unas y otras.

Dentro de las sanciones, entre las muy graves, el art. 108 e/ del Reglamento penitenciario recoge «intentar, facilitar o consumir la evasión». El interno podrá ser entonces sancionado con una serie de castigos que van desde el aislamiento continuado en celda hasta la amonestación (art. 111 R.P.). Por su parte, la Ley General penitenciaria autoriza la utilización de medios coercitivos (aislamiento provisional, fuerza física, defensas de goma, etc.) para impedir actos de evasión de los internos (art. 45.1 LOSP). Ambas disposiciones se derivan de la obligación que tienen los reclusos de «permanecer en el establecimiento a disposición de la autoridad que hubiere decretado su internamiento o para cumplir las condenas que se impongan, hasta el momento de su liberación» (art. 4 l/a LOSP).

Pero sin duda, los internos deben temer mucho más que a las reacciones disciplinarias y coercitivas que acabamos de exponer, a otras medidas recogidas por la legislación que varían sustancialmente las condiciones de la ejecución

después de haber intentado una fuga. Las más importantes entre ellas son las siguientes:

— por razones de manifiesta urgencia y mediando motín, agresión física con arma u otro objeto peligroso, toma de rehenes o intento de fuga, el traslado a un establecimiento de máxima seguridad ordenado por el Centro directivo sin pronunciamiento previo del Juez de Vigilancia (art. 35.1 R.P.). El traslado se entiende estable, es decir, con el mismo tratamiento que quienes muestran peligrosidad o inadaptación en la medida que la legislación no dice lo contrario.

— si un interno clasificado en tercer grado (prisión abierta) aprovechar el disfrute de un permiso para fugarse, se le pasará provisionalmente a segundo grado (régimen ordinario) en espera de la reclasificación correspondiente, lo que se hará cuando vuelva a ingresar en un Centro penitenciario. Los casos de evasión son regularmente causa de regresión de grado y consiguiente pérdida —si se tenía— de la posibilidad de volver al régimen abierto.

— si un interno aprovechar el disfrute de un permiso para fugarse o cometiere un nuevo delito durante el mismo, no podrá volver a disfrutar de permiso durante dos años salvo los de carácter extraordinario por fallecimiento o enfermedad de un familiar, alumbramiento de esposa u otros importantes motivos. El período de prohibición será de tres años si el nuevo delito estuviere castigado con pena grave o repitiera la evasión aprovechándose del nuevo permiso.

Este amplio panorama normativo pone de relieve como la legislación penitenciaria reacciona —y lo hace con intensidad— frente a lo que considera una infracción de los deberes del recluso. La cuestión que surge inmediatamente es si la apertura de un procedimiento penal y la consiguiente condena anula el expediente sancionador o, por el contrario, ambas sanciones son compatibles. Una segunda cuestión a analizar es si es posible establecer una graduación de gravedad en la evasión que permitiera una reacción sancionadora para los supuestos menos graves y punitiva para los más graves.

En relación con la primera cuestión esta parece haber sido resuelta, aunque a nuestro juicio, de forma poco satisfactoria. En efecto, el art. 119 del R.P. establece que la comisión de una falta disciplinaria que presuntamente pudiera constituir delito, será puesta en conocimiento de la autoridad judicial competente, sin perjuicio de que por la Junta de Régimen y Administración se incoe el procedimiento sancionador que regla-

(95) Groizard, op. cit., págs. 553 y ss.

(96) Vid. pág.

mentariamente corresponda. Esta solución ha sido además corroborada por la Jurisprudencia y por la Fiscalía General del Estado que en la circular 3/79 de 18 de octubre declara que las autoridades judiciales competentes deberán poner los hechos en conocimiento del Director del Centro penitenciario a efectos de la correspondiente corrección disciplinaria sin perjuicio de realizar las acciones penales.

El fundamento por el que se permite esta infracción del principio *ne bis in idem* sólo podría encontrarse en la protección de distintos bienes jurídicos en uno u otro orden. De lo contrario no habría justificación alguna para no aplicar lo establecido por el art. 25.1 de la Constitución (99) y, en consecuencia, abstenerse de todo procedimiento administrativo cuando interviene la autoridad judicial. En reiteradas resoluciones el Tribunal Constitucional ha aceptado la teoría de la relación especial de sujeción que se da entre la administración penitenciaria y los internos. Esta relación no sólo es una fuente de reducción de algunos Derechos Fundamentales sino también serviría para dar un contenido material a la infracción disciplinaria que permitiría simultáneamente la penal aún referida a unos mismos hechos. A nuestro juicio semejante teoría no puede sustentarse o, al menos, con las dimensiones que sus defensores le dan (100).

Sin lugar a dudas hay una dependencia deri-

(99) En este sentido, vid. Cerezo Mir, J. *Curso de Derecho penal español. Parte general I*. Madrid, 1985, pág. 51.

(100) La teoría de las relaciones especiales de sujeción en el ámbito penitenciario, ampliamente debatida en otros países y especialmente en Alemania, había originado escaso interés en la doctrina penitenciaria de nuestro país. Algunos autores utilizaban la expresión con un sentido plástico para acentuar la diversidad de la relación entre la Administración penitenciaria y el recluso. Sin embargo, la STC 2/1987 de 21 de enero la ha puesto en vigor en su sentido más restrictivo y conservador ("En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución"). En sentido crítico a esta teoría, cfr. Díez Ripolles, J.L., *La huelga de hambre en el ámbito penitenciario*, en Cuadernos de Política Criminal, num. 30 (1986), págs. 615 y 655.

vada de la ejecución penitenciaria entre la Administración y la población interna, pero la misma no es especial sino diversa. De la condición, de penado no pueden derivarse más restricciones para la persona que aquellas que están directamente vinculadas a la privación de libertad. Se trata sólo de una relación funcional imprescindible para la ejecución. Por esta razón, la evasión en el ámbito penitenciario es objeto de sanción por lesionar el *ius puniendi* del Estado. Existe una identidad sustancial en el bien jurídico que da origen a ambas reacciones. Esta identidad, a nuestro juicio, impide la simultaneidad y convierte el contenido del art. 119 del Reglamento penitenciario en lesivo para los principios garantísticos del poder sancionatorio estatal.

Una cuestión distinta a la anterior aunque guarda con ella cierta relación es la posibilidad de graduar la lesión al bien jurídico de forma que se establezca una saludable relación cuantitativa entre ambos ordenes. Los intentos de evasión que no constituyen por las circunstancias o por los planes del autor una lesión grave al bien jurídico deberán ser reprimidos disciplinariamente y reservarse así la sanción penal para los supuestos más graves. En especial debe de reprimirse disciplinariamente los casos de evasión que se producen durante los períodos de permisos en el exterior, ya que el quebrantamiento se produce entonces por omisión y ésta no siempre está equiparada penalmente al comportamiento activo.

Favorecimiento de la evasión

I. Consideraciones previas

El favorecimiento de la evasión es un delito completamente distinto y autónomo del delito de quebrantamiento. Tan sólo en el bien jurídico protegido coinciden ambos y por esta razón el legislador ha decidido incluirlos dentro del mismo Cap. III.

Mientras que puede hablarse de una corriente de opinión mayoritaria a favor de la despenalización de la autoevasión, el favorecimiento de la evasión por un tercero debe castigarse penalmente para garantizar el cumplimiento del fallo condenatorio. Si este valor insoslayable para el propio sistema penal pudiera verse neutralizado por la necesidad de libertad del penado en los casos de autoevasión, aquí se trata de colaborar a la evasión de una persona privada de libertad.

Dos consideraciones de política criminal son necesarias hacer antes de abordar el análisis estructural del art. 336. Por una parte, la falta de

sensibilidad del legislador castigando con idéntica pena la autoevasión y el favorecimiento de terceros. Si dudoso resulta castigar lo primero inadmisiblemente aplicarle arresto mayor a ambos. Incluso si tenemos en cuenta que el art. 334 se refería al quebrantamiento de cualquier pena y el art. 336 tan sólo a la privación de libertad y que las circunstancias cualificantes de este último son más estrictas que la del primero habría que concluir que nos encontramos ante un supuesto delictivo menos grave a los ojos del legislador. La segunda cuestión se refiere a la absurda circunstancia que atenúa la pena cuando la evasión se verifica fuera de los establecimientos sorprendiendo a los encargados de la conducción. Sin duda, el comportamiento debiera merecer una mayor contundencia punitiva, ya que el riesgo de daños personales es mayor por la presencia física de los encargados de la conducción. No es fácil de entender por que debe atenuarse la pena a quien se aprovecha de las dificultades de custodia que entraña, por ejemplo, el traslado de un preso. Buscando un posible paralelismo podría verse aquí un comportamiento alevoso que con carácter general agrava la pena en los delitos contra las personas.

Por último, quizás fuera recomendable *de lege ferenda* como hace el PANCP de 1983 y en el Código penal italiano, introducir una atenuación cuando el autor pertenece al círculo familiar. Tratándose de una forma de participación elevada a categoría de delito autónomo en el que con frecuencia el móvil suele ser la conmiseración y el afecto fundada en relaciones parentales, esta circunstancia justificaría que fuera expresamente recogida en la regulación del delito como atenuante específica.

II. El delito de favorecimiento de la evasión en el Código penal vigente.

A) Tipo objetivo

1. Elementos básicos del tipo

Dentro del tipo del art. 336 encontramos dos comportamientos sustancialmente diferentes que aconsejan su estudio por separado.

a) En primer lugar, se castiga a los que «extraerán de las cárceles o de los establecimientos penales alguna persona reclusa en ellos». Para Córdoba por «extraer» debe entenderse «una acción en virtud de la cual se alcance por una persona distinta al recluso el resultado de la puesta en libertad de éste» (101). En efecto, hay

que entender inculpada una conducta de un tercero distinto del evadido realizando actos ejecutivos de evasión, es decir, cuando, por ejemplo, desde la calle se lanza un cordel sobre la tapia del centro para ayudar al interno a escalarla u otras conductas en las que el autor realice parte del iter criminis.

b) En segundo lugar, se castiga a quienes «proporcionaren la evasión». De entenderse esta segunda conducta típica y concretamente la expresión «proporcionar» en su acepción de «dar», habría que sacar una doble conclusión: la primera, que la redacción es incorrecta, ya que no se «da la evasión», sino los medios de evasión y, la segunda, que se trata de un supuesto en el que no es preciso que llegue a producirse materialmente la evasión y por tanto sería un delito de mera actividad. Resulta, por tanto, mejor entender «proporcionar» por «facilitar» la evasión y en este caso, pensamos que si es necesario que la fuga se produzca para que podamos castigar por el delito en fase consumada.

Por otra parte, por las dificultades de delimitar los ámbitos de «extraer» y «proporcionar» parece conveniente también que en ambos casos la evasión juegue un idéntico papel en las fases del delito, de esta manera calificar un hecho como acción de extraer o proporcionar, no tendrá mayor relevancia en cuanto a la pena. No obstante, se facilitará la evasión cuando se trate de actos encaminados a la misma que no puedan considerarse actos ejecutivos. Podría pensarse que esta solución haría imposible castigar una conducta de participación en el delito de quebrantamiento, ya que siempre nos conduciría al art. 336. Sin embargo, existe un amplio abanico de participaciones en quebrantamiento incluso de penas de prisión que seguirían tratándose dentro del art. 335: serían aquellos casos en los que se facilitará la ayuda a quien no se encuentra recluso en un establecimiento penal, sino disfrutando de una salida al exterior. No debe olvidarse que el legislador exige expresamente en este delito que el sujeto se encuentre recluso. De esta forma se logra cierta coherencia con la atenuación del art. 336, 2 para quienes proporcionan la fuga a quien es trasladado sorprendiendo a los guardianes. Si esta circunstancia ha merecido una atenuación también deberá ser menor la pena de quien participa en la fuga de un tercero que disfruta, por ejemplo, de un permiso de salida.

Salvadas las diferencias de las acciones típicas, el resto de los elementos que forman el tipo objetivo son comunes. La primera particularidad que presenta el art. 336 en comparación

(101) Córdoba Roda, op. cit., pág. 1178.

con el art. 334 es que si este se preocupaba más de la condición del evadido, aquel determina el lugar de la evasión, que pueden ser cárceles o establecimientos penales. Esta última expresión no es empleada por la legislación penitenciaria, que se inclina por la de establecimientos penitenciarios. Puede, pues, entenderse que los establecimientos penitenciarios son todos penales pero no a la inversa. Incluso tratándose de centros especializados en la ejecución de las medidas de seguridad como son los centros de rehabilitación social (art. 11 LOGP) habrá que entenderlos comprendidos entre los establecimientos penitenciarios tal como indica expresamente el art. 7 LOGP. Lo que sin ningún género de dudas están fuera de ese concepto son los centros de detención tales como comisarías de policía o depósitos municipales. Tampoco parece literalmente posible considerar que estos últimos sean establecimientos penales, pero lo contrario nos llevaría al absurdo, ya que entonces el art. 336 no castigaría a quien proporciona la fuga de un detenido de un centro policial y si de uno penitenciario. Parecidas razones obligan a entender que establecimiento penal es todo lugar en donde de forma definitiva o provisional queda recluida una persona (102).

Por lo que se refiere al objeto del delito, es

(102) La interpretación extensiva no es satisfactoria aún siendo la única que elude las citadas contradicciones. No obstante y pese a llegar a la misma conclusión, no nos parece convincente el argumento empleado por el TS. En efecto, para el alto Tribunal un hospital no penitenciario es también un establecimiento de esta naturaleza a los efectos del art. 336 porque "cuando habla de asistencia sanitaria, el art. 36 (LOGP) cita no solo los servicios médico de los establecimientos, sino de instituciones hospitalarias penitenciarias, y en caso de necesidad de otros centros hospitalarios, donde deben ser trasladados a propuesta del médico de la Prisión, con autorización del Centro Directivo y de la Autoridad Judicial, a cuya disposición estuvieran. En estos supuestos la situación del afectado en el orden penitenciario es la misma que tuviera en el Centro Penal y el Centro hospitalario se convierte en una prolongación, filial o dependiente de aquel a tales efectos". Es absurdo pretender que el art. 36 LOGP estuvieran prolongando a los centros hospitalarios la naturaleza de establecimiento penitenciario. Como señalamos en el texto sólo para evitar soluciones paradójicas se puede aceptar que allí donde haya un recluido por la Administración de Justicia -en su sentido más amplio- hay un establecimiento penitenciario a los efectos de delito en cuestión. Con razón señala López Barja de Quiroga (op. cit., pág. 615) que la posición del TS transgrede la tipicidad penal y el principio de legalidad.

decir, la persona evadida, es indiferente que esta sea un penado, preso o detenido, tan sólo se exige que se encuentre recluido en un establecimiento (103). Tampoco ofrece dudas por los elementos del tipo que el art. 336 se refiere únicamente a supuestos de privación de libertad, esto, como ya hemos apuntado, carece de justificación si se toma en cuenta que el quebrantamiento va referido a todo tipo de penas y el contenido del injusto es aquí menor.

El sujeto activo puede ser cualquier persona, si bien en algunos casos se pueden plantear dudas. Puede serlo el propio funcionario de prisiones siempre que no pertenezca al grupo de funcionarios encargados expresamente de la custodia de un preso, pues entonces se castigaría por el art. 362. Esto sucederá, por ejemplo, cuando se trate de un funcionario de otra galería o no tenga encomendadas funciones de vigilancia y custodia. Tampoco podrán ser sujetos los particulares cuando tengan encomendadas funciones de conducción o custodia, en cuyo caso se aplica el art. 363.

Se suscita aquí la posibilidad de que pueda aplicarse este delito a otro preso que participa en la evasión de un tercero. En principio, no hay inconveniente para ello. No obstante, si aquel procura a la vez su propia fuga, en este caso no debe acudir al concurso de delitos entre los arts. 335 y 336 sino aplicarse únicamente el delito de quebrantamiento por tratarse de un tipo más específico, ya que, como hemos visto, el art. 336 contempla supuestos de participación. Sin embargo, la solución no resulta tan evidente si tenemos en cuenta que la evasión es un acto personal perfectamente diferenciable de ayudar a otro a evadirse incluso planteándose ayudas recíprocas y, sobre todo, porque puede suceder que la ayuda a otro resulte más penada que la autoevasión cuando, por ejemplo, una de las circunstancias agravantes sólo puedan aplicarse a la evasión del tercero. Piénsese en el siguiente supuesto: un preso a quien un funcionario pariente le va a proporcionar desinteresadamente la fuga, le solicita también a este que se la proporcione a otro preso aunque sea mediando dinero. La circunstancia de soborno sólo afecta a esta última evasión y no a la primera, y ni tan siquiera acudiendo a criterios tan discutibles como el plan del autor o la unidad de acción podría extenderse el soborno a la fuga del pariente.

(103) En contra, López Barja de Quiroga, op. cit., pág. 616.

Si sólo se castigará a este por el art. 335 aplicando las reglas del concurso de leyes estaría siendo absurdamente privilegiado. Además resulta paradójico castigar sólo por la autoevasión excluyendo el delito de proporcionar la evasión. Así pues, la solución más coherente con la actual regulación sería la de aplicar un concurso real de delitos entre ambos delitos, el 335 y el 336 si bien, resolviéndose la determinación de las penas a partir de las reglas del delito continuado (art. 69 bis). De esta forma, la pena se mantiene dentro de una cierta proporción con el delito más grave sin aplicar la simple acumulación del concurso real.

2. Circunstancias agravantes específicas

Como en el delito de quebrantamiento el legislador contempla en el art. 336 una serie de circunstancias agravantes específicas que veremos a continuación:

— Violencia o intimidación. Si bien los contenidos de los actos violentos o intimidatorios coinciden con los del delito de quebrantamiento y por tanto nos remitimos al comentario que en su momento hicimos, la redacción introduce una diferencia trascendental en cuanto al papel que la violencia o la intimidación deben jugar en la comisión del delito para poderlas considerar como agravante. En el art. 334 para que la fuga se vea agravada bastará con que antes de la consumación del delito se llegaran a producir una de aquellas circunstancias, mientras que la expresión «emplear a los efectos» del art. 336 acentúa la relación medial e instrumental de los actos violentos o intimidatorios. De esta manera cualquier violencia que no tuviera esta condición sería tratada sólo como delito autónomo en una relación concursal con el tipo base del favorecimiento de la evasión. También aquí el legislador muestra un mayor interés en reprimir la autoevasión que el favorecimiento de terceros.

— Soborno. Como apunta Vives Antón, el soborno tiene unos perfiles más amplios que el cohecho (104). Sobornar equivale a corromper a terceros para conseguir de ellos un propósito (105). Todo soborno implica una contraprestación que no necesariamente tiene por que traducirse en el pago de una cantidad de dinero, ni tan siquiera tratarse de la entrega de una cosa económicamente valorable. El sujeto sobornado puede serlo por dinero a cambio de la prestación

(104) Vives Antón, op. cit., pág. 293.

(105) Córdoba Roda, op. cit., pág. 1178.

de un servicio o simplemente por favores sexuales, por ejemplo. En principio, la persona sobornada no necesariamente tiene que ser funcionario ni tan siquiera trabajador de instituciones penitenciarias. No lo exige el delito que se limita a señalar que debe mediar soborno. Sin embargo, esta interpretación amplia podría conducirnos a aplicar la modalidad agravada en casos desde todo punto de vista inexplicables. Piénsese, en quien soborna a un taxista para que le este esperando en un lugar próximo a la prisión o quien gracias también al soborno obtiene de un sastre una gorra de funcionario de prisiones.

No debe olvidarse que en el Código, la expresión «soborno» es utilizada en el mismo sentido que «cohecho»; así sucede en el art. 392. Otros códigos, como el de 1928 la utilizó aún con mayor frecuencia (106). Sin embargo, la interpretación restringida tampoco resulta satisfactoria. Quizas es cuestionable la oportunidad de incluir como circunstancia agravante el soborno, pero en tanto que subsista ni puede aceptarse que a efectos de este delito cabe el soborno de cualquier persona, ni, por el contrario, que solo se puede restringir al funcionario de prisiones. Siguiendo la pauta marcada por las agravantes del art. 335, entendemos que solo cabe el soborno de los «dependientes de la prisión o encargados de la custodia». La razón político criminal de esta solución intermedia estaría en lograr mediante la agravación de la pena una mayor garantía y protección frente a los sobornos de quienes por uno u otro vínculo ejercen su profesión en las prisiones.

Por otra parte, para apreciar el soborno, a nuestro juicio, este ha debido de cumplirse en todos los términos y ser una causa eficiente de la evasión. No basta desde luego la simple oferta de una dádiva no seguida de una prestación de la parte sobornada, ni tampoco que esta prestación —que puede ser activa y omisiva— no sirva finalmente para alcanzar la fuga.

Inexplicable resulta también que el legislador no haya contemplado otras circunstancias agravantes, especialmente, la de fuerza en las cosas que si aparece, en cambio, en el quebrantamiento de condena. De igual modo, la exasperación de la pena por la presencia de una de las agravantes referida merece criticarse, sobre todo, por lo que se refiere al soborno de escasa enti-

(106) "acceptare el soborno", "si el soborno fuera aceptado", "aunque no haya llegado a aceptar el soborno" (art. 473). También la PANCP de 1983 emplea con frecuencia la expresión "soborno" (art. 404).

dad delictiva y que, sin embargo, permite elevar la pena de arresto mayor a prisión menor.

3. Circunstancias atenuantes

Según el art. 336, «si la evasión se verificare fuera de dichos establecimientos, sorprendiendo a los encargados de la conducción, se aplicarán las mismas penas en su grado mínimo».

No es imaginable cuales puedan ser las razones últimas que justifican esta atenuación de la pena. Favorecer mediante la reducción de penas que las ayudas a la evasión se produzcan precisamente en aquellos momentos en los que operativamente resulta más difícil la custodia y en los que existe mayores riesgos de que se produzcan lesiones o daños en personas ajenas a la conducción ni se explica por una eventual disminución del injusto ni mucho menos por conveniencias político—criminales. Aún más peligrosa y más paradójica es esta atenuación teniendo en cuenta que los arts. 362 y 363 castigan expresamente al funcionario o particular encargado de la custodia o traslado que consiente la evasión.

A la vista de que la redacción del art. 335 para evitar caer en soluciones absurdas obliga a entender por establecimientos penales todo lugar donde de forma definitiva u ocasional se pueda tener «recluida» a una persona, para que se aplique esta atenuación el sujeto tiene que estar siendo conducido de un lugar a otro no sólo por referirse a ello expresamente el artículo, sino porque se habla de sorprender a funcionarios de la conducción. Así, por ejemplo, López Barja de Quiroga (107) considera en contra del Supremo que los hospitales comunes no pueden incluirse dentro de los establecimientos penales. Dicha interpretación es, en efecto, coherente con la naturaleza de un establecimiento penal, pero, sin embargo, se ve forzado a soluciones inexplicables al no permitir aplicar la atenuación del párrafo 2 del art. 336 cuando un recluso está internado por razones de salud en un hospital.

Además el tipo privilegiado requiere que la evasión se verifique «sorprendiendo a los encargados de la conducción». Se trata de una redacción llena de despropósitos que interpretada literalmente nos conduciría a las soluciones más absurdas. En primer lugar, porque sólo se exige que la evasión no se produzca fuera del establecimiento, es decir, que se aplicaría la fórmula atenuada aún cuando los actos de terceros facilitando la evasión se ejecutaran dentro del esta-

blecimiento. No parece que sea esta la voluntad del legislador, sino todo lo contrario, privilegiar al tercero que de una manera astuta logra ayudar a la fuga durante la conducción de un interno. En segundo lugar, porque sin sorprender a los vigilantes no se podría aplicar la atenuante. A primera vista ello parece significar que el legislador excluye la atenuación cuando los encargados de la custodia son maniatados violentamente o intimidados, de forma que solo la astucia se haría merecedora de la misma. Pero semejante restricción no se sostiene entre otras razones (108) porque el propio texto legal contempla la posibilidad de aplicar las penas de prisión menor (por el empleo de violencia) en grado mínimo. Por otra parte, si se interpreta en un sentido estricto no podría atenuarse la pena de quien soborna al encargado de la conducción y logra facilitar la fuga del detenido ya que difícilmente puede sorprenderse un encargado que previamente se ha dejado sobornar. Pero esta exclusión carece de cualquier explicación lógica. No queda otra vía interpretativa que aquella que entiende que «sorprendiendo al encargado de la conducción» es una simple licencia literaria que acentúa la circunstancia del traslado como momento en el que debe producirse la participación en la fuga. Es pues, irrelevante que el encargado se «sorprenda» porque estaba en connivencia con el interno o un tercero.

B) Tipo subjetivo

Nada dice la doctrina sobre la posible comisión imprudente de los hechos descritos en el art. 336 ni tampoco de la propia naturaleza de los hechos se excluye dicha modalidad comisiva. Así pues, es perfectamente imaginable casos de negligencia en la conducción bien de los funcionarios encargados de la misma bien de terceros. Lo primero, como hemos visto, se castiga por el art. 362, lo segundo aunque más improbable no es por ello imposible. Piénsese, por ejemplo, en una negligente reparación de las medidas de seguridad del furgón de conducciones que hábilmente es utilizada por los presos para lograr la fuga.

Por el contrario, la acción de extraer es inimaginable en comisión imprudente, tanto si se cuenta con la voluntad del interno como si no, ya que el acto de extracción es un acto de mayor intensidad e incidencia en el suceso que una simple participación.

C) Formas imperfectas de ejecución

Como ya vimos se trata de un delito de resultado en el que son posibles la tentativa y la frustración (109). Esta posibilidad viene dictada por razones político criminales más que estructurales ya que tratándose de formas de participación elevadas a delitos autónomos pareciera suficiente con que la actividad participativa se hubiere consumado para considerar el delito en toda su perfección sin atender al logro de la fuga por el recluso.

Podría pensarse que nos encontramos entonces en relación con la evasión más ante una condición objetiva de punibilidad que ante el resultado del delito. A favor de esta solución estaría el hecho de que concluido el delito en sus elementos objetivos y subjetivos la punibilidad se va a hacer depender de que efectivamente se materialice la evasión. Sin embargo, a nuestro juicio, esta propuesta debe desecharse ya que para confirmar la presencia de una condición objetiva de punibilidad, al menos, se deben dar dos requisitos que aquí no concurren. Por una parte, que el injusto se encuentre agotado sin necesidad de que se produzca el suceso condicionante; por otra parte, que entre el autor y el elemento condicionante no sea preciso que concorra una relación subjetiva ya sea dolosa o culpable. Ni lo uno ni lo otro puede afirmarse aquí. En efecto, la evasión constituye un elemento destacado como desvalor del resultado en el injusto del delito en cuestión y para poder aplicar el art. 336 es imprescindible que entre el resultado y el autor exista una relación subjetiva, al menos, imprudente (110).

D) Formas de participación

De las dos modalidades delictivas recogidas en el art. 336, la segunda de ellas —proporcionará la evasión— constituye una forma de participación tipificada expresamente (111). Esto quiere decir en primer lugar que si el mencionado precepto no tipificara la extracción de las cárceles no sería delito, en tanto que el favoreci-

miento de la fuga de no recogerse aquí se castigaría de todas maneras como participación en el delito de quebrantamiento de condena. En segundo lugar, que las actividades de auxilio a una evasión no se rigen en este caso por las reglas generales de la participación, sino por la descripción del tipo concreto. Cuando el legislador opta por la técnica de tipificación de una conducta accesoria suele hacerlo con idea de agravar las penas evitando que estas se degraden al aplicarse las reglas generales de responsabilidad del partícipe (art. 53).

Sin embargo, la relación entre los arts. 334 y 336 produce cierta perplejidad porque en este último sólo se tipifican algunas formas de participación que no son necesariamente las más graves. Se limita a castigar a quien auxilia a quebrantar los estados de privación de libertad de terceras personas. Y aún dentro de estos casos solo se castigan como delitos aquellos que ayudan a reclusos —internados en establecimientos penales— o a personas que están siendo conducidas en régimen de privación de libertad. En consecuencia, la participación en la evasión de un condenado en régimen abierto durante el tiempo que se encuentra fuera de la prisión deberá castigarse por el art. 334, lo cual implica una considerable atenuación de la pena y no necesariamente un injusto atemperado. Cuales son las diferencias sustanciales que justificarían que a quien soborna a un funcionario para que abra la puerta de la prisión a un interno se castigue con la pena de prisión menor y, sin embargo, si el soborno se dirige a que falsifique el recuento de entradas en el establecimiento de régimen abierto la pena sería de arresto menor.

En todo caso, el art. 336 permite perseguir al partícipe del partícipe que en realidad se trata del partícipe del autor que favorece la evasión, es decir, el hecho principal.

La existencia de tipos muy próximos entre sí cuyos ámbitos son difíciles de delimitar obliga a calificar algunos supuestos con soluciones excesivamente dispares y poco satisfactorias. Piénsese, por ejemplo, en el siguiente caso. Un individuo envía a un interno una carta con una falsa noticia comunicándole la enfermedad grave en fase terminal de un pariente próximo. Gracias a ello el interno obtiene de la Junta de régimen un permiso extraordinario (art. 47.1 LOGP). Sin embargo, debido a los informes negativos sobre la personalidad del recluso este se ve obligado a sobornar a un par de miembros de la Junta. Finalmente, cuando es conducido al domicilio familiar un compañero sorprende a los encarga-

(107) López Barja de Quiroga, op. cit., pág. 616.

(108) López Barja de Quiroga, op. et loc. cit.

(109) Rodríguez Devesa, op. cit., pág. 981.

(110) Todavía podrían aportarse argumentos contra la consideración de la evasión como condición objetiva de punibilidad, cfr. Martínez Pérez, C. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid, 1989; Mapelli Caffarena, B. *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid, 1990.

(111) Muñoz Conde, op. cit., pág. 732; Rodríguez Devesa, op. cit., pág. 981.

dos de la conducción y lo logra poner en libertad. Resulta imposible reconducir la responsabilidad de cada uno de estos sujetos a un solo delito y así, mientras que quien envía la carta participa en el delito de quebrantamiento (art. 334) del que es autor principal el recluso, el funcionario responderá por infidelidad en la custodia de presos (art. 362) y finalmente, quien sorprende a los guardias en la conducción por favorecimiento de evasión (art. 336).

De *lege ferenda* sería, pues, recomendable unificar los tipos para evitar disparidades como la que resulta del supuesto anterior. En esa dirección la PANCP de 1983 hace desaparecer el delito de infidelidad en la custodia de presos pasando a tratarlos dentro del quebrantamiento de condena.

E) Problemas concursales

La regulación actual necesariamente plantea enormes dificultades en la solución de la técnica concursal. Como en el delito de quebrantamiento, a nuestro juicio, debe rechazarse (112) para aquellos casos en los que media violencia, intimidación o cohecho (soborno) porque es siempre difícil determinar con la misma certeza jurídica cuando la violencia o los otros medios tienen entidad suficiente para no ser absorbidos en su relación medial dentro del art. 336 y pasar a constituir un delito propio. En su lugar, pensamos que es mejor plantear un concurso de leyes entre las dos posibles calificaciones de los hechos. Por una parte, el tipo básico de favorecimiento («si se valiere de otros medios») y las violencias, intimidación o cohecho como delitos autónomos de lesiones, amenazas y cohecho y, por otra parte, la figura agravada del art. 336. Se aplicará esta última si resulta tener una pena superior en virtud del art. 68. Por el contrario, deberá acudir al concurso de delitos si del mismo resulta la pena mayor.

Otro aspecto problemático es el posible concurso entre el delito que estudiamos y los de infidelidad en la custodia de presos bien sea cometido por funcionarios (art. 362) o particulares (art. 363). La doctrina dominante se inclina por considerar que estos últimos delitos carecen de sustantividad, tratándose más bien de fórmulas agravadas del delito de quebrantamiento (113). Ello se debe a que el bien jurídico protegido es

idéntico, es decir, también aquí se castiga a quien facilita al «sentenciado, la elusión del cumplimiento de la condena y a quien aún no lo ha sido, ponerse fuera del alcance de la justicia» (114).

En efecto, podría quizás entenderse que estos delitos son pluriobjetivos en el sentido que parece apuntar Quintano (115), protegiéndose de forma genérica el ejercicio de la función pública y más específicamente dicho ejercicio concretado en la perturbación de la Administración de Justicia. Parece que la voluntad del legislador a tenor de la gravedad de las penas previstas en el art. 362 considera también esta posibilidad.

De todo lo dicho se deriva que cuando el delito es cometido por un funcionario o por un particular que ejerciera funciones de custodia el delito a aplicar sería el de infidelidad en la custodia en detrimento del art. 332. Esto hace inexplicable la falta de correspondencia que existe entre ambos grupos de delitos reflejada sobre todo en una nueva circunstancia agravatoria que no se contemplaba en el quebrantamiento, que es la condición en el fugado de persona condenada por ejecutoria por alguna pena.

(112) Orts Berenguer, en Cobo del Rosal y otros. *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 437; Muñoz Conde, op. cit., pág. 753.

(115) Quintano Ripollés, op. cit., pág. 699.

BIBLIOGRAFIA

- BRICOLA, F. Custodia di minori, alienati di mente o persona detenute, en *Enciclopedia del Diritto*, Milan.
- BUBNOFF, Comentario al par. 120, en *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Leipzig 1978.
- BUSTOS RAMIREZ, J. Manual de Derecho penal. Parte especial. Barcelona, 1986.
- CEREZO MIR, J. Curso de Derecho penal español. Parte general I. Madrid, 1985.
- CORDOBA RODA, J. Comentarios al Código penal, T.III. Barcelona.
- CRESP/STELLA/ZUCALA/, Comentario breve al Codice penale, Padua, 1986.
- CUELLO CALON, E. La moderna penología, Barcelona, 1974.
- DEL ROSAL, J. Del sentido realista de la interpretación penal, en base a la infidelidad en la custodia de presos, en *ADPCP*, 1962.
- DIEZ RIPOLLES, J.L. La huelga de hambre en el ámbito penitenciario, en *CPC* num. 30. (1986).
- DÜNKEL/ROSNER, Die Entwicklung des Strafvollzugs in der Bundesrepublik Deutschland seit 1970 -Materialien und Analysen. Freiburg i.B. 1981.
- ESER, Comentario al par. 120, en *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, Munich 1980.
- FERRER SAMA, Comentarios al Código penal, tomo III, Madrid, 1948.
- GARCIA MIGUEL, M. Los delitos contra la Administración de Justicia en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal, en *Documentación Jurídica*, num. 37/40 (1983).
- GIMBERNAT ORDEIG, E. Autor y complice en el Derecho penal. Madrid, 1966.
- GOMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, Derecho procesal penal. Madrid, 1981.
- GONZALEZ GUITIAN, L. Dos problemas del artículo 334 del Código penal (En torno al delito de quebrantamiento de condena), en *Estudios penales* II. Santiago de Compostela, 1977-78.
- GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A. El Código penal de 1870, Burgos, 1872.
- HERRERO TEJEDOR, ¿Puede el delito de infidelidad en la custodia de presos ser cometido por imprudencia? en *RGLJ*, 1950.
- JIMENEZ DE ASUA/ANTON ONECA, Derecho penal conforme al Código de 1928, T.II. Parte especial. Madrid, 1929.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. Comentario al art. 334 en Código penal comentado. Madrid, 1990.
- LORENZO SALGADO, J.M., El quebrantamiento de determinadas decisiones judiciales, en *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela, 1979-80.
- MAGALDI/GARCIA ARAN, Los delitos contra la Administración de Justicia ante la Reforma penal, en *Documentación jurídica*, num. 37/40 (1983), vol. 2.
- MANZINI, V. Trattato di diritto penale italiano, Pisapia 198185.
- MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal. Parte especial. Valencia, 1990.
- ORTS BERENGUER, E., en Cobo del Rosal y otros, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1988.
- QUINTANO RIPOLLES, A. Comentarios al Código penal. Madrid, 1966.
- QUINTERO OLIVARES, G., Los delitos contra la Administración de Justicia, en *RJC*, num. extra. El Proyecto de Código penal (1980).
- RODRIGUEZ DEVESA, J.M. Derecho penal español. Parte especial. Madrid, 1983.
- SIEGERT, Die Gefangenenbefreiung, en *JZ*, 1973.
- VIADA Y VILASECA, S. Código penal reformado de 1870, T.I., Madrid, 1890.
- VIVES ANTON, en Cobo del Rosal y otros, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1988.
- WESSELS, J. Strafrecht. Besonderer teil -1. Heidelberg, 1981.