

# LEX CRIMINALIS

BOLETÍN JURÍDICO PENAL DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA

Nº6 | septiembre 2024 semestral. Año 2



La privatización de las prisiones a debate, el delito de quebrantamiento de condena y aspectos penales acerca de la vivienda (estafa y usurpación)

## LEX CRIMINALIS

Boletín Jurídico Penal de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria  
ajfv@ajfv.es

## CONSEJO ASESOR

Andrés Martínez Arrieta  
José Luis Seoane Spiegelberg  
Pascual Martínez Espín  
Juan Francisco Mestre Delgado  
María Luz García Paredes  
María Lourdes Arastey Sahún  
Blanca Lozano Cutanda

## COMITÉ EDITORIAL

Luis Juan Delgado Muñoz (Coord.)  
Verónica Ponte García  
Claudio García Vidales  
Rafael Herreros López  
Arturo Valdés Trapote  
Carlos Miguel Arcay García  
Verónica García Canal  
Lucía Pro Martínez

Edita: Asociación Judicial Francisco de Vitoria C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A, Madrid  
Diseño: Raspabook

ISSN: 3020-2132  
Fotografía portada: José Alfonso Ponte Yustos

## EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de éstos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. El Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoria no se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos

03

## LA PRIVATIZACIÓN DEL SISTEMA PENITENCIARIO

por Lucía Pro Martínez, Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Castuera.

24

## QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA: LUCES Y SOMBRAS

por Luis Ortiz Vigil, Magistrado titular destinado en la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Asturias.

35

## DELITO DE ESTAFA SOBRE VIVIENDA: APLICACIÓN DEL ART. 250.1.1º CP (TIPO AGRAVADO) O DEL ART. 251 CP (ESTAFA IMPROPIA): JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

por Inmaculada Concepción Cerezo Cintas, magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona.

45

## USURPACIÓN PARA DUMMIES

Por Carlos Miguel Arcay García, Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Santoña



# LA PRIVATIZACIÓN DEL SISTEMA PENITENCIARIO

*PRIVATIZATION OF THE PENITENTIARY SYSTEM*

Lucía Pro Martínez

Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Castuera.

Fecha de recepción: 3 de junio de 2024

Fecha de aceptación: 26 de julio de 2024

## SUMARIO

1. Introducción. 2. El sistema penitenciario español. 3. La privatización de las prisiones. 3.1. Antecedentes históricos y análisis comparativo: el caso estadounidense. 3.2 Ventajas y riesgos de la privatización. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía

## RESUMEN

Este artículo pretende analizar la viabilidad jurídica y práctica de un sistema de gestión privada de los centros penitenciarios en España, con especial atención a las ventajas y riesgos en el plano práctico (si esta privatización puede suponer un ahorro del gasto público, así como una gestión más eficiente). Igualmente, se cuestiona la oportunidad de ceder al ámbito privado una materia de notable sensibilidad pública, introduciendo el debate

de la protección de la población reclusa en un sistema penitenciario privado, y observando la experiencia de países que ya hayan tenido este sistema, como el estadounidense.

### **ABSTRACT**

*This article aims to analyse the legal and practical feasibility of a private management system of prisons in Spain, with special attention to the advantages and risks at the practical level (whether this privatisation can lead to savings in public spending, as well as a more efficient management). It also questions the appropriateness of handing a matter of considerable public sensitivity over to the private sphere, introducing the debate on the protection of the prison population in a private prison system, and observing the experience of countries that have already had such a system, such as the United States.*

### **PALABRAS CLAVE**

Sistema penitenciario; Privatización; Poder público; Estados Unidos; Ius Puniendi

### **KEY WORDS**

*Prison system; Privatisation; Public power; United States; Ius Puniendi*

## **1. INTRODUCCIÓN**

El presente artículo tiene como objeto analizar la viabilidad jurídica y práctica de un sistema de gestión privada de los centros penitenciarios en España. En el crítico contexto económico y político que vive nuestro país desde hace más de una década, se han producido muchas huidas a lo privado. Las constantes reducciones en gasto público originan paralelamente aumentos del gasto privado.

En el ámbito estrictamente penitenciario, se han ido privatizando muchos servicios concretos para liberar de gastos al sector público: el mantenimiento, programas de tratamiento, la seguridad en algunos casos, recientemente la sanidad; y especialmente en el ámbito de la reclusión de los menores, y al amparo de su legislación concreta, muchos aspectos de la vida en prisión se gestionan desde entidades privadas. De ahí que pueda plantearse, aunque sea a nivel teórico, la viabilidad de una gestión privada de las cárceles.

Este artículo pretende concretar, entre otras cuestiones, si la legislación actual permite una privatización -total o parcial- de la gestión penitenciaria, y si esta

privatización puede suponer un ahorro del gasto público, así como una gestión más eficiente. Igualmente, se cuestiona la oportunidad de ceder al ámbito privado una materia de notable sensibilidad pública, introduciendo el debate de la protección de la población reclusa en un sistema penitenciario privado.

### **2. EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL**

El modelo penitenciario español se basa en los postulados de la Ley Orgánica General Penitenciaria<sup>1</sup>, aprobada en el año 1979, una de las primeras de la democracia, evidenciando el carácter simbólico que se le dio en el momento. Esta ley orgánica ha permanecido casi intacta durante sus más de 40 años de vida, y a pesar de las mencionadas reformas de la ley penal y en concreto del uso de la pena de prisión, además de otras reformas en ámbitos como el laboral, el sanitario, el educativo, el administrativo -incluida la función pública- el de extranjería, o el de protección de las víctimas. Nuestro sistema penitenciario es público y centralizado, dependiendo los centros penitenciarios de la Administración General del Estado, con pocas salvedades de descentralización. Un sistema basado en los principios de legalidad<sup>2</sup>, reinserción y de individualización científica (dividiendo a la población reclusa en grados). El nuevo Reglamento (que siguió al Código Penal<sup>3</sup> de 1995) pretendió una modernización de las técnicas de tratamiento penitenciario, potenciando a la vez el contacto del recluso con el exterior e introduciendo un concepto amplio de tratamiento, frente al estrictamente clínico presentado por el reglamento de 1981. Cobran en esta norma fuerza actividades formativas, laborales, recreativas, deportivas y socioculturales.

Además de las reformas normativas que puedan afectar transversalmente a la LOGP, el sistema penitenciario tiene continuamente que hacer frente a otro problema: una cifra muy cambiante de población reclusa. En este sentido, en la última década del siglo XX y primera década del siglo XXI hubo un incremento acelerado de la misma. Entre 1990 y 2006, el número de personas en prisión casi se duplicó (incrementándose en un 37% del 2000 al 2006). Sin embargo, durante la segunda década del siglo XXI ha habido un claro cambio hacia la disminución de esta cifra, llegando a descender hasta un 38% desde su máximo histórico en 2009<sup>4</sup>. En 2021 se registró la cifra más baja de población reclusa desde 2002. Sin embargo, apunta el Consejo General del Poder Judicial que el incremento y la reducción de estas cifras no responde tanto a las tasas de criminalidad

---

<sup>1</sup> En adelante LOGP.

<sup>2</sup> Art 3 LOGP y 990 LECr.

<sup>3</sup> En adelante CP.

<sup>4</sup> Según documentó el CENDOJ una media de 146 personas en prisión por cada 100.000 habitantes en España, una de las tasas más altas de los países europeos.

como a políticas penitenciarias y reformas legales. En concreto, en 2010 hubo una reforma del Código Penal que rebajó las penas de los delitos de tráfico de drogas en pequeñas cantidades, que a nivel estadístico son de los delitos más numerosos. Además, contribuyó la reforma operada en el CP por la LO 1/2015, por la que la antigua sustitución de las penas de prisión (antiguo artículo 88) se sustituyó por el mecanismo de suspensión (casi) automática de las penas de prisión inferiores a dos años, ex arts. 80-84 CP; así como las distintas políticas penitenciarias que mantiene cada gobierno.



### 3. LA PRIVATIZACIÓN DE LAS PRISIONES

#### 3.1. Antecedentes históricos y análisis comparativo: el caso estadounidense

La intervención del sector privado en la gestión penitenciaria ha adoptado muy distintas modalidades históricamente en los sistemas occidentales, tanto en Europa como en América. Entre otros ejemplos, podemos citar: las casas de corrección de Ámsterdam, donde encuentran su origen las actuales prisiones; la práctica colonial de los gobiernos franceses y británicos en que cedían penados a empresas privadas; los derechos de encarcelaje que cobraban los carceleros de los propios reclusos, práctica habitual en nuestro continente hasta principios del siglo XIX<sup>5</sup>; el sistema de *lease* en las prisiones estadounidenses respecto de la mano de obra que suponían los reclusos, que fue asumido por algunas penitenciarías europeas (p.ej. en España en las minas de Almadén o en el Reformatorio de Elmira); así como la intervención humanitaria de entidades religiosas o no religiosas.

Conviene también hacer referencia al Proyecto Panóptico de Bentham (1791), respecto del que célebremente ha pasado a la historia el diseño de inspección de las celdas desde una torre central, pero que además fue un primer proyecto de prisión privada como tal (principio de administración contractual), que incluía sólidas doctrinas sobre la supervisión estatal de los contratos entre las empresas privadas y las autoridades.

En el caso estadounidense, el auge de la privatización del sistema penitenciario tuvo lugar en la década de los ochenta (durante el Gobierno de Ronald Reagan). En aquella época el sistema penitenciario existente estaba en muy malas condiciones, aflorando muchas críticas y denuncias por abusos, hacinamiento, situaciones de vida insalubre, racismo y mucha violencia interna. Ello seguía además a una época en que la población reclusa en EEUU había aumentado enormemente, debido a la política de persecución del tráfico de drogas. Esta situación, junto con las desigualdades e inseguridades que ocasionaba el sistema de indeterminación penológica en la sentencia<sup>6</sup>, dio lugar a reformas del sistema penal y penitenciario que, entre otras cosas, ocasionaban muchos gastos para el sector público. Ante este panorama y las críticas constantes a la gestión pública, las propuestas del sector privado respecto de reducción de

---

<sup>5</sup> En concreto las "Workhouses" que surgían en el Reino Unido en el siglo XVI y se usaba en sus colonias en América.

<sup>6</sup> En Estados Unidos se utiliza el sistema de "sentencia indeterminada", según el cual los condenados conocen el tiempo mínimo y máximo que pueden estar en prisión cuando son condenados por un delito (el marco que fija la ley), pero el tiempo concreto va fijándose después por las autoridades administrativas.

costes y mayor eficiencia en la gestión se presentaron como una oportunidad dorada para el desarme estatal en este ámbito.

En 1983 se crea la primera empresa de cárceles en Estados Unidos, la Corrections Corporation of America (CCA), y al año siguiente la Wackenhut Corrections Corporation (hoy absorbida por GEO Group, la empresa de administración de instalaciones psiquiátricas y correccionales más grande del mundo, que cuenta con instalaciones también en Reino Unido).

Es importante adelantar que Estados Unidos ha entrado en una fuerte revisión de su política de gestión privada de las cárceles de titularidad del gobierno federal. En este sentido, el 18 de agosto de 2016 emitió el Departamento de Justicia un informe asegurando un plan de transmisión progresiva de esta competencia al sector público a lo largo de los cinco años siguientes; informe que posteriormente entró en revisión con la llegada de la siguiente Administración (2017, Administración Trump). En un momento en que más del 90% de los presos dependientes del gobierno federal estadounidense están recluidos en prisiones de gestión privada, pasados dos cambios de gobierno y en situación de crisis económica postpandemia, parece poco probable que se lleve a la realidad este cambio.

### 3.2 Ventajas y riesgos de la privatización

En el estudio de la ejecución de las penas, la gestión penitenciaria es a menudo olvidada o tratada como tema muy secundario. Sin embargo, no faltan autores que sostienen que la calidad de vida de la población reclusa (y por ende su potencial rehabilitador) depende en buena medida de la calidad de la gestión de las cárceles. Si bien en el caso español no se ha llegado al grado de privatización del sistema penitenciario norteamericano, del contexto de crisis económica, política y social actual se constata la existencia de rasgos evolutivos que advierten de la posibilidad de privatizar en el futuro.

En este contexto, si se limita el debate de la privatización a un análisis meramente económico en relación con la ejecución de los fines del artículo 25.2 CE, se estaría entrando en un debate parcial y desencaminado, puesto que la función penitenciaria es una pata esencial del contrato social que subyace a un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro.

#### Traslado del *ius puniendi*

En un escenario de ejecución privada de la pena privativa de libertad, lógicamente la corporación privada participaría del *ius puniendi* del Estado, o potestad

punitiva. El traslado de la ejecución penal del Estado a una corporación privada comprometería la idea de un derecho penal completamente público. Encontraría por tanto mayor apoyo ideológico en los postulados libertarios, que tienen una visión individualista del delito y de la pena. Ello se corresponde más con un sistema acusatorio puro, en el que el castigo del delincuente se ve como un derecho de la víctima. Así, un sistema acusatorio mixto, como el nuestro, se encuentra con una primera barrera a la hora de plantear la privatización. Esta sería la barrera ideológica, que lejos de quedar relegada al terreno teórico, efectivamente debe inspirar la aplicación práctica de la ejecución de la pena. En el caso de nuestro derecho penal y penitenciario, el planteamiento actual es de un sistema completamente público, en que el castigo del delincuente ya queda desvinculado de los deseos o las finalidades de la víctima, que solo interviene en el proceso penal -y de manera opcional y limitada- hasta el momento de la imposición de la pena.

Protege por tanto nuestro Estado una visión social de la pena, entendiendo que el delito afecta a la sociedad como conjunto. Se justifica precisamente la limitación de derechos y el ejercicio de la fuerza que supone el derecho penal (y muy especialmente el penitenciario) en la propia violación de un pacto social. Por ello podemos admitir sin controversia que la potestad punitiva reside en nuestro ordenamiento democrático únicamente en el Estado, siendo este el que vela por el bien común y la paz social.

En la cuestión de mantener el *ius puniendi* en manos del Estado en todo caso, hay autores, como SHICHOR, que centran el debate en cuánto puede delegarse de los servicios públicos a manos privadas sin cruzar el límite de comprometer la soberanía estatal. SANZ DELGADO ubica este límite en la capacidad del Estado de “actuar en el interés público en una determinada actividad o servicio”<sup>7</sup>. Sobrepasado ese límite, entiende este autor, se estaría cediendo el *ius puniendi*, pero sin llegar al mismo, simplemente se estarían delegando servicios concretos que no comprometan el carácter público del uso exclusivo de la fuerza. Sin embargo, otros autores no lo ven de manera tan dicotómica. En este sentido, LOGAN entiende que en dicho escenario el Estado estaría conservando una autoridad “final” en lugar de total, y lo que habría que plantearse es si dicha autoridad final resulta suficiente para asegurar la correcta ejecución de las penas.

Finalmente, no puede obviarse la importancia que tiene el simbolismo del poder público en ambientes tan delicados como el interior de un centro penitenciario. DILULIO<sup>8</sup> lo expresa comparando los distintivos de los funcionarios de prisiones

---

<sup>7</sup> SANZ DELGADO E., *Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario*, ADCP. VOL LIL. 1999.

<sup>8</sup> DILULIO, J.J., Jr., *What is wrong with private prisons*, *The Public Interest*, nº 92, 1988.

con la toga del juez o el uniforme de un policía, en la medida en que todos son símbolos de que la coerción es ejercida por estos agentes en nombre del público ofendido. Con esta idea se fomenta que los internos sientan que están obedeciendo a un poder “mayor”, a una verdadera autoridad. Cuanto más legitimada esté esa autoridad que ejerce la disciplina a ojos de los internos, mejor funcionará la institución y el proceso rehabilitador.

### Personal penitenciario

En línea con lo que se acaba de exponer, es importante analizar la situación del personal de prisiones en un debate sobre su privatización en un escenario en que el personal de prisiones fuese contratado de una empresa privada, con el consiguiente vínculo directo de responsabilidad y rendición de cuentas a la misma, el gobierno perdería el vínculo directo que hoy le une con los funcionarios de prisiones. Tendría solamente un control secundario y *a posteriori* de las actuaciones de los trabajadores.

Respecto del mantenimiento de la seguridad y la disciplina en el interior del centro, es necesario hablar del uso de la fuerza por parte del funcionario de prisiones. En el caso de empleados de una empresa privada, si bien tendrían legitimidad formal en cuanto que el uso mínimo indispensable de la fuerza podría estar incluido entre sus funciones contractuales, estos no representan al Estado, al no ser miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Además, se plantea la cuestión de si estos trabajadores estarían bajo inmunidad soberana.

En relación con el personal penitenciario, nos referimos a los trabajadores del área de seguridad y de programas de contacto diario con los presos (trabajadores sociales, psicólogos, entrenadores deportivos, etc.), pero también a todos los trabajadores, más especializados o menos, que implica el tratamiento penitenciario. En el caso español, ello incluiría a los miembros de los Equipos Técnicos, de las Juntas de Tratamiento y de la Central de Observación. Estos trabajadores son quienes deciden hoy en día sobre la clasificación de los internos, y sobre la aplicación de los beneficios penitenciarios. Habría que cuestionarse la legitimidad de estos trabajadores con este tipo de poder de decisión en un plan de privatización. Las decisiones de estos equipos resultan en la determinación de la duración efectiva de la reclusión de los internos, especialmente a través de la concesión o denegación del tercer grado y la libertad condicional, y siempre sin perjuicio de los recursos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Si el vínculo inevitable del trabajador con su empresa (que lo contrata, le paga su salario, establece las condiciones de su contrato, lo asciende, etc.) entra en

juego dentro de su decisión sobre la concesión de estos beneficios, los intereses empresariales estarían rigiendo directamente la resocialización de los reclusos.

Las medidas rehabilitadoras tienden a anticipar la salida de los internos, lo que va en detrimento del nivel de ocupación. Es decir: a mejor tratamiento de rehabilitación, menos clientes para la empresa.

Además, hay que introducir el problema de la reducción de costes, esencial elemento del ánimo de lucro de cualquier empresa, que desarrollaré más adelante. En relación con los trabajadores, la reducción de costes se traduciría en pagar salarios más bajos a empleados penitenciarios, ya que es la mayor partida de gastos. A los críticos de la privatización les preocupa que esta reducción pueda dar lugar a una reducción de la calidad de los empleados, especialmente los de nivel menor. Por su parte, los defensores de la privatización señalan los beneficios complementarios al salario de los funcionarios (seguro médico, seguridad laboral, plan de pensiones, vacaciones pagadas etc.), y en particular



las pensiones de los empleados públicos, como uno de los principales gastos de los centros penitenciarios.

Otra fuente importante de posibles recortes de costes puede ser la reducción del nivel de formación de los funcionarios de prisiones. Para minimizar este riesgo, se sugiere que los contratos con las empresas privadas deberían exigir que los funcionarios de prisiones reciban una formación de calidad, que tengan al menos la misma cantidad de horas de formación que reciben sus homólogos en los centros públicos.

Una posibilidad que han defendido los partidarios de la privatización es proporcionar el mismo o mayor nivel de servicio que prestan los organismos públicos, con un número sustancialmente menor de funcionarios en los centros privados, si están mejor formados. Así, una fuente importante de reducción de costes se derivaría del hecho de que habría menos personal en nómina. “Una dotación de personal adecuado, mejores condiciones de trabajo y procedimientos más eficientes mejoran la productividad y la moral, y reducen el absentismo laboral y la rotación de personal y reducen la costosa dependencia de las horas extraordinarias”. Una forma de conseguirlo, argumentan, es aumentar la tecnología de vigilancia mecanizada como sustituto de los funcionarios de prisiones.

Sin embargo, tal como lo pone CARRANZA: *“la tecnología no debe ponerse al servicio de los negocios penitenciarios, sino al servicio de la humanización y dignificación de los sistemas y de las personas que trabajan y viven en él. Los sistemas penitenciarios son sistemas que tratan con seres humanos y deben contar por lo tanto con el número de funcionarias y funcionarios, adecuadamente seleccionados, capacitados, con estabilidad laboral”*<sup>9</sup>. En esta línea, argumenta este autor que la introducción de mujeres en el cuerpo de funcionarios de prisiones redujo los niveles de abusos y violencia dentro de los centros, dando el ejemplo de Canadá. Introduce este argumento para ilustrar cómo el factor humano de los trabajadores es elemento esencial en el funcionamiento de los centros.

### El factor económico

En la lógica comercial, el *producto* que ofrecerían las empresas de prisiones sería la reclusión de los delincuentes, en las condiciones fijadas por el Estado.

---

<sup>9</sup> CARRANZA, E., *La privatización penitenciaria en América Latina y el Caribe*, VV.AA., *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*, Carranza, México/Buenos Aires/Madrid, 2009.

Este producto vendría a cubrir la necesidad ciudadana de seguridad, esencial para tener un orden y una mínima paz social. En este caso concreto de nicho de mercado, se pondría en marcha el proyecto privatizador antes de fijar todos los aspectos necesarios para su buena marcha. En este sentido, al inicio de la estrategia empresarial se vino a ejecutar en los centros de menores un modelo contractual básico, con menores responsabilidades y servicios y por tanto resultando de menor coste, asumiendo el déficit de manera estratégica para ofrecerlo después como modelo y justificarlo con una ideología liberal.

Una de las críticas principales hechas a los modelos privatizadores es que el ideal liberal de Estado “mínimo” esconde que lo único que se busca en el funcionamiento del libre mercado es el lucro, y eso no es admisible en determinados sectores sensibles, tal como el penitenciario. Como ejemplo de esta potencial situación se atiende, una vez más, al caso norteamericano, donde en la época dorada de la privatización, durante el gobierno de Ronald Reagan, la Administración se inclinaba al mayor *laissez faire*, con una gran desregulación e importantes recortes de presupuesto en servicios sociales.

No obstante, tal como explica CARRANZA, se demuestra con el caso norteamericano que este tipo de política criminal aumenta la población reclusa, e incluso las tasas de criminalidad. En el cálculo de la repercusión de la política criminal sobre la población reclusa hay que considerar también la situación social del país de aplicación. Y ello porque la inequidad de la distribución de la riqueza ocasiona mayores tasas de criminalidad. Es el caso de algunos países de América Latina, donde los partidarios de la privatización advierten posibilidades de negocio penitenciario.

Respecto a este tema, LIPPKE advierte que “existen ya evidencias de que las prisiones privadas están flexionando sus músculos políticos hacia el lado que incrementa el encarcelamiento. Esa industria estará improbablemente a favor de la promoción de alternativas que supongan un menor coste a la sociedad”<sup>10</sup>. Dentro del factor económico es importante analizar también el elemento de la eficiencia, especialmente porque *a priori* es el principal atractivo de una gestión privada. No obstante, más allá de los prejuicios capitalistas, no existen a fecha de hoy garantías empíricas de que la gestión privada pueda ser, o haya sido efectivamente, más eficiente que la pública.

Algunos de los argumentos más favorables a la privatización son los relativos a la flexibilidad de los procedimientos y la escasa burocratización, ambos factores que favorecen la eficacia de un servicio. Frente a ello, se argumenta que la

---

<sup>10</sup> LIPPKE, R. L., *Thinking About Private Prisons*, Criminal Justice Ethics, Vol. 16, n.º 1, 1997.



reducción de costes se traducirá inevitablemente en salarios bajos y prestaciones complementarias muy insuficientes, ambos elementos que apuntarían más bien a la ineficacia. Asimismo, y si bien es verdad que en lo privado se reduce mucho el nivel burocrático frente al habitual en los servicios de la Administración, habría una duplicidad de personas “al mando”, ya que además de los directivos de las corporaciones privadas, existiría personal penitenciario especializado a distintos niveles, y por otro lado las autoridades estatales que controlan a los anteriores. De este modo, se vería comprometida la eficacia lograda con la eliminación de los tediosos procedimientos públicos, desvirtuando la propia idea de una gestión privada.

Para examinar si existen o no progresos sustantivos en la calidad de los servicios penitenciarios al pasar la gestión a manos privadas, podemos analizar

el caso de Estados Unidos y el de Chile. La queja generalizada en los estudios sobre el coste de llevar una institución penitenciaria es que no pueden medirse los costes ocultos, que se sufragan con fondos públicos, y que pueden ser tan elevados que desvirtúen el propio concepto del ahorro para las arcas públicas que subyace a la idea privatizadora. Especialmente cara y difícil de calcular resulta la instalación y puesta en marcha de la institución, pero también se observan muchas alteraciones en los costes operacionales previstos inicialmente. Todo ello sin contar con gastos asociados que se considera ya de partida que habría de cubrir el Estado, como es el de la inspección y control de la gestión de la institución, que como ya se explicó sería elemento esencial de todo convenio de este tipo.

En el estudio realizado por PRATT y MAAHS, los resultados revelan un ahorro de 2.45 dólares americanos diarios por cada preso interno en una cárcel privada, respecto de los internos en una cárcel federal estadounidense. Ello antes de introducir las variables de “propiedad de la institución” y de “características institucionales”. En las conclusiones de su estudio, PRATT y MAAHS exponen que no existen diferencias relevantes en el coste-beneficio de la gestión de las prisiones privadas y las públicas, y que por tanto el traspaso desde el sector público al privado no supondría un alivio a los presupuestos públicos<sup>11</sup>.

En el caso de Chile, se cuenta con varios estudios de DAMMERT y DÍAZ, en los que sostienen que el sistema más utilizado en el país en los últimos años es el sistema “mixto” de concesiones penitenciarias, bajo el objetivo de que ello ahorrara un dinero a las arcas públicas, pero sin perder del todo el control de las prisiones. No obstante, reflejan los estudios que en la práctica no se tuvieron en cuenta muchos factores que implican mayor gasto público, por lo que el cálculo a priori distó mucho de lo que se pudo calcular a posteriori: concluyen en su análisis que el coste diario de manutención de un preso en el sistema público es de 11 dólares, frente al coste de 35 dólares que supone en el sistema de concesiones. Por su parte, la consultora Price Waterhouse Cooper de Chile calculó una inversión inicial de 130.020 dólares americanos por interno, contando con el coste de construcción y traspaso de competencias<sup>12</sup>.

Los defensores de la privatización ponen en el otro lado de la balanza otros factores, tales como la competencia que existe en el mercado privado, que

---

<sup>11</sup> PRATT, T. y MAAHS, J., *Are Private Prisons More Cost-Effective Than Public Prisons? A Meta-Analysis of Evaluation Research Studies, Crime and Delinquency*, Vol. 45, nº 3, julio 1999.

<sup>12</sup> DAMMERT, L., *El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para un modelo público-privado, Meeting of the Latin American Studies Association, San Juan, Puerto Rico, 2006.*

DAMMERT, L., *Los desafíos del sistema carcelario en Chile, Quito: FLACSO-MDMQ, Serie Ciudadanía y Violencias, Vol. 2, 2007.*

asegura una buena calidad de los servicios ofrecidos, ya que el “cliente” (en este caso el Estado) podría siempre optar por contratar con otra empresa. También el riesgo de sobreinversión, que está minimizado en una corporación privada ya que disminuiría sus beneficios. Así como una mayor actividad innovativa, siempre en busca de una mayor eficiencia. Respecto de la posibilidad de competitividad, sin embargo, hay que analizar la viabilidad de que exista un verdadero “mercado” en la esfera carcelaria, como para poder hablar de los factores oferta y demanda de manera pura y libre. Hay legislaciones que imponen límites que reducen mucho el campo de juego para un concurso de este tipo. La legislación chilena, por ejemplo, propone solamente otorgar la concesión a corporaciones que demuestren experiencia en esta materia, obstáculo grande ya de partida para establecer este tipo de mercado en un país como el nuestro, que no lo ha tenido nunca.

Por otro lado, surge el obstáculo operacional de que estas concesiones implicarían contrataciones a largo plazo, no solo por la estabilidad que requiere la gestión de un área tan delicada y esencial como la penitenciaria, sino también -desde el punto de vista empresarial- por la gran inversión inicial que requieren estos proyectos, que hacen necesarios varios años para empezar a producir rentabilidad para la empresa concesionaria. Atendiendo a esta particularidad, los convenios suelen prever sanciones distintas a la resolución del contrato para incumplimientos puntuales por parte de la empresa privada (especialmente multas); lo que debilita a su vez la misión de control y supervisión estatal de la que ya he hablado como elemento obligatorio para la privatización de este servicio público. Este tipo de sanción no radical es lógico desde el punto de vista de la viabilidad del proyecto, pero es un factor más que elimina la libertad contractual de las partes (en concreto, del Estado). Esta descompensación se vuelve mayor cuando consideramos los intereses políticos y la visibilidad pública que tendría un convenio de este calibre: una vez adjudicado el proyecto, la empresa tiene un poder desproporcionado de renegociación durante su gestión del centro penitenciario. Además de estos ingredientes, como se ha avanzado ya, los proyectos iniciales en la experiencia chilena y norteamericana han sido siempre deficientes en cuanto a previsión de riesgos y de gastos asociados. Ello dificulta también el funcionamiento del libre mercado a la hora de competir unos proyectos con otros.

Con estas particularidades de la contratación en mente, se incentiva la redacción de proyectos a coste muy bajo por parte de las empresas, con la perspectiva de renegociación en ejecución. BITRAN y VILLENA observan en la experiencia chilena que esta tendencia a la renegociación una vez concedida la gestión

de la institución lleva normalmente al trasvase de recursos públicos hacia la corporación privada.

Por último, analizando el caso de Reino Unido, NATHAN asegura que “las comparaciones de costes con hipotéticos proyectos del sector público son erróneas y que se ha exagerado el ahorro de costes”<sup>13</sup>. Y ello porque, según este autor, debido al uso de la “confidencialidad comercial” por parte del gobierno y las empresas -y a la falta de voluntad política del Comité Parlamentario de Cuentas Públicas-, no es posible examinar de manera fiable los costes, públicos y privados, que han tenido los proyectos de prisiones financiadas, construidas y operadas por el sector privado ejecutados en Reino Unido.

Además, este autor recalca cómo las empresas que comienzan a participar en este sector en el Reino Unido se apresuran a publicitar sus éxitos a través de comunicados de prensa y otros medios utilizados para promocionar sus servicios en todo el mundo; mientras que sus multas, fracasos y controversias no llegan al oído público a través de los mismos canales.

A finales del siglo pasado, momento de muchos proyectos de privatización correccional en Reino Unido, Estados Unidos y Australia, se elaboraron varios estudios comparativos como los que venimos analizando, que llevaron a la Oficina General de Contabilidad de los Estados Unidos de América a concluir que sobre la base de los informes y estudios realizados sobre la viabilidad económica de la privatización de este sector, no existían sustanciales resultados que lo justificasen. De hecho, tanto en Estados Unidos como en Reino Unido y Australia se ha detenido la expansión privatizadora a partir del año 2000, entre otras cosas por la inexistencia de datos que corroboren esta eficiencia y reducción de costes, optándose en muchos casos por la no renovación de los convenios en vigor. Las grandes empresas dedicadas al sector penitenciario, aunque sí tienen aún operativas algunas concesiones -sujetas a largos plazos de contratación- en los países mencionados, dirigen mayormente su interés hoy hacia países con un desarrollo económico y político menor, donde los gobiernos encuentran muchas dificultades para solucionar la alta tasa de sobreocupación de los centros y ofrecer unos servicios mínimamente dignos a los reclusos.

Podemos concluir, respecto del factor económico, que en la experiencia de países que ya han pasado por proyectos de gestión privada de instituciones penitenciarias, no han supuesto un ahorro real para el sector público. No se ha comprobado tampoco la mayor eficiencia y calidad de servicios que prometen

---

<sup>13</sup> NATHAN, S., *Prison Privatization in the United Kingdom*, *Capitalist Punishment: Prison Privatization and Human Rights*, Clarity Press/Z Books, 2003.

los partidarios de la privatización. Tal como lo pone MULLEN: “*la idea de que las organizaciones privadas pueden ofrecer más por menos es innegablemente atractiva, pero probablemente poco realista*”<sup>14</sup>.

### El ánimo de lucro

Pueden pensarse varias formas en las que buscar el enriquecimiento empresarial por la corporación privada que tomase el control de una prisión: recortando en inversión en materia rehabilitadora (programas de tratamiento, personal, etc.), reduciendo la calidad del servicio, o procurando un número idóneo y lucrativo de reclusos en todo momento; entre otras. Como ya se ha mencionado, hay una directa relación entre la política criminal aplicable y la cantidad de reclusos que conforman la población penitenciaria en cada momento. Así, la demanda de los servicios penitenciarios se vería afectada por una tipificación de conductas como delito, o por el endurecimiento de penas. Por el lado contrario, la posible aplicación de penas alternativas -que tanto se reclama por algunos sectores sociales y políticos- podría dar lugar a que algunos condenados, que de otro modo permanecerían en prisión, saliesen en libertad. Aunque tradicionalmente el debate sobre las prisiones privadas en Estados Unidos se centraba en el análisis sobre el factor económico, ya analizado, es necesario también examinar el papel que las empresas privadas juegan para promover el crecimiento del número de personas encarceladas, y la consiguiente influencia que los lobbies privatizadores podrían tener en las políticas criminales. La discusión basada en la eficiencia se desenvuelve en el marco del razonamiento empresarial, que pondera costes y beneficios de manera aparentemente neutra.

Además, la privatización de un centro penitenciario supone finalmente la firma de un contrato entre la Administración y la empresa. En esencia, a través de tales contratos, el Estado se comprometería a enviar al centro penitenciario un número de presos a cambio del precio fijado en el convenio. Se podrían llegar a imponer unos “mínimos” en los convenios, como ocurre en ciertos casos en América Latina, en que se impuso un número de presos que el Estado se comprometía a que llegaran anualmente a las instituciones privatizadas, para asegurar la rentabilidad de sus servicios.

Esta alianza comercial que uniría a la corporación con el Estado tendría dos frentes distintos: la población reclusa como destinataria directa del servicio prestado (manutención, tratamiento penitenciario, seguridad, etc.) y la sociedad como destinataria de la finalidad última de separación y castigo de los delincuentes. Se incluye así en la relación entre las agencias estatales

<sup>14</sup> MULLEN, J., CHABOTAR, K.J. y CARROW, D.M., *The Privatization of Corrections*, National Institute of Justice. U.S. Department of Justice, 1985.

encargadas de esta función y la sociedad a un nuevo partícipe, que sería la corporación privada. Ello presenta un claro inconveniente, en el debilitamiento de los valores públicos detrás de la provisión del servicio, y el ya mencionado distanciamiento de la sociedad respecto de la población reclusa. Al desdibujarse así los límites de lo privado y lo público, puede dificultarse el entendimiento del régimen jurídico de responsabilidad a que se deben someter las autoridades y las agencias privadas operadoras de la cárcel.

Por otra parte, hay que mencionar la especial relación de sujeción del delincuente con la agencia de la que depende cuando está en prisión (ya sea pública o privada). Esta relación además de especialmente intensa y duradera, es forzosa, por lo que difícilmente podrá optar por un servicio alternativo. Además, como se ha mencionado, está el recluso a merced de los trabajadores de las prisiones, que tienen autorizado el uso de la fuerza. Con la complicación de que no está claro el objetivo a sentar para indicar y controlar este recurso a la fuerza, ya que la actividad que subyace no pretende generar ningún beneficio social (como ocurre con otros servicios hoy públicos como la educación o la salud), sino uno mucho más difuso, “impartir justicia” a través del castigo.

Finalmente, es propio de la lógica contractual que las motivaciones que inducen a contratar orientarán la manera en que los contratantes se comportan en la ejecución del convenio. Esto significa, según SHICHOR, pasar a un tipo de organización que tiene como orientación básica el bien común, hacia una orientada al interés empresarial. El lucro como objetivo, al fin y al cabo, expone a la industria carcelera a una peligrosa reducción de los costes de sus servicios.

### El fin de la pena

Por último, otra de las objeciones de los sectores que se oponen a la privatización es que, como consecuencia de todo lo que he expuesto (la reducción de costes, la precarización de la situación del personal, el ánimo de lucro, el traspaso del *ius puniendi*), la actividad penitenciaria tienda a “mínimos”. Esto es, que de un tratamiento rehabilitador personalizado y periódicamente revisado (como tienen hoy en día los internos, con mayor o menor éxito) se pase a una función meramente de reclusión, cubriendo necesidades básicas como alojamiento, manutención y contención de los internos.

Para ciertas finalidades de la pena, especialmente la retributiva pero también en gran medida la preventiva, esta actividad sería suficiente. No obstante, no se puede ignorar el mandato constitucional de rehabilitación. Por tanto, hay que pensar que en el convenio para la concesión de la gestión de un centro penitenciario se pasaría por fijar la actividad rehabilitadora mínima que la

empresa ha de cumplir. Y digo actividad y no objetivos, ya que el éxito de la rehabilitación, como sabemos, depende en gran medida del propio interno, y no está en absoluto garantizado por cumplir la Administración con su programa rehabilitador.

#### **4. CONCLUSIONES**

Primera.- En general, la privatización del sistema penitenciario es, desde una perspectiva legal, económica e incluso político-social, una opción poco interesante para los actores implicados: Estado, internos y la sociedad en su conjunto.

Segunda.- Desde una perspectiva legal, a diferencia del modelo anglosajón, la configuración en nuestro ordenamiento de un sistema penal acusatorio mixto caracterizado por un ejercicio exclusivo del ius puniendi por parte del Estado -con una concepción pública de la pena y con una finalidad resocializadora de esta- excluye la cesión de este poder a entes privados, sin perjuicio del desarrollo por parte de empresas privadas -pero siempre bajo tutela pública- de ciertos servicios accesorios y complementarios del ejercicio de la función penitenciaria, o bien en ámbitos muy específicos como el de la responsabilidad penal del menor.

Tercero.- En relación con los aspectos económicos, el ejercicio de funciones penitenciarias por parte de entes privados exigiría relaciones contractuales a muy largo plazo, en aras a valorar su viabilidad y rentabilidad económica. Por otro lado, la posibilidad de control por parte del Estado de estas relaciones contractuales exigiría la previa constatación de incumplimientos contractuales, cuyo recto cumplimiento -ya sea administrativamente o a través de los tribunales- interferiría en el servicio penitenciario. Ello exigiría, en su caso, una limitación contractual, tanto por parte de la empresa -que no se hallaría en una situación de libre mercado- como por parte de la Administración -quien debería reservarse medidas de control- lo que supondría, en definitiva, coste económico. Al respecto, los estudios pragmáticos realizados reflejan que, además del difícil cálculo inicial de los costes reales, se producen sobrecostes por la intervención de un nuevo operador -especialmente los relativos a la monitorización y control de los servicios-, así como gastos de licitación y de sufragio de pérdidas por incumplimientos.

Cuarta.- A nivel político-social podría afectar al ordinario desarrollo de las funciones penitenciarias la capacidad del sector empresarial de influir en

el legislador, a través de lobbies de presión que protejan los intereses de la empresa privada.

Quinta.- La experiencia privatizadora en otros países permite constatar una frustración de los objetivos de eficiencia y ahorro público. Sería el caso de Estados Unidos, donde se está progresivamente desmantelando la industria penitenciaria privada mediante la no renovación de los convenios en vigor, así como la reducción de los plazos inicialmente acordados.

Sexta.- En definitiva, no observándose elementos en este momento que garanticen la viabilidad y conveniencia de la privatización del sistema penitenciario, las deficiencias y defectos de este servicio -en buena parte originados por la falta de atención de los operadores políticos, jurídicos y por la propia sociedad- deben ser solventados por los poderes públicos, generando más problemas de los que resuelve la derivación de esta responsabilidad hacia la inversión privada.

### **BIBLIOGRAFÍA**

ALONSO DE ESCAMILLA, A., *La Institución del Juez de Vigilancia en el derecho comparado: sus relaciones con la Administración penitenciaria*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 39, Fasc/Mes 1, 1986.

ARRIAGADA GALEWSKI, I., *Cárceles privadas: La superación del debate costo-beneficio*, Política Criminal, Vol. 8, nº 15, Julio 2013.

BENDICK, M., Jr., *Privatizing the delivery of social welfare services: an idea to be taken seriously*, S.B. Kamerman & A.J. Kahn, Privatization and the welfare state, 1989.

BERGALLI, R., *Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas*, Sistema penal y Problemas Sociales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

BITRAN, E. y VILLENNA, M., *El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile. Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional*, Estudios públicos, nº 117, 2010, págs. 175-217.

CÁMARA ARROYO, S., *La gestión privada de los centros de menores en España*, Anuario de Justicia de Menores, nº 10, 2010.

CANCIO MELIÀ, M., *La pena de cadena perpetua (“prisión permanente revisable”) en el Proyecto de reforma del Código penal*, La ley penal, nº 8175, Sección Tribuna, 22 de octubre de 2013.

CARRANZA, E., *La privatización penitenciaria en América Latina y el Caribe*, VV.AA., Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas, Carranza, México/ Buenos Aires/Madrid, 2009.

CASTILLO, A. y CONTRERAS, J.I., *Sistemas penitenciarios comparados*, Revista 93, nº 5, Mayo 2011.

COBO DEL ROSAL, M., *Curso de derecho penal español. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

- CRANTS, D.R., *Private prison management: A study in economic efficiency*, Journal of Contemporary Criminal Justice, nº 7, 1991.
- DAMMERT, L., *El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para un modelo público-privado*, Meeting of the Latin American Studies Association, San Juan, Puerto Rico, 2006.
- DAMMERT, L., *Los desafíos del sistema carcelario en Chile*, Quito: FLACSO-MDMQ, Serie Ciudadanía y Violencias, Vol. 2, 2007.
- DILULIO, J.J., Jr., *What is wrong with private prisons*, The Public Interest, nº 92, 1988.
- The Duty to govern: A critical perspective on the private management of prisons and jails*, Private Prisons and the Public Interest, Rutgers University Press, New Brunswick/London, 1990.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Prisiones de empresa, reformatorios privados (dos estudios de Política Penitenciaria)*, Tirant Criminología y Educación Social, serie menor, Valencia, 2011.
- GARCÍA ARÁN, M., *El discurs mediàtic sobre la delinqüència u la seva incidència en les reformes penals*, Revista catalana de seguretat pública, 2008.
- GARCÍA VALDÉS, C., *Los presos jóvenes (apuntes de la España del principio del XIX y XX)*, Madrid, 1991.
- El desarrollo del sistema penitenciario en España. Historia de una transición*, Revista de Estudios Penitenciarios, nº. 249, 2002.
- GITTTLER, J., *Expanding the Role of the Victim in a Criminal Action: An Overview of Issues and Problems*, 11 Pepp. L. Rev., nº 5 (1984).
- HIRSCH, A. J., *The Rise of the Penitentiary. Prisons and Punishment in Early America*. Yale University Press, New Haven/London, 1992.
- HOWARD, J., *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2003 (primera impresión en Inglaterra, 1777).
- IRWIN, J., *Prisons in turmoil*, Boston: Little, Brown, 1980.
- JACOBS, J.B., *Stateville: the penitentiary in mass society*. Chicago: University of Chicago Press, 1977.
- KEATING, J.M. Jr., *Public over Private: Monitoring the Performance of Privately Operated Prisons and Jails*, Private Prisons and the Public Interest, Rutgers University Press, New Brunswick/London, 1990.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Marcial Pons, Madrid 1881-1973.
- LIPPKE, R. L., *Thinking About Private Prisons*, Criminal Justice Ethics, Vol. 16, nº 1, 1997.
- LOGAN, C. H., *Private Prisons: Cons and Pros*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1990.
- LUZÓN PEÑA, D M., *Lecciones de Derecho Penal parte general*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MAPPELLI CAFARENA, B., *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983.
- MULLEN, J., CHABOTAR, K.J. y CARROW, D.M., *The Privatization of Corrections*, National Institute of Justice. U.S. Department of Justice, 1985.
- MUÑOZ CONDE, F., [Comentarios al Código penal y dogmática jurídico penal](https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/206330), Anuario de derecho penal y ciencias penales, [Tomo 27, HYPERLINK "https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/206330" fascículo 3](https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/206330) HYPERLINK "https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/206330", 1974.
- NATHAN, S., *Prison Privatization in the United Kingdom*, Capitalist Punishment: Prison Privatization and Human Rights, Clarity Press/Z Books, 2003.

- PRATT, T. y MAAHS, J., *Are Private Prisons More Cost-Effective Than Public Prisons? A Meta-Analysis of Evaluation Research Studies*, Crime and Delinquency, Vol. 45, nº 3, julio 1999.
- RIVERA BEIRAS, I., *Los posibles escenarios de la penalidad (o, cuando la cárcel entra en la 'lógica del mercado')*, Panóptico, nº5 2003.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español ante el siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- SABATINO, J. M., *Privatization and Punitive: Should Government Contractors Share the Sovereign's Immunities from Exemplary Damages?*, Ohio State Law Journal, vol. 58, 1997.
- SANTOLARIA SIERRA, F., *Casas de familia y colonias agrícolas: dos tendencias institucionales de la reeducación social en España (1900-1950)*, Revista de Educación, nº Extraordinario, 2000.
- SANZ DELGADO E., *Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario*, ADCP. VOL LIL. 1999.
- Las prisiones privadas: La participación privada en la ejecución penitenciaria*, Edisofer, Madrid, 2000.
- SANZ DELGADO, E., *La privatización en el sistema penitenciario: viejos remedios e insatisfactorias soluciones*, La Ley Penal, nº 56, Sección Estudios, 2009.
- SCHMERBITZ DE LA CRUZ, E., *Privatización de las cárceles*, Colegio libre de estudios universitarios, 2016.
- SHICHOR, D., *Punishment for profit*, SAGE Publications, 1995.
- STREET, D., VINTER, R.D y PERROW, C., *Organization for treatment*. New York: Free press, 1966.
- TELLEZ AGUILERA, A., *La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia*, La Ley, nº 5837, 14/08/2003.
- VARONA GÓMEZ, D., *¿Somos los españoles punitivos? Actitudes punitivas y reforma penal en España*, InDret, 2009.
- VIVESANTÓN, T.S., *Fundamentos del Sistema Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- VVAA, *Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, CENDOJ, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

### WEBGRAFÍA

- Autoridades de Estados Unidos: La Privatización de cárceles no funciona*, <https://asilegal.wordpress.com/2016/08/19/autoridades-estados-unidos-la-privatizacion-de/-carceles-no-funciona/> (último acceso 14 de junio de 2022).
- El Periódico de España: "Prisiones privatiza la atención sanitaria en cárceles por la falta de médicos"*, octubre 2021: [Prisiones privatiza la atención sanitaria en cárceles por la falta de médicos | El Periódico de España \(epe.es\)](https://www.elperiodico.com/es/noticias/justicia/prisiones-privatiza-la-atencion-sanitaria-en-carceles-por-la-falta-de-medicos-1087111)
- Informe de Instituciones Penitenciarias (Ministerio del Interior) de 2019 y la estadística penitenciaria anual del Poder Judicial: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales-civiles-y-laborales/Cumplimiento-de-penas/Estadistica-de-la-Poblacion-Reclusa/>
- Comparecencia en Congreso Diputados Ángel Luis Ortiz diciembre 2020. The Objective: *Las cárceles españolas comienzan el año con la cifra más baja de presos en dos décadas*, <https://theobjective.com/espana/2022-01-04/carceles-cifra-presos/> (último acceso 10 de mayo de 2022).



# QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA: LUCES Y SOMBRAS

Luis Ortiz Vigil

Magistrado titular destinado en la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Asturias

Fecha de recepción: 02/06/2024

Fecha de aceptación: 26 de julio de 2024

**SUMARIO** 1. Introducción 2. Supuestos problemáticos. 3. El artículo 468.3 del Código Penal: un gran olvidado 4. Conclusiones

## RESUMEN

El artículo aborda algunas de las dificultades interpretativas que plantea la aplicación del tipo básico del delito de quebrantamiento de condena contemplado en el artículo 468 del Código Penal y expone los diversos criterios jurisprudenciales en la materia que, desde la generalización del recurso de casación por infracción de ley frente a las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal, se vienen estableciendo por la Sala 2ª del Tribunal Supremo. Aspectos tales como, entre otros, la necesidad o no de un dolo específico, el modo de medir la distancia a que se refiere el alejamiento impuesto o las diversas posibilidades concursales que la figura admite son tratados a lo largo del texto.

## ABSTRACT

*The article addresses some of the interpretative difficulties posed by the application of the basic type of the crime of violation of sentence contemplated in article 468.1 of the Criminal Code and sets out the various jurisprudential criteria on the subject that, since the generalization of the appeal for infringement of the law against the sentences handed down by the Criminal Courts, they are being established by the 2nd Chamber of the Supreme Court. Aspects such as, among others, the need or not for a specific fraud, the way of measuring the distance to which the imposed distance refers or the various insolvency possibilities that the figure admits are dealt with throughout the text.*

**PALABRAS CLAVE**

quebrantamiento de condena; jurisprudencia; unificación interpretativa; casación por infracción de ley; casuística.

**KEYWORDS**

*violation of sentence; jurisprudence; interpretative unification; cassation for infringement of law; casuistry.*

**1. INTRODUCCIÓN**

El delito de quebrantamiento de condena contemplado en el artículo 468.1 del Código Penal constituye uno de las infracciones criminales penales aparentemente más sencillas. Su redacción, al menos en su tipo básico, se aleja de enrevesadas fórmulas dialécticas y en apenas tres líneas y media reseña la conducta típica: *los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.*

Estamos ante un delito catalogado como menos grave a partir de cuya comisión nuestro ordenamiento jurídico establece como pena más aflictiva, en el peor de los casos para la persona finalmente condenada, la de un año y 3 meses de prisión<sup>1</sup>. Sin embargo,

la complejidad inmanente a nuestra sociedad y la ingente casuística que se vincula al reseñado delito ha generado, en la práctica, insospechadas, relevantes y numerosísimas dificultades interpretativas.

Inexcusable e injusto sería no reconocer, en este ámbito, la impagable labor unificadora que viene siendo desarrollada en la materia, desde hace ya años, por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, particularmente desde la práctica normalización del recurso de casación introducido por la Ley 41/2015.

Ello ha permitido que, aun tratándose, como es sabido, de un recurso extraordinario y limitado, con carácter general, a los supuestos de infracción de ley, los criterios jurisprudenciales a seguir por los Juzgados de lo Penal cuenten con una sólida y rigurosa guía de actuación que, indudable resulta, facilita enormemente su labor de enjuiciamiento. Me permito, amable lector, recomendarle, en este ámbito, la lectura del artículo publicado en esta misma revista por el magistrado ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, quien, con su acostumbrada clarividencia, trata el modelo de casación introducido

<sup>1</sup> Véase el artículo 74.1 del Código Penal que, en la modalidad del delito continuado, permite elevar la

pena hasta la mitad inferior de la pena superior en grado

y la relevancia que presenta como herramienta de homogeneización<sup>2</sup>.

## 2. SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS

Este artículo abordará, a partir de este planteamiento y desde una perspectiva eminentemente práctica, algunos de los principales hitos jurisprudenciales fijados sobre la materia en los últimos tiempos. Muchas, casi infinitas, serían las cuestiones que podríamos aquí plantearnos. Nos limitaremos, sin embargo, a dar algunas concretas respuestas a diversos interrogantes, siempre con el objetivo de que estas líneas sean un pequeño faro que ofrezca luz y claridad al operador jurídico que ya como juez, ya como fiscal, ya como abogado acusador o defensor deba enfrentarse a un supuesto de quebrantamiento, de tal modo que su aparente sencillez no nuble su juicio y pueda escudriñar la variedad de matices que el supuesto concreto pudiera llevar escondido.

1. ¿Es necesario un elemento intencional específico de querer desobedecer la correspondiente orden judicial para entender consumado el delito de quebrantamiento?

La respuesta es no, tal y como se desprende de la sentencia de pleno del

Tribunal Supremo nº 664/2018<sup>3</sup> dictada el día 17/12/2018 en la que se explicita que bastará con acreditar el conocimiento de la vigencia de la medida o pena que pesa sobre el acusado y de que se produce su vulneración mediante cualquier comunicación con la víctima o el acercamiento a ella más allá de los límites espaciales fijados. Incluir las razones que determinan la actuación del sujeto como elemento subjetivo del tipo, exige que el precepto así lo consigne. Fuera de tales supuestos tal posibilidad queda descartada.

El Tribunal Supremo deslinda así con precisión los conceptos de dolo y móvil del delito, de tal modo que este último solo será penalmente relevante si el legislador así lo ha establecido, lo que no acontece en los delitos de quebrantamiento de condena: *ello hace preciso distinguir el dolo del móvil del delito, exigiendo el tipo penal el primero de ellos, cualesquiera que sean las motivaciones que en su fuero interno pudieran llevar al autor a actuar del modo en que lo hizo, los móviles que guían la conducta del autor son irrelevantes en la construcción dogmática del tipo subjetivo. Carece de relevancia si el autor realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal o para cualquier causa, o por un fin altruista, o de odio, venganza o envidia e incluso por motivos socialmente*

---

<sup>2</sup> DEL MORAL GARCÍA, ANTONIO. Reflexiones sobre la jurisprudencia al hilo de la última reforma de la casación en procesos competencia de los Juzgados de lo Penal. Lex Criminalis nº 5. "<https://www.ajfv.es/wp-content/uploads/2024/03/01-REFLEXIONES-SOBRE-JURISPRUDENCIA.pdf>"

---

<sup>3</sup> ECLI:ES:TS:2018:4341

*valiosos como la solidaridad, la amistad o el amor.*

En definitiva, el elemento subjetivo no consiste en que esté presente una intención incumplidora de la correspondiente resolución, sino que es suficiente con que el sujeto activo sepa que, con el comportamiento que lleva a cabo, está incumpliendo aquella resolución.

2. ¿Cómo se mide la distancia de separación establecida en una medida cautelar o pena de prohibición de aproximación ante la posibilidad de que sean utilizados distintos sistemas de medición?

Responde a este interrogante la sentencia de pleno del Tribunal Supremo nº 691/2018<sup>4</sup> dictada el día 21/12/2018 en la que se viene a establecer como criterio principal el que, en su caso, haya establecido el juez o tribunal que adoptó la medida o pena y, en su defecto, el de la medición en línea recta de la distancia entre los dos puntos correspondientes.

Señala, así, el Tribunal Supremo que *dadas las innumerables posibilidades que presenta la realidad, las características concretas de la medida podrán depender de las peculiaridades de cada caso, de forma que el Juez o Tribunal que la acuerde deberá, en lo posible, determinar las condiciones en las que la misma deberá cumplirse, de*

*modo que se obtenga la seguridad de la víctima [...] También ha de tenerse en cuenta que los avances de la técnica permiten en la actualidad que el control acerca del cumplimiento de la medida se efectúe mediante aparatos telemáticos que miden en línea recta la distancia entre dos puntos. Es cierto que se trata de un aspecto más bien práctico, pero no es irrelevante en cuanto a la garantía de obtener la seguridad que se pretende con la prohibición. En este sentido, resulta más seguro acudir al criterio de la medición en línea recta [...] esta Sala entiende que la distancia establecida en la prohibición de aproximación debe medirse en la forma en que determine la resolución que acuerda la medida y, en su defecto, en línea recta.*

3. ¿Es posible, en este tipo de conductas, que tenga lugar la aplicación de situaciones de concurso real sin que ello implique una vulneración del principio non bis in idem?

En algunas situaciones concretas, sí que es posible. Veamos 3 concretos supuestos analizados por el Tribunal Supremo:

- a. Se cometen varios delitos sucesivos de quebrantamiento sin infracción complementaria añadida y un delito de amenazas con el subtipo agravado de quebrantamiento<sup>5</sup>: en tal situación, la condena por un delito

<sup>4</sup> ECLI:ES:TS:2018:4361

<sup>5</sup> Véase el artículo 171.5, párrafo 2 del Código Penal

continuado de quebrantamiento al que se añade un delito de amenazas agravado no implica infracción del principio de *non bis in idem*, sino que estamos ante un aplicable concurso real de delitos.

Como señala la sentencia nº 39/2020<sup>6</sup> dictada el día 06/02/2020, *no hay una doble incriminación por un mismo hecho, ya que son varios hechos que no pueden integrarse ni aplicar la absorción por especialidad, ni la progresión delictiva.*

- b. En el caso de modalidades agravadas de lesiones, amenazas o coacciones en las que esté presente, además del material quebrantamiento de una medida o pena, alguna otra de las circunstancias que determinan la agravación de la punición de aquellas conductas, cabe penar separadamente el tipo agravado por esa otra circunstancia y el quebrantamiento como delito autónomo.

*Así se plantea en la sentencia nº 214/2022<sup>7</sup> dictada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo el día 09/03/2022 en la que se señala que a diferencia de los casos anteriores, otra posibilidad que, como en el caso actual, sí permitiría la aplicación del concurso de delitos y que no vulneraría la prohibición de vulneración del principio del*

*non bis in idem sería el caso de un supuesto del art. 153.1 CP donde concurre la vulneración de la prohibición de comunicación, o la orden de alejamiento, y, además, otra circunstancia del subtipo agravado del apartado 3º del art. 153 CP, como la de perpetrarlo en presencia de menores, con armas o en el domicilio común o de la víctima, por lo que teniendo en cuenta que el quebrantamiento de una medida cautelar impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 está tipificada como delito autónomo -y agravado respecto de su tipo básico, en el artículo 468.2 del Código Penal- lo que surge es que cuando en la conducta subsumible en el artículo 153.1 del Código Penal se aprecia, además de un quebrantamiento de una medida cautelar del artículo 48 del mismo texto legal, una o más de las restantes tres circunstancias previstas en el artículo 153.3 del Código Penal antes citadas, cualquiera de las cuales, dada su enumeración alternativa, permitirían la aplicación del subtipo agravado en art. 153.3 CP en el apartado 1º, y ello permite la vía de la posibilidad de configurar dicho subtipo agravado con alguna o más de ellas y proceder a la punición por separado del delito de quebrantamiento de medida cautelar, lo que no conllevaría vulneración del principio non bis in idem.*

<sup>6</sup> ECLI:ES:TS:2020:447

<sup>7</sup> ECLI:ES:TS:2022:922

c. El quebrantamiento seguido de un allanamiento de morada ha de ser penado separadamente, toda vez que aquel se consuma desde el momento mismo en el que se entra dentro del denominado perímetro de prohibición y, con posterioridad y en virtud de un actuar distinto, se lleva a cabo la entrada en la correspondiente morada.

Así se recoge en la sentencia nº 282/2018<sup>8</sup> dictada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo el día 13/06/2018 y ello al indicar que *la llegada de éste al radio de acción del “perímetro de prohibición” que tenía la víctima supone ya la comisión del delito del art. 468 CP nada más llegar al inmueble residencia de los padres de la víctima, ante el desplazamiento de la víctima al mismo por razones de seguridad, vulneración que consta nada más que detecta la presencia de la víctima en el lugar esperando a actuar posteriormente como consta en los hechos probados. Más tarde, el acceso inconsentido a la vivienda supone el delito de allanamiento de morada, dos hechos delictivos que atentan a bienes jurídicos distintos, ya que mediante la comisión del delito del art. 468 CP se comete un delito contra la administración de justicia y con el delito de allanamiento de morada se comete un delito contra la inviolabilidad del domicilio [...] No puede existir*

*vulneración de la prohibición del principio “non bis in idem” cuando los hechos están desglosados en momentos distintos al no existir unidad de acto. Es evidente que un solo hecho no puede constituir dos infracciones, pero dos hechos ilícitos, como aquí ocurren en este caso constituyen las dos infracciones penales por las que ha sido condenado y no suponen infracción del citado principio, atentando, además, contra bienes jurídicos distintos.*

4. Cuando el autor está obligado a respetar una medida cautelar o pena de prohibición de aproximación y/o comunicación en relación con varias personas ofendidas y quebranta aquella con afectación de dos o más de estas personas ofendidas, ¿cuántos delitos comete?

La respuesta es uno solo, aunque eso sí, en la modalidad de delito continuado contemplado en el artículo 74 del Código Penal con las consecuencias punitivas que, en forma de incremento de pena, ello implica para el autor.

Trata esta cuestión la sentencia nº 140/2020<sup>9</sup> dictada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo el día 12/05/2020 en la que se explicita que *si de lo que se trata en este delito de quebrantamiento de condena (art. 468.2 del Código Penal), es la determinación de si existe un solo delito de quebrantamiento de condena/ pena o medida cautelar o tantos delitos*

<sup>8</sup> ECLI:ES:TS:2018:2182

<sup>9</sup> ECLI:ES:TS:2020:874

como personas protegidas hayan sido afectadas por su comisión, cuando la condena/medida cautelar es acordada en una misma resolución a favor de varias personas protegidas y la conducta típica se realiza respecto de distintas de esas personas protegidas, hemos de señalar que consideramos que estamos en presencia de un delito continuado, como así ha sido resuelto por los Tribunales de instancia, pues concurren todos los requisitos del delito continuado.

5. ¿Es necesario responder a una llamada telefónica efectuada por la persona obligada por la correspondiente medida cautelar o prohibición de comunicación a la persona beneficiaria de aquella prohibición para que el delito de quebrantamiento se entienda consumado?

No lo es, se considera producido el acto de comunicación con la realización de la llamada, aunque la misma no sea contestada, toda vez que el estado de la técnica permite a la persona ofendida conocer que aquella tuvo lugar aun en un momento posterior a su realización.

Aborda esta problemática la sentencia nº 650/2019<sup>10</sup> dictada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo el día 20/12/2019 en los siguientes términos: *comunicar con otra persona significa poner algo en su conocimiento. Según el diccionario de la RAE, entre otras acepciones, “descubrir,*

<sup>10</sup> ECLI:ES:TS:2019:4218

*manifestar o hacer saber a alguien algo”. En relación con el artículo 48.3 CP, establecer contacto escrito, verbal o visual. En este artículo no se exige un contacto, escrito o verbal, de doble dirección; por lo tanto, no es preciso que encuentre respuesta. Tampoco se establecen límites mínimos al contacto, siendo suficiente con su existencia. Lo que importa es que alguien haga saber algo a otro [...] La perturbación de su tranquilidad y la amenaza a su seguridad es apreciable desde el momento en que es consciente de la existencia de la llamada efectuada por aquella otra persona a la que, en función de los hechos que se le atribuyen, se le ha impuesto una prohibición de comunicación.[...] Cualquier terminal móvil, e incluso la mayoría de los de línea fija, refleja en su pantalla el número desde el que se hace la llamada, y, en caso de que no sea atendida, aparece en el registro del teléfono como llamada perdida, constanding la hora y el número de procedencia. En realidad, esta es una forma de contacto escrito equivalente a un mensaje que se hubiera remitido a la persona destinataria de la llamada haciendo constar que ésta se ha efectuado; incluso aunque tenga lugar de forma automática, ejecutada por el propio sistema, se trata de un mensaje en el que se pone en conocimiento del destinatario que se le ha efectuado una llamada desde un determinado terminal. El sistema de los terminales telefónicos, que cualquiera conoce, funciona así de forma automática proporcionando esa información. De manera que el mero hecho de llamar, cuando es posible*

*identificar la procedencia, ya supone en esos casos un acto consumado de comunicación. [...] Ha de concluirse por lo dicho que, en los casos en los que se efectúe una llamada al teléfono de la persona protegida por la medida o la pena, y esta no la atiende, el delito quedará consumado si ha sido efectiva la comunicación de la existencia de esa misma llamada efectuada por quien tiene prohibida la comunicación. En esos casos habrá existido un acto de comunicación consumado.*

6. ¿Está obligada la persona ofendida a desconectarse del canal de comunicación representado por una red social cuando el autor también forma parte de esta y, a su vez, está vinculado por una medida cautelar o una pena que establezca una prohibición de comunicación?

La respuesta es no, es el autor el que ha de respetar la prohibición a la que está sometido y su conciencia de estar vulnerando aquella es suficiente para entender perpetrado el ilícito criminal sin que resulte exigible a la persona ofendida comportamiento alguno por su parte.

Señala, en este sentido, la sentencia nº 553/2022<sup>11</sup> dictada por el pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que *la persona en cuyo favor se ha dictado una medida cautelar que incluye la prohibición de comunicarse no asume la obligación de desconectarse de*

*canales telemáticos o redes sociales anteriormente activos, de suerte que la omisión de esta medida pudiera influir en el juicio de subsunción. Es, por el contrario, el investigado el verdadero y único destinatario de la prohibición y el que ha de adoptar todas las medidas indispensables para que esa comunicación bidireccional no vuelva a repetirse.*

7. ¿Se comete el delito de quebrantamiento del artículo 468 del Código Penal por un condenado a pena de prisión que, por razón del tratamiento penitenciario, no estuviera, en el momento de la vulneración perpetrada por aquel, materialmente privado de libertad sino en situación de libertad condicional que hubiera sido revocada y aquel asume la decisión de no reingresar al correspondiente centro penitenciario?

La respuesta es sí, dado que la libertad condicional forma parte del régimen penitenciario indisolublemente unido a una pena y se integra en su cumplimiento y ejecución.

*En este sentido, la sentencia nº 561/2020<sup>12</sup> dictada por el pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo el día 29/10/2020 indica que si la libertad condicional forma parte del régimen penitenciario en los términos de la ejecutoria, el incumplimiento de la normativa dispuesta supone la realización del tipo penal del*

<sup>11</sup> ECLI:ES:TS:2022:2329

<sup>12</sup> ECLI:ES:TS:2020:3650

*quebrantamiento de condena cuando, sabedor de la obligación asumida por la libertad condicional, como se declara en el relato fáctico, incumple la obligación de reintegrarse al centro penitenciario.*

8. Cuando se está vinculado por una sola medida o pena de prohibición de aproximación y se quebranta la misma en varias ocasiones sucesivas, ¿cuántos delitos comete el autor?

La respuesta, al igual que en el supuesto de una sola medida o pena frente a varios ofendidos, es uno solo, aunque eso sí, nuevamente en la modalidad de delito continuado contemplado en el artículo 74 del Código Penal con las consecuencias punitivas que, en forma de incremento de pena, ello implica para el autor.

Trata esta cuestión la sentencia nº 846/2017<sup>13</sup> dictada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo el día 21/12/2017 en la que se explicita que *La pluralidad de conductas hace plausible la continuidad en la conducta típica al tratarse de una conducta plural agresora del bien jurídico protegido por la norma realizada desde el conocimiento de la condena impuesta y de su significado.*

### **3. EL ARTÍCULO 468.3 DEL CÓDIGO PENAL: UN GRAN OLVIDADO**

El artículo 468 del Código Penal tiene un apartado final<sup>14</sup>, aparentemente residual y que, a diferencia de la normativa antes analizada, no parece ser objeto de sesudas reflexiones sobre consumación, punibilidad, concursos de normas o delitos o cualquier otra cuestión de las habitual y prolijamente tratadas por el universo de autores/as penalistas de nuestra época.

Sin embargo, el apartado citado presenta una dimensión práctica extraordinaria y complejísima, puesto que muchos son los supuestos de colocación de las comúnmente conocidas como pulseras que generan enormes y muy perturbadores problemas de ejecución que cualquier encargado de un Juzgado de lo Penal que tramite la correspondiente ejecutoria sobrelleva, día a día, con difícilmente superable resignación y ello como consecuencia de que los medios materiales ofrecidos para la implantación del correspondiente dispositivo técnico distan mucho de ser los adecuados.

Una loable previsión legal –quién puede oponerse, en su sano juicio, a establecer un mecanismo que

---

13 ECLI:ES:TS:2017:4665

---

14 Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses

garantice la protección de una víctima dada— se convierte así en una fuente de constantes frustraciones ante el uso de instrumentos arcaicos, propios de otros tiempos y no adaptados a la realidad de un mundo digital en constante evolución.

Debería ser inexcusable que los correspondientes recursos económicos se destinaran al objetivo de protección de la víctima con eficacia, eficiencia, continuidad y vocación de permanente adaptación al estado y evolución de la técnica para poder así ofrecer a aquella mecanismos que sean los propios de una sociedad moderna, que acomete ya casi el segundo cuarto del siglo XXI, y no, tal y como desgraciadamente acontece en la actualidad, los correspondientes a modelos anticuados en los que un malentendido ahorro sin vocación inversora alguna genera constantes frustraciones tanto en la propia víctima como en el órgano judicial que viene obligado a asumir la responsabilidad de ofrecer a la misma una adecuada protección.

#### **4. CONCLUSIONES**

Terminamos ya, paciente lector. Si ha llegado usted hasta aquí, parece que, aunque sea mínimamente, hemos logrado el triple objetivo inicialmente perseguido: captar su interés, que reflexionemos juntos sobre temas aparentemente sencillos, pero prácticamente complejos, y que, entre todos y en última instancia, consigamos una adecuada aplicación de nuestra normativa penal, lo que

redundará, qué duda cabe, en que la tutela judicial efectiva sea algo tangible que vaya mucho más allá de una mera declaración formal.

Me atrevo, desde la humildad, pero también desde la firmeza vinculada a la experiencia propia de quien trabaja a diario en un tribunal penal, a llamar la atención de nuestros legisladores para que la claridad y la precisión en la redacción de las normas en general y de los preceptos penales en particular sean irrenunciables objetivos que inspiren su actuación. Estamos jugando, si se me permite la expresión, con las cosas de comer y los que tenemos la responsabilidad de cumplir la alta función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado deberíamos focalizar nuestro esfuerzo en delimitar si los hechos típicos están o no presentes, pero no en tratar de escudriñar, día tras día y con no poco esfuerzo, cuál es el verdadero significado que ha de darse a lo que los representantes de la soberanía popular expresan a través de la redacción de las normas jurídicas por ellos elaboradas.

#### **BIBLIOGRAFÍA**

Varios autores. Código Penal comentado, Comares, S.L. 2018  
 Varios autores. Código Penal comentado, Colex, S.L. 2022  
 Magro Servet, Vicente. Praxis jurisprudencial sobre el delito de quebrantamiento o medida cautelar del artículo 468 del Código Penal. Diario La Ley 22/02/2022

# DELITO DE ESTAFA SOBRE VIVIENDA: APLICACIÓN DEL ART. 250.1.1º CP (TIPO AGRAVADO) O DEL ART. 251 CP (ESTAFA IMPROPIA): JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

*HOUSING FRAUD CRIME: APPLICATION OF RULE 250.1.1º CRIMINAL CODE (AGGRAVATED CRIME) OF RULE 251 CRIMINAL CODE (SPECIAL FRAUD): JURISPRUDENCE OF HIGH COURT*

Inmaculada Concepción Cerezo Cintas,  
Magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona

Fecha de recepción: 10 de junio 2024  
Fecha de aceptación: 26 de julio de 2024

**SUMARIO** 1. Introducción. 2 Significado del término “viviendas”, referido en el art. 250.1.1º CP. 3 Calificación de la estafa que recaiga sobre vivienda como delito de estafa genérica (arts. 248 y 250.1.1º CP), o bien, como delito de estafa impropia (art. 251 CP): principios de especialidad y de alternatividad (art. 8.1ª y 4ª CP)

## RESUMEN

**A**nálisis de la calificación jurídica, efectuada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, durante los últimos diez años, respecto de aquellos hechos, constitutivos de delito de estafa, que recae sobre viviendas, determinando la procedencia de la calificación como delito de estafa genérica, en su modalidad agravada de viviendas, previsto y penado en el art. 250.1.1º CP, o bien, como delito de estafa impropia, previsto y penado en el art. 251 CP. Delimitación del ámbito de aplicación del subtipo agravado de viviendas, de

conformidad con la interpretación restrictiva de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Evolución de los criterios aplicados por el Alto Tribunal para resolver el concurso de normas entre ambos tipos penales, antes y después de la Sentencia de Pleno núm. 355/2021 de 29/4/2021.



## ABSTRACT

*Legal qualification analysis, in the Jurisprudence of the High Court, during the last ten years, regarding facts constituting the crime of fraud, about homes, about the application of the crime of basic fraud, in its aggravated housing modality, provided for and punished in rule 250.1.1º Criminal Code, or, the application of the crime of special fraud, provided for and punished in rule 251 Criminal Code. Delimitation of the scope of application of the aggravated housing modality, according to the restrictive interpretation of the High Court's. Evolution of the criteria applied by the court to resolve the conflict of norms between both crimes, before and after the sentence 2021/355, dated April 24, 2021.*

## PALABRAS CLAVE

Estafa genérica; vivienda habitual; estafa impropia; principio de especialidad; principio de alternatividad

## KEYWORDS

*Basic fraud; main home; special fraud; specialty principle; alternativeness principle*

## 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo consiste en una aproximación jurídica, especialmente jurisprudencial, a aquellos supuestos en los que la conducta desarrollada por el sujeto activo merece la calificación jurídico-penal de delito de estafa, siempre y cuando esta infracción penal tenga por objeto un bien inmueble que esté destinado a satisfacer la necesidad de morada de una persona; concretamente, se trataría de delimitar la procedencia de la calificación como delito de estafa genérica, previsto y penado en el art. 248 CP<sup>1</sup>, en la modalidad agravada de viviendas, prevista y penada en el art. 250.1.1º CP<sup>2</sup>, así como, en su caso, la calificación como delito de estafa impropia, previsto y penado en el art. 251CP<sup>3</sup>, a la vista de la Jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de los últimos diez años.

---

1 Art. 248.p1 CP: "Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno."

2 Art. 250.1.1º CP: "El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: 1.º Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social."

3 Art. 251 CP: "Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

## **2. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO “VIVIENDAS”, REFERIDO EN EL ART. 250.1.1º CP**

En primer lugar, resulta imprescindible referirnos a la delimitación que la Jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha efectuado respecto del ámbito de aplicación de la agravante específica del delito de estafa, prevista en el art. 250.1.1º CP, cuando la infracción penal recae sobre “viviendas”, es decir, las viviendas son el objeto de la defraudación.

El Tribunal Supremo realiza una interpretación sistemática del contenido del apartado 1º del art. 250.1 CP, en el que se incluyen tanto las viviendas, como también las cosas de primera necesidad y otros bienes de reconocida utilidad social; en consecuencia, lleva a cabo una interpretación restrictiva del término “viviendas” (restricción exigible, también, teniendo en cuenta el carácter de circunstancias agravantes específicas, de las modalidades reguladas en el art. 250 CP), entendiendo comprendidas, únicamente, las viviendas que tienen el carácter de habituales, es decir, aquéllas que pueden considerarse como bienes de “primera necesidad” o “de reconocida utilidad social”.

Queda incluida, en el término “viviendas”, la primera vivienda que tenga una persona para la satisfacción de esa necesidad de morada, de disponer de un espacio cerrado, apto para el desarrollo de la propia intimidad personal y familiar, reconocido como derecho fundamental en el art. 18.1 CE.

La modalidad agravada del delito de estafa prevista en el art. 250.1.1º CP resulta de aplicación, tanto en aquellos supuestos en que el perjudicado ve frustradas sus expectativas de adquirir una vivienda, como en caso de actos de disposición sobre la propia vivienda, es decir, tanto los supuestos en los que el engaño priva al perjudicado de adquirir una vivienda, como cuando el acto de disposición

---

*1.º Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero.*

*2.º El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero.*

*3º El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.”*

recae sobre una vivienda que ya constituye morada del perjudicado, incluso privándole de una vivienda que ya constituía su hogar.

Por otra parte, la Sala 2ª del Tribunal ha excluido del carácter de “viviendas”, en el sentido empleado en el art. 250.1.1º CP:

- las segundas viviendas, diferentes de aquélla en la que la víctima habita,
- las adquiridas como inversión, con finalidad recreativa o para aumentar el patrimonio,
- aquéllas que, habiendo constituido primera vivienda, en algún momento, hayan dejado de utilizarse como tales durante un largo período de tiempo y
- en caso de adquisición de nueva vivienda, cuando no se acredite la venta de la primera vivienda y la realidad del traslado.

Respecto de éste último inciso, es decir, la exclusión de la aplicación del subtipo agravado previsto en el art. 250.1.1º CP, de aquellos casos en los que el delito de estafa versa sobre vivienda habitual, también se ha producido la venta de la primera vivienda por su propietario/perjudicado, pero todavía no se ha producido el traslado de éste a la vivienda objeto de la defraudación, consideramos que se trataría de una interpretación excesivamente estricta del concepto “viviendas” (véase, viviendas habituales).

En la labor hermenéutica de la modalidad agravada del delito de estafa que recae sobre vivienda habitual, debería tener más relevancia la finalidad pretendida por el perjudicado con la adquisición de esa vivienda habitual, id est, su uso previsto como primera vivienda, sin necesidad de que el perjudicado haya llegado, efectivamente, a quedarse sin solución habitacional como consecuencia de la comisión del delito de estafa.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo declara, de igual forma, que la aplicación de la circunstancia agravante específica prevista en el art. 250.1.1º CP, no puede realizarse con arreglo a una concepción puramente objetiva, ajena a los esquemas de culpabilidad que inspiran el derecho penal, por tanto, no resultando suficiente que el objeto del delito de estafa sea una vivienda, sino que debe limitarse a aquellos supuestos en los que el perjudicado ve frustradas

sus expectativas de adquirir o mantener una vivienda, entendida ésta como bien de primera necesidad.

Asimismo señala dicha Jurisprudencia, en aplicación de la presunción de inocencia reconocida en el art. 24.2 CE, y teniendo en cuenta que el carácter de vivienda habitual es un elemento de la modalidad agravada del delito de estafa genérica, la carga de la prueba de su concurrencia recae sobre la acusación<sup>4</sup>.

Para la aplicación de la modalidad agravada de estafa genérica, cuando ésta recaiga sobre “viviendas”, la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha exigido, igualmente, que, en el relato de hechos probados, la sentencia haya incluido la mención expresa, y sin ambigüedades, al carácter de vivienda habitual del inmueble; llegando a excluir, mayoritariamente, la aplicación del art. 250.1.1º CP, en caso contrario.

Respecto de la exigencia de la constancia, del carácter habitual de la vivienda objeto de la defraudación, en el relato de hechos probados, la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha acordado la inaplicación de la modalidad agravada del delito de estafa prevista en el art. 250.1.1º CP, por incumplimiento de dicho requisito, en la mayoría de sentencias dictadas sobre esta materia<sup>5</sup>.

No obstante la ausencia de referencia expresa, en los hechos probados, de que la estafa versaba sobre una vivienda habitual, el Alto Tribunal ha aplicado la

---

*4 El Tribunal Supremo ha desarrollado el concepto “viviendas”, para la aplicación de la agravante específica prevista en el art. 250.1.1º CP, en las siguientes sentencias, durante los últimos diez años:*

*STS 63/2015, 18 de febrero de 2015, FJ. 1. ECLI:ES:TS:2015:441 Recurso: 1425/2014 ROJ: STS 441/2015*

*STS 349/2015, 3 de junio de 2015, FJ. 3. ECLI:ES:TS:2015:2590 Recurso: 2392/2014 ROJ: STS 2590/2015*

*STS 358/2015, 10 de junio de 2015, FJ. 3. ECLI:ES:TS:2015:2861 Recurso: 1947/2014 ROJ: STS 2861/2015*

*STS 171/2016, 3 de marzo de 2016, FJ. 11. ECLI:ES:TS:2016:821 Recurso: 1079/2015 ROJ: STS 821/2016*

*STS 369/2016, 28 de abril de 2016, FJ. 3. ECLI:ES:TS:2016:1909 Recurso: 1748/2015 ROJ: STS 1909/2016*

*STS 580/2016, 30 de junio de 2016, FJ. 2. ECLI:ES:TS:2016:3173 Recurso: 1706/2015 ROJ: STS 3173/2016*

*STS 453/2018, 10 de octubre de 2018, FJ. 6 y 7. ECLI:ES:TS:2018:3636 Recurso: 1793/2017 ROJ: STS 3636/2018*

*STS 590/2018, 26 de noviembre de 2018, FJ. 8. ECLI:ES:TS:2018:3997 Recurso: 2728/2017 ROJ: STS 3997/2018*

*STS 666/2018, 18 de diciembre de 2018, FJ. 3. ECLI:ES:TS:2018:4413 Recurso: 2816/2017 ROJ: STS 4413/2018*

*STS 442/2019, 2 de octubre de 2019, FJ 4. ECLI:ES:TS:2019:2955 Recurso: 1065/2018 ROJ: STS 2955/2019*

*STS 492/2021, 3 de junio de 2021, FJ. 3. ECLI:ES:TS:2021:2369, Recurso 2991/2019, ROJ: STS 2369/2021*

*5 5. STS 368/2015, 18 de junio de 2015, FJ. 6. ECLI:ES:TS:2015:2766, Recurso: 2247/2014, ROJ: STS 2766/2015*

*STS 655/2016, 15 de julio de 2016, FJ. 2. ECLI:ES:TS:2016:3663 Recurso: 2289/2015 ROJ: STS 3663/2016*

*STS 763/2016, 13 de octubre de 2016, FJ. 2. ECLI:ES:TS:2016:4430 Recurso: 595/2016 ROJ: STS 4430/2016*

*STS 162/2018, 5 de abril de 2018, FJ. 7. ECLI:ES:TS:2018:1286 Recurso: 1233/2017 ROJ: STS 1286/2018*

*STS 568/2018. 21 de noviembre de 2018 ECLI:ES:TS:2018:3890 Recurso: 683/2017 ROJ: STS 3890/2018*

*STS 182/2021, 3 de marzo de 2021, FJ. 3. ECLI:ES:TS:2021:813 Recurso: 1813/2019 ROJ: STS 813/2021*

agravante específica de viviendas, prevista en el art. 250.1.1º CP, en las siguientes resoluciones:

- a. En STS 193/2021 (3 de marzo de 2021, FJ. 2. ECLI:ES:TS:2021:819 Recurso: 2015/2019 ROJ: STS 819/2021), fundamenta dicha aplicación en que las viviendas objeto de adjudicación a los perjudicados eran viviendas de protección oficial, inmuebles que, según su normativa reguladora específica, tienen como destino constituir la vivienda habitual del adjudicatario.
- b. Por su parte, la STS 198/2017 (27 de marzo de 2017, FJ. 4. ECLI:ES:TS:2017:1198 Recurso: 867/2016 ROJ: STS 1198/2017) también aplica la modalidad agravada del art. 250.1.1º CP, a pesar de que el relato de hechos probados no contiene una mención expresa a dicho carácter, con base en las siguientes argumentaciones:
  - La consideración de vivienda habitual estaría implícita en la naturaleza de las edificaciones de que se trataba (viviendas unifamiliares).
  - El carácter de primera vivienda se encuentra, clarísimamente expresado, en el primero de los fundamentos de derecho.
  - La declaración de uno de los perjudicados quien, en el plenario, también se manifestó, con toda claridad al respecto.
  - Si bien el modo de expresión del carácter de vivienda habitual de los inmuebles, objeto de la defraudación, estaba aquejado de una irregularidad reprochable, se considera que esa informalidad no ha trascendido al plano material del derecho de defensa.
  - Se estaría en uno de esos casos de complementación de los hechos probados acudiendo a los fundamentos de derecho, admitidos, excepcionalmente, en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

### **3. CALIFICACIÓN DE LA ESTAFA QUE RECAIGA SOBRE VIVIENDA COMO DELITO DE ESTAFA GENÉRICA (ARTS. 248 Y 250.1.1º CP), O BIEN, COMO DELITO DE ESTAFA IMPROPIA (ART. 251 CP): PRINCIPIOS DE ESPECIALIDAD Y DE ALTERNATIVIDAD (ART. 8.1ª Y 4ª CP)**

En aquellos supuestos en los que los hechos probados describen la existencia de actos de disposición, realizados concurriendo engaño, respecto de bienes inmuebles, que tengan el carácter de vivienda habitual, siempre y cuando, además, el sujeto pasivo del delito incurra en alguna de las siguientes conductas:

- se haya atribuido, falsamente, facultad de disposición de la que carece sobre esa vivienda habitual, o bien,
- enajene, arriende o grave esa vivienda, o bien,

- disponga de esa vivienda ocultándole la existencia de cualquier carga sobre la misma, o bien,
- tras haberla enajenado como libre, la gravare o enajenare, nuevamente, antes de la definitiva transmisión al adquirente.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha planteado cómo deben calificarse jurídicamente los hechos, bien como delito de estafa genérica, prevista y penada en los arts. 248 y 250.1.1º CP, bien como delito de estafa impropia, prevista y penada en el art. 251 CP.

Hasta el año 2021, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo califica los hechos como delito de estafa impropia, en su modalidad agravada de “viviendas”, aplicando el principio de especialidad, previsto en el art. 8.1ª CP, para resolver el concurso aparente de normas entre los delitos previstos en los arts. 248 CP y 251 CP, considerando el delito de estafa impropia como especial respecto del delito de estafa genérica, incluso cuando concurra la modalidad agravada de “viviendas”, concretamente:

1. STS90/2014, 4 de febrero de 2014, FJ.2. ECLI:ES:TS:2014:473 Recurso:1976/2013 ROJ: STS 473/2014: en virtud del principio de especialidad, se califica como delito de estafa impropia (art. 251 CP), un supuesto en el que el vendedor manifestó, mendazmente, en escritura pública de compraventa de vivienda habitual, que el préstamo hipotecario garantizado con la vivienda transmitida, había sido íntegramente reembolsado, estando, únicamente, pendiente de cancelación registral el derecho de hipoteca.
2. STS 434/2019, 1 de octubre de 2019, FJ. 9. ECLI:ES:TS:2019:2957 Recurso: 1374/2018 ROJ: STS 2957/2019: en virtud del principio de especialidad, se califica como delito de estafa impropia (art. 251 CP), un supuesto en el que el vendedor omitió, a sabiendas, en el momento del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, la existencia de embargo que afectaba a la vivienda vendida.

La evolución producida, en esta cuestión, en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se pone de manifiesto en las siguientes sentencias, dictadas desde abril de 2021, que califican los hechos como delito de estafa genérica, en su modalidad agravada de “viviendas” (arts. 248 y 250.1.1º CP), también con aplicación del principio de especialidad, véanse:

- a. STS 355/2021 (de Pleno), 29 de abril de 2021, FJ. 5. ECLI:ES:TS:2021:1640 Recurso: 4118/2018 ROJ: STS 1640/2021: en virtud del principio de

especialidad, se califica como delito de estafa genérica, en su modalidad agravada, un supuesto en el que el vendedor omitió, a sabiendas, en el momento del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, la existencia de una segunda disposición, en relación a la línea de crédito garantizada con derecho de hipoteca sobre la vivienda enajenada.

Esta sentencia aplica el principio de especialidad para resolver el concurso aparente de normas entre el delito de estafa genérica, en su modalidad agravada, y el delito de estafa impropia, con base en las siguientes argumentaciones:

- a.I Tanto los supuestos previstos en el art. 251 CP como los regulados en los apartados 1 y 2 del art. 250 CP presentan caracteres especiales, sin que se aprecie la existencia de razones que avalen que las modalidades agravadas de la estafa genérica deban ceder ante los tipos contenidos en el art. 251 CP.
- a.II La regulación del delito de estafa está constituida por un tipo básico y tres subtipos progresivamente agravados, en atención a la gravedad de la conducta y a las necesidades de protección de los bienes jurídicos, de manera que, para resolver el concurso aparente de normas, es aplicable, en primer lugar, el principio de especialidad.
- a.III En aplicación del principio de especialidad, el orden de aplicación de los preceptos antes referidos sería el siguiente:
  - a.III.1º El art. 250.1 y 2 CP, cuando concurren las circunstancias previstas en él, es decir, la circunstancia 1ª del art. 250.1 CP junto con las previstas en los apartados 4º, 5º, 6º o 7º del mismo artículo, con imposición de unas penas de 4 a 8 años de prisión y multa de 12 a 24 meses.
  - a.III.2º El art. 250.1 CP, cuando no concurren las circunstancias previstas en el art. 250.2 CP, imponiendo unas penas de 1 a 6 años de prisión y multa de 6 a 12 meses.
  - a.III.3º El art. 251 CP, cuando concurren los elementos del tipo y además se produzca alguno de los siguientes supuestos:
    - no concurren las circunstancias previstas en el art. 250 CP, o bien,
    - cuando no sea aplicable el tipo general de la estafa, por no apreciarse la concurrencia del engaño, imponiendo una pena de 1 a 4 años de prisión.
  - a. III.4º Los arts. 248 y 249 CP (actual art. 248 CP, tras la reforma operada por LO 14/2022, en vigor desde 12/1/2023), cuando no sean

aplicables los preceptos contenidos en los arts. 250 y 251 CP, con imposición de una pena de 6 meses a 3 años de prisión.

- a.IV) En todo caso, si se reconocieran distintas especialidades sin posibilidad de optar por alguna de ellas de modo preferente, la aplicación del principio de alternatividad conduciría a la misma solución antes expuesta.
- b. STS 819/2021, 27 de octubre de 2021, FJ. 4. ECLI:ES:TS:2021:4002 Recurso: 4901/2019 ROJ: STS 4002/2021: en aplicación del principio de especialidad, de la forma expuesta en la STS 355/2021 antes referida, se califica como delito de estafa genérica, en su modalidad agravada, un supuesto en el que el transmitente declara, en la escritura pública de compraventa, a sabiendas de su falta de certeza, que, respecto de los derechos de hipoteca constituidos sobre la vivienda, sólo estaba pendiente el otorgamiento de las escrituras públicas de cancelación, habiendo sido ya satisfechos los préstamos que dichas hipotecas garantizaban.
- c. STS 152/2024, 21 de febrero de 2024, FJ. 4. ECLI:ES:TS:2024:1146 Recurso: 1606/2022 ROJ: STS 1146/2024: en aplicación del principio de especialidad, de la forma expuesta en la STS 355/2021 antes referida, se califican como delito de estafa genérica, en su modalidad agravada, unos hechos consistentes en que el vendedor, manifiesta en las escrituras públicas de compraventa, a sabiendas de su mendacidad, que los préstamos, garantizados con derechos de hipoteca constituidos sobre la vivienda enajenada, se hallaban totalmente liquidados, a reserva de formalizarse las correspondientes escrituras de carta de pago y cancelación de hipoteca.

Tomando en consideración las consecuencias de la actual situación jurisprudencial, tras dictarse la STS 355/2021, especialmente, la aplicación residual a la que, de hecho, se relega las conductas tipificadas en el art. 251 CP, y en orden a la adecuada protección de los bienes jurídicos protegidos en las modalidades agravadas previstas en el art. 250 CP, quizás de lege ferenda sería deseable ampliar, de forma expresa, la aplicación de estas modalidades agravadas a las conductas descritas en el art. 251 CP.

# Delito de usurpación



Carlos Miguel Arcay García

Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 2 de Santoña

Fecha de recepción: 8 de junio de 2024  
Fecha de aceptación: 26 de julio de 2024

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2 Distinción entre la ocupación violenta y la usurpación. 3 Distinción entre la usurpación y el precario. 4 Usurpación vs. Allanamiento de morada. 5 Conclusiones

## RESUMEN

El artículo pretende fijar unas notas introductorias del delito de usurpación, facilitando la comprensión de su regulación penal, en cuanto al bien jurídico protegido, su encauzamiento procesal y su delimitación de la figura extrapenal del precario, así como de las penas del delito de ocupación y del delito de allanamiento de morada.

## ABSTRACT

*The article aims to set out some introductory notes on the crime of usurpation, facilitating the understanding of its criminal regulation, in terms of the protected rights, its procedural channeling and its delimitation of the extra-penal figure of the precarious, as well as the penalties for the crime of occupation and of the crime of breaking and entering.*

## 1.INTRODUCCIÓN

Dentro del Título XIII del Libro II del Código Penal (CP) dedicado a los delitos contra el patrimonio (la propiedad como derecho constitucional reconocido en el art. 33 de la Constitución Española), el art. 245 CP regula el delito de usurpación de bienes inmuebles, con el siguiente contenido:

*“1. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de*

*prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado.*

*2. El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”.*

## **2.DISTINCIÓN ENTRE LA OCUPACIÓN VIOLENTA Y LA USURPACIÓN**

Este precepto regula 2 tipos delictivos distintos, según las siguientes notas diferenciales.

Así, el apartado primero se aplica a cualquier derecho real inmobiliario, mientras que el segundo requiere que el inmueble afectado fuera un inmueble que tenga los elementos necesarios para ser constitutivos de vivienda, pero que no constituya morada de su propietario.

El segundo elemento diferencial exige que, conforme al apartado primero, se utilice violencia o intimidación para cometer este delito, mientras que en el delito del apartado segundo no puede producirse esta violencia o intimidación, bastando la mera falta de autorización por parte del morador.

Otro elemento fundamental para distinguir ambos delitos radica en que el delito de ocupación violenta se considera delito menos grave, castigado con hasta 2 años de prisión, tal y como prevén los arts. 13.2 y 33.3 CP, que diferencian la gravedad de

los delitos en función de las penas aplicables a los mismos; por su parte, el delito de usurpación se considera delito leve, al estar castigado con pena de multa de 3 a 6 meses. En este punto conviene recordar que, de acuerdo con los preceptos antes indicados, podría pensarse que se trata de un delito menos grave, ya que según el art. 33.3 CP se considera delito menos grave a aquellos castigados con multa de más de 3 meses. No obstante, al ser la extensión mínima de la pena de multa prevista para el delito de usurpación de 3 meses, máximo previsto para la consideración del delito leve de multa según el art. 33.4.g) CP, se puede apreciar que el rango de la pena prevista para este delito abarca tanto las penas leves como las menos graves. A ello da respuesta, a la hora de calificar el delito como leve o menos grave, el art. 13.4 CP, según el cual *“Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”.*

Lo anterior, a pesar de que parezca una distinción meramente teórica, tiene una relevancia sustancial en la práctica, ya que, a la hora de determinar el procedimiento penal por el cual se encauzan estos delitos, los delitos menos graves se tramitan conforme a las diligencias previas del procedimiento abreviado (Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal -LECRIM-); mientras que el delito leve se tramita conforme a lo dispuesto en el Libro VI LECRIM. Ello tiene implicaciones en cuanto a la forma de tramitar el procedimiento, el órgano competente para la instrucción (o la inexistencia de una instrucción en sí misma considerada en cuanto a los delitos leves), y para el enjuiciamiento (juzgados de lo penal o audiencia provincial para los delitos menos graves, juzgado de instrucción para los delitos leves), así como la composición del órgano de apelación que conozca de los recursos contra las sentencias que pongan fin a estos procesos (secciones de 3 magistrados para los delitos menos graves, sección con magistrado único para los delitos leves), todo lo cual excede del objeto de este artículo, pero que merece ser, al menos, enunciado, como elemento diferenciador entre los delitos leves y los menos graves, con la particularidad y la duda que puede surgir al aplicador y al estudiante de derecho en el momento de aproximarse a este delito, que tiene un marco penal que, en puridad, contempla penas leves y menos graves como reproche penal a los que cometan estos delitos.

### **3. DISTINCIÓN ENTRE LA USURPACIÓN Y EL PRECARIO**

Además de lo anterior, para comprender este delito es importante distinguirlo de los supuestos de vulneración civil del derecho real de propiedad o de posesión, considerado como precario, y regulado procesalmente en el art.

250.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y correlativos, aplicable a aquellos casos de apropiación o perturbación de la posesión de un derecho real inmobiliario ajeno, sin título ni consentimiento por parte del titular de dicho derecho. En este sentido, la jurisprudencia, ante la falta de regulación civil de los casos de precario, más allá de las notas antes expuestas, exige que, para considerar cometido el delito de usurpación, y no encontrarnos ante un supuesto de precario, es necesario que el inmueble ocupado tenga los elementos propios de habitabilidad que permitan considerar dicho inmueble como vivienda (suministro eléctrico, de agua corriente, puertas, ventanas...) descartando los supuestos de abandono o ruina; mientras que el resto de intromisiones en el derecho de propiedad quedarían limitadas al ámbito civil. Además, se requiere que el propietario del inmueble o titular del derecho real hubiera requerido, o el usurpador u ocupante tenga constancia fehaciente, de que el titular del derecho no consiente dicha intromisión en su derecho real, para que nos encontremos ante un delito, al exigir el tipo penal la voluntad contraria del titular del derecho, y el elemento subjetivo del dolo, es decir, el conocimiento del ocupante de la voluntad contraria del titular y la intención de contradecir este derecho, todo ello con vocación de permanencia

(por todas, la SAP Cantabria 189/2022, Sección 3ª).

*de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses”.*

En todo caso, debemos siempre recordar que el derecho penal es la *ultima ratio*, aplicable a las vulneraciones más graves de los derechos de las personas, existiendo vías alternativas para proteger los derechos, menos intrusivas en la libertad y en la propiedad de los infractores, como son el derecho civil y el derecho administrativo.

A continuación, los arts. 203 y 204 CP establecen distinciones penales para el caso de que el delito se cometa en el domicilio de una persona jurídica, o cuando el delito sea cometido por una autoridad o funcionario público.

## **5. USURPACIÓN VS. ALLANAMIENTO DE MORADA**

Dentro del ámbito penal, y considerando las vulneraciones del derecho de propiedad en lo atinente a inmuebles que tengan los elementos propios para su habitabilidad, conviene distinguir el delito de usurpación del delito de allanamiento de morada. Este delito se encuentra regulado en los arts. 202-204 CP, dentro del Título X del Libro II, dedicados a la protección de los derechos fundamentales del honor, intimidad, propia imagen e inviolabilidad del domicilio. El art. 202 CP es el que contiene los elementos esenciales de este delito, al indicar que:

La ubicación sistemática del delito de allanamiento de morada permite fijar la primera distinción entre el delito de usurpación y el de allanamiento de morada, siendo que el primero protege el derecho de propiedad, mientras que el de allanamiento protege el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, con las implicaciones a nivel constitucional y de garantías legales y procesales que tiene esta distinción.

*“1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

*2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión*

Siguiendo con los requisitos para cometer uno u otro delito, mientras que el delito de ocupación/usurpación tiene como sujeto pasivo (perjudicado) al propietario o titular del derecho real vulnerado con o sin violencia, sea o no vivienda, el delito de allanamiento de morada tiene como víctima al que se considere morador de una vivienda o establecimiento mercantil. Por tanto, debemos en este punto fijar unas notas muy elementales acerca de lo que se considera morada a nivel constitucional/penal, siendo que no se exige la consideración de vivienda, o que el morador sea el propietario, arrendatario o titular de derecho alguno sobre dicha morada, sino bastando con que ostente la posesión de dicha morada, pudiendo fijarla

como domicilio, con independencia del título habilitante para esa ocupación, siendo cualquier lugar en el que el particular puede desempeñar su intimidad y su libertad fuera de la mirada de terceros (por todas, la STC 22/1984, que contempla no solo viviendas, segundas viviendas, sino también lugares como camarotes de barcos, habitaciones de hotel, tiendas de campaña... descartando, por cuestiones de seguridad pública, las celdas de prisiones).

Las consecuencias entre la consideración de un hecho punible penalmente como usurpación o como allanamiento de morada, al igual que en los casos de la consideración del primer y segundo apartado del art. 245 CP, son fundamentales, ya que el delito de usurpación/ocupación puede ser menos grave o leve según la existencia de violencia/intimidación o la carencia de la misma; en el caso de que se produzca la intromisión en la morada de un tercero, estaríamos, en todo caso, ante un delito menos grave, castigado con las penas de hasta 2 años si no hay violencia, y de 4 años si la hubiera, todo ello en el caso de que el autor fuera un particular, y la víctima fuera una persona física, ya que, en los casos de allanamiento de domicilio de persona jurídica, o en el caso de autoría por parte de una autoridad o funcionario público, se contemplan variaciones en las penas aplicables.

No obstante, la diferencia fundamental radica en que, para el caso de que se produzca la comisión de un

delito de allanamiento de morada, el procedimiento penal aplicable no sería el regulado en la LECRIM (ya sea procedimiento abreviado de diligencias previas, o juicio por delito leve), sino el procedimiento especial ante el Tribunal del Jurado, regulado en la LO 5/1995, con las particularidades y diferencias sustanciales que este proceso contempla. Precisamente la complejidad, la dilatación, y los recursos económicos y personales que la tramitación del proceso ante el tribunal del jurado exige, para encauzar un delito castigado con pena de prisión de hasta 2 años en los casos más habituales (no existencia de violencia o intimidación), ha generado críticas y sugerencias de sustracción de este delito del catálogo del juicio por jurado, a fin de agilizar su tramitación por los cauces del procedimiento abreviado.

## 5. CONCLUSIONES

En definitiva, de todo lo expuesto en esta introducción del delito de usurpación y sus notas definitorias material y procesalmente, así como sus diferencias con otros delitos que afectan a bienes jurídicos protegidos similares, podemos concluir que:

- El delito de usurpación castiga la perturbación no consentida de inmuebles no considerados vivienda por el titular con vocación de permanencia.
- La usurpación exige la no violencia y es un delito leve; la ocupación sí la exige y es un delito menos grave.

- El precario es una perturbación civil del derecho de propiedad o posesión, cuando no hay dolo o voluntad contraria del titular por parte del perturbador.
- La usurpación se distingue del allanamiento de morada en que esta última protege el concepto de morada, más amplio que el objeto de la usurpación, y se tramita por el proceso ante el Tribunal del Jurado.

