

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Fernando Hernández Fradejas, University of Valladolid

Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; María José Bravo Bosch, University of Vigo; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusiada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; Orazio Licandro, University of Catania; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellart, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

José Franco-Chasán, “La infidelidad en la custodia de presos: una cuestión poco porosa de obediencia delictiva”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 21 (2024), pp. 408-451 (available at <http://www.glossae.eu>)

La infidelidad en la custodia de presos: una cuestión poco porosa de obediencia delictiva

Misfeasance in the custody of prisoners: a porous issue of criminal obedience

José Franco-Chasán
Universidad Rey Juan Carlos

ORCID ID: 0000-0002-6860-480X

Recibido: 02.02.2024

Aceptado: 12.02.2024

“Garay.- Abre aquí, alcaide, que nos comen chinchas.
Solapo.- Abra aquí, so alcaide, que nos comen garrapatas.
Paisano.- Sáquenos a mear, señor alcaide.”
(Miguel de Cervantes, *Entremés famoso de la cárcel de Sevilla*, Madrid, 1617)

Resumen

El delito de infidelidad en la custodia de presos lleva aparejada una doctrina muy estricta por parte el Tribunal Supremo y la misma queda reflejada en su jurisprudencia entre los años 1870-1978. Dicho delito se basa en un fuerte formalismo jurídico que recuerda a la teoría de la obediencia delictiva más básica. Las consideraciones intermedias del propio juez suelen brillar por su ausencia. No existe prácticamente ninguna noción cultural del delito. Se marcan distancias con el marcado intervencionismo y discrecionalidad de los jueces que caracterizaba el ejercicio de la función judicial antes del periodo codificador.

Palabras clave

Custodia de presos, fuga, huida, connivencia, permiso, alcaide, autoridad, funcionario de prisiones

Abstract

The offence of misfeasance in the custody of prisoners possesses a very strict doctrine on behalf of the Supreme Court and this is reflected in its case-law between 1870-1978. This offence is based on a strong legal formalism, reminiscent of the most basic theory of criminal obedience. The judge's own intermediate considerations are often conspicuous by their absence. There is virtually no cultural notion of crime. There is a departure from the marked interventionism and discretionality of judges that characterised the exercise of the judicial function before the codification period.

Keywords

Prisoner custody, escape, jailbreak, connivance, permission, warden, authority, prison officer

Sumario: 1. Desarrollo normativo. 2. Consideraciones iniciales. 2.1. Evolución histórica y breves apuntes. 2.2. Especificidades. 3. ICP, ¿doloso o involuntario? La connivencia. 4. Infracción de los reglamentos, imprudencia temeraria y la controversia sanitaria. 5. La cuestión probatoria. 6. ¿Permiso del Alcaide o confianzas excesivas? 7. Conductas castigadas: la acción. 8. Posesiones de ultramar: Cuba y Puerto Rico. 9. Soborno, corrupción e ignorancia de la ley. 10. Recurso estimado por el TS. 11. Cambio de rumbo. 12. Conclusiones.

1. Desarrollo normativo

El contenido de la normativa de este periodo se encuentra en los CP 1870, CP 1928, CP 1932 y CP 1944. Por lo general, no presentan muchas diferencias. El modelo base es el del CP 1870. Este último dispone una estructura básica que luego seguirán el CP 1932 y el CP 1944. Podemos afirmar que el único que se desvía de la tradición - mínimamente- es el CP 1928, que parece tener un contenido algo más *sui generis*.

El CP 1870 dispone únicamente dos artículos para dos tipos autores bien diferenciados: funcionario y particular. Respecto al primer supuesto, contenido en el art. 373, se entiende que aquel funcionario público “culpable de connivencia” en la “evasión de un preso” cuya “conducción” o “custodia” le estuviere confiada será castigado¹. El artículo distingue entre si el fugitivo se halla “condenado por ejecutoria” o no lo está en el momento de cometer el delito². En el primer caso, se prevé la “pena inferior [...] en dos grados” y la “inhabilitación temporal especial en grado máximo” a la “inhabilitación perpetua especial”³. En el segundo caso, se castigará con la pena “inferior a tres grados” por la que se hubiera condenado, así como la pena de “inhabilitación especial temporal”⁴. Respecto al segundo supuesto, contenido en el artículo 374, se prevé que cuando el particular que hallándose encargado de la “conducción” o “custodia” de un preso o detenido cometiera “uno de los delitos expresados en el artículo precedente” se aplicarán las “penas inmediatamente inferiores en grado” a las del funcionario público⁵.

En general, el delito de infidelidad en la custodia de presos es bastante inflexible y formalista. Encierra pocas sorpresas. Como parte de un ejemplo de sentencia prototípica del mismo encontramos una STS de 1894 que afirma que “según constante doctrina de la Sala de casación” así como a tenor de lo “establecido en el art. 273” del Código penal de 1870 se permite afirmar que la posición del TS resulta cristalina:

“el simple hecho de ‘autorizar’ el Director de la cárcel á salir de la prisión á un recinto, mandándole á tiendas para comprar ciertos objetos, constituye el delito de infidelidad en la custodia de presos, porque quebrantando aquel funcionario los deberes de su cargo dio con ello ocasión á la fuga de quien no podía salir en modo alguno del establecimiento donde estaba recluso, según previenen los reglamentos, á los cuales faltó el Jefe de la prisión de modo claro y evidente con la autorización concedida y que motivó la evasión del preso”⁶.

En resumidas cuentas, se corrobora que faltó a los “deberes de su cargo” que le “imponían los reglamentos”, cometiendo así el expresado delito⁷.

El CP 1928, sin embargo, presenta variaciones más sustanciales. Si bien, es cierto que se respeta la misma estructura de dos artículos: uno para el funcionario y otro para el particular⁸. Además, también se distinguen las penas en función de si el fugitivo está

¹ Art. 373 CP 1870.

² Art. 373.1º y art. 373.2º CP 1870.

³ Art. 373.1º CP 1870.

⁴ Art. 373.2º CP 1870.

⁵ Art. 374 CP 1870.

⁶ STS 515/1894, 06/06/1894 (Ponente: Victoriano Hernández).

⁷ STS 515/1894, 06/06/1894 (Ponente: Victoriano Hernández).

⁸ Art. 426 y art. 427 CP 1928.

“condenado por ejecutoria” o no⁹. No obstante, se añaden dos nuevos artículos que no existían: el art. 428 y el art. 429.

El art. 428 establece que cuando la “evasión” de los “detenidos, presos ó penados” se intente o ejecute con “violencia”, “fractura” o “falsedad”, en “algún documento” o con “simulación de alguna orden legítima”, las penas respectivamente señaladas en los artículos anteriores, contra los que los “auxilien” o “favorezcan” suministrando los “útiles” e “instrumentos” para realizarla, se impondrán en su “grado máximo”¹⁰.

El art. 429 individualiza el delito cuando éste haya sido cometido por los “encargados de la custodia y conducción” de los detenidos o presos, sometidos a medidas de seguridad en los “establecimientos especiales destinados a este fin”¹¹.

Finalmente, los CP 1932¹² y CP 1944¹³ presentan pequeñas modificaciones afectando tan solo a las penas impuestas y a los números del articulado. En lo esencial, son prácticamente idénticos a lo dispuesto en el CP 1870.

2. Consideraciones iniciales

2.1. Evolución histórica y breves apuntes

El delito de infidelidad en la custodia de presos (de ahora en adelante ICP) es muy antiguo. Hay registros sobre el mismo desde el inicio de los tiempos. Se trata de un delito de naturaleza eminentemente preventiva.

Si bien es un delito que encierra una escasa fundamentación teórica, el mismo ha experimentado una serie de cambios de entre los cuales destaca el nivel de rigor en su tratamiento. Antes del periodo codificador, aunque el legislador solía ser implacable con el tenor literal de las distintas normativas, los jueces gozaban de un mayor margen de maniobra para apreciar o rechazar el mismo. Fue el cambio operado desde la codificación penal en España el que instauró una modificación, no en el sistema legislativo, sino en el nivel de discrecionalidad que los jueces venían a otorgar -o denegar- en sus sentencias a aquellos sujetos activos perpetrando el ICP (alcaides, funcionarios de prisiones, personas privadas, etc.).

Las maneras de acreditar la categoría de funcionario público son variadas. En una STS de 1958, en uno de sus motivos de casación en el que se denuncia la infracción del número primero del artículo 362 CP 1944 se afirma que el procesado es el “Jefe de la

⁹ Art. 426.1º y art. 426.2º CP 1928.

¹⁰ Art. 428 CP 1928.

¹¹ Art. 429 CP 1928.

¹² Funcionario público con fugitivo condenado por ejecutoria: prisión menor; en su grado medio a prisión mayor, en su grado mínimo y con la de inhabilitación especial. Funcionario público con fugitivo condenado sin ejecutoria: pena de arresto mayor en su grado máximo, a prisión menor en su grado medio, y con la de inhabilitación especial. Particular encargado de la custodia o conducción: penas inmediatamente inferiores en grado a las señaladas al funcionario público.

¹³ Funcionario público con fugitivo condenado por ejecutoria: pena de prisión menor e inhabilitación especial. Funcionario público con fugitivo condenado sin ejecutoria: pena de arresto mayor e inhabilitación especial. Particular encargado de la custodia o conducción: penas inmediatamente inferiores en grado a las señaladas al funcionario público: pena de arresto mayor.

Guardia Municipal” y, además, es “encargado del Depósito Municipal”¹⁴. Queda de sobra acreditada su condición de “funcionario público” por tener a su cargo una “función pública” y estar hecho su “nombramiento” por la Autoridad o Corporación Municipal competente¹⁵. Por si fuera poco, otro de los indicios que lo acredita es el hecho de que para “depurar su actuación” en el caso de autos se hubo incoado un “expediente disciplinario” contra el mismo por orden de la Alcaldía¹⁶. Esto se realizó conforme al Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales¹⁷. De dicho expediente, se dedujo el “oportuno testimonio” con el que se inició el sumario que dio lugar a la presente causa, por lo que no hay duda alguna que se cumple con el “primer requisito del artículo 362 del Código Penal”¹⁸. Este último exige para cometer la “figura delictiva prevista” que el culpable sea “funcionario público” y que existiera “connivencia entre el recurrente y el arrestado”¹⁹. Lo último resulta incuestionable, porque desde el momento en que el encargado de la custodia del condenado “pone en libertad” a éste “antes de que hubiera cumplido el arresto” que se le impuso, y el arrestado “sale del establecimiento” y “se marcha” a su domicilio, conociendo perfectamente que “no había terminado de cumplir su pena”, se da, aunque fuera “tácitamente”, ese concierto de voluntades que la ley castiga²⁰.

En una STS de 1900 se analiza de la posibilidad de que la figura de “ayudante” incurra en la misma responsabilidad que un funcionario²¹. En la sentencia se describe cómo habiéndose el culpable hecho cargo, como “ayudante de la Cárcel”, de la “conducción” de un preso, y habiéndose éste fugado por “negligencia” de aquél, es evidente su “responsabilidad como autor” cuando menos de “imprudencia temeraria” en la “evasión del preso”, ya voluntariamente aceptase el “encargo” de conducirlo, ya tomara tal comisión por su “carácter oficial”²². Asimismo, el recurrente, ayudante de la cárcel celular, se hizo cargo “con un guardia civil” de la conducción del preso Pedro González Herrera, aun cuando por “propia voluntad”, acaso por su carácter oficial “se halla comprendido cuando menos en la disposición del art. 374 del Código penal”²³. Dicha disposición no distingue entre las causas del encargo por quien es infiel al recibo y aceptado, y por tanto, al declarársele “responsable de imprudencia” con relación a dicho artículo, “no contiene la sentencia el error de derecho en que se funda el recurso”, ni en las “infracciones legales” que en el mismo se invocan²⁴.

Afirmamos que se trata de un delito de naturaleza preventiva puesto que su existencia está orientada a evitar la fuga del preso, no tanto a castigar una conducta negligente e indeseable. De hecho, era bastante habitual que los alcaides de pequeñas localidades fueran muy permisivos con los presos de su confianza o con aquellos con los que tuvieran más trato. De hecho, el escasísimo número de sentencias examinadas a lo largo de casi doscientos años (aproximadamente un centenar) es representativo del escaso recorrido que la ICP tenía en los tribunales. A todo ello, había que sumar los casos no denunciados: aquellos en los que el preso volvió por su propio pie, en los que fue

¹⁴ STS 873/1958, 23/02/1958 (Ponente: Alejandro García Gómez).

¹⁵ STS 873/1958, 23/02/1958 (Ponente: Alejandro García Gómez).

¹⁶ STS 873/1958, 23/02/1958 (Ponente: Alejandro García Gómez).

¹⁷ STS 873/1958, 23/02/1958 (Ponente: Alejandro García Gómez).

¹⁸ STS 873/1958, 23/02/1958 (Ponente: Alejandro García Gómez).

¹⁹ STS 873/1958, 23/02/1958 (Ponente: Alejandro García Gómez).

²⁰ STS 873/1958, 23/02/1958 (Ponente: Alejandro García Gómez).

²¹ STS 149/1900, 10/02/1900 (Ponente: Juan de Aldana).

²² STS 149/1900, 10/02/1900 (Ponente: Juan de Aldana).

²³ STS 149/1900, 10/02/1900 (Ponente: Juan de Aldana).

²⁴ STS 149/1900, 10/02/1900 (Ponente: Juan de Aldana).

capturado por los hombres sirviendo al alcaide o en los que, sencillamente, hubo un malentendido (tardar más de lo permitido -ilegalmente- por el funcionario de prisiones). Es por ello que, fundamentalmente, el ICP va destinado a la intimidación de estos individuos laxos en sus deberes de custodia y a aplicar castigos ejemplificadores para que alcaides y demás responsables sean diligentes en el cumplimiento de su deber de guarda.

La acción típica de la ICP consiste en que un funcionario público resulta “culpable de connivencia” en la “evasión de un preso” cuya “conducción” o “custodia” le estaba confiada²⁵. Esto plantea numerosos interrogantes que deben ser tenidos en cuenta. El más habitual de ellos es la posible inexistencia de connivencia, cuestión que no siempre se da en el caso y que pone en tela de juicio la calificación del mismo. Ello conduce a posibles interpretaciones alternativas que, en algunos casos, se utilizan en los recursos para denunciar una atipicidad del comportamiento de los procesados (atipicidad más figurada que real). Asimismo, existen problemas de delimitación con la evasión, una cuestión que el TS se encarga de perfilar en múltiples casos.

En otro orden de cosas, encontramos la paradoja principal de la ICP: la llamada obediencia delictiva²⁶. Se trataba de una cuestión histórica, pero que se había afrontado con mayor intensidad durante las dos guerras mundiales -especialmente en la primera-. A la hora de enjuiciar a criminales, la obediencia había constituido durante mucho tiempo una vía de escape para la delimitación de responsabilidades²⁷. Como bien recuerda Vives Antón:

“La obediencia debida sirve para prestar en todo evento una coartada al funcionario que cumplimenta la orden ilegal y, en definitiva, para promover que las órdenes (todas las órdenes, ilegales o no) sean cumplidas”²⁸.

Sin ir más lejos, los juicios de Núremberg supusieron buena prueba de ello²⁹. De hecho, tras las lecciones aprendidas en la Segunda Guerra Mundial, queda totalmente descartada la irresponsabilidad legal de aquel ejecutando una orden de este tipo amparada únicamente en la costumbre como “fuente directa”³⁰. Confirma la existencia de la obediencia delictiva en una orden manifiestamente ilegal. Ello nos llevaría a considerar que dicha pena llevaría aparejada la “punición de ambos” o la “exoneración de responsabilidad”³¹.

De igual manera, lo lógico sería pensar que los delitos de infidelidad en la custodia de presos y en la custodia de documentos fueran de la mano, pero la única sentencia que he encontrado donde se mencione a ambos delitos en la misma es una de 1898³². En ella se declaraba como probado que, tras formar el sumario en el Juzgado de instrucción del

²⁵ Delito del art. 133 CP 1870.

²⁶ Quintano Ripollés, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1995, p. 180.

²⁷ Zúñiga Rodríguez, L., “La obediencia debida y el nuevo Código Penal: consideraciones dogmáticas y político-criminales”, *Derecho PUCP* 46 (1992), pp. 193-219, p. 194.

²⁸ Vives Antón, T., “Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida”, *Estudios Penales y Criminológicos* 5 (1981), p. 139.

²⁹ López Soria, Y., “Los juicios de Núremberg. Análisis de su enfoque a la culpabilidad”, *Revista Universidad y Sociedad* 13-2 (2021), pp. 517-527, p. 522.

³⁰ Del Rosal Fernández, J., “Del sentido realista de la interpretación penal: en base a la infidelidad en la custodia de presos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 15 (1962), pp. 83-85.

³¹ *Ibid.*

³² STS 625/1898, 15/12/1898 (Ponente: Mateo de Alcocer).

distrito de San Vicente, se procesó a los dos acusados por los delitos de infidelidad en la custodia de “documentos” y de “presos”³³.

El delito de ICP está profundamente relacionado con el delito correspondiente al reo que escapa: quebrantamiento de condena.

El CP 1944 prevé el delito de quebrantamiento de condena en sus arts. 334, 335 y 336³⁴. Ocurría lo mismo respecto al CP 1932³⁵, el cual seguía la misma estructura. La conducta principal que se contempla es la de aquellos sentenciados o presos que quebrantasen su “condena, prisión, conducción ó custodia”³⁶. Se prevé que dicha acción pueda cometerse con violencia, intimidación en las personas, fuerza en las cosas o concierto con otros presos o dependientes de prisión. Además, se prevé la tercera posibilidad a través de la cual aquellos que extrajeran de la cárcel a alguna persona recluida en ellos o le proporcionen evasión fueren asimismo castigados. Como se puede intuir, será esta última posibilidad la que ocasione problemas respecto a posibles confusiones entre la ICP y el quebrantamiento de condena en su modalidad tanto de preso huido como de superior facilitando la evasión.

El CP 1928 recogía esos delitos hermanos en dos capítulos distintos, ambos dentro del Título VI “Delitos contra la Administración de Justicia”. El primero se centraba en la conducta de aquel que “extrajere” de los locales de detención o de las prisiones preventivas a un “detenido”, “preso” o “condenado a pena de privación de libertad”, o de “medidas de seguridad” o le “proporcionare la evasión”, o incluso los que “coadyuvaren” a la evasión “fuera de los lugares mencionados” sorprendiendo a los encargados de conducirlos³⁷. El segundo se orienta en concreto al propio detenido o preso que se “evadiera” de la prisión o lugar de detención³⁸. Asimismo, si acudimos al original (el CP 1870) se observa que está incluido dentro del capítulo destinado a los desórdenes públicos³⁹, puesto que se incluye en el título de los delitos contra el orden público⁴⁰.

Resulta relevante destacar lo instrumental de este tipo de delitos, los cuales se actualizan al amparo de las circunstancias materiales y de los avances tecnológicos. Precisamente en el CP 1995, el que rige hoy, la ICP se incluye dentro del capítulo del quebrantamiento de condena⁴¹. Pues bien, gracias a la LO 1/2015⁴², se añade el apartado número 3 en el art. 468. Este último condena a aquellos 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”⁴³.

³³ STS 625/1898, 15/12/1898 (Ponente: Mateo de Alcocer).

³⁴ En concreto, corresponde al Capítulo III “Del quebrantamiento de condena y de la evasión de presos” del Título IV “De los delitos contra la Administración de Justicia”.

³⁵ Artículos 341, 342 y 343 dentro del Título V “Delitos contra la Administración de Justicia” en el Capítulo III “Quebrantamiento de condena y favorecimiento de la evasión”.

³⁶ Art. 334 CP 1944.

³⁷ Arts. 494, 495, 496 y 497, Capítulo I “De la evasión de presos y condenados” CP 1928.

³⁸ Arts. 499-512, Capítulo III “Del quebrantamiento de condena” CP 1928.

³⁹ Art. 274, Capítulo VI “Desórdenes públicos” CP 1870.

⁴⁰ Título III “Delitos contra el orden público” CP 1870.

⁴¹ Que era el Capítulo II, Título VII del derogado CP 1973.

⁴² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴³ Art. 468.3 CP 1995.

Finalmente, el delito de ICP destaca por la escasa disponibilidad de medios materiales para poder cumplir con lo dispuesto en los distintos Códigos penales y reglamentos, y para hacer frente a las sentencias y órdenes de los tribunales y de la Administración penitenciaria. En una STS de 1887 se describe cómo el sujeto fue colocado para “pernoctar” en el “Mesón de Pedro Aspe”, dado que en el pueblo de Mollés “no existía local alguno destinado á cárcel”⁴⁴. Una de las excusas más conocidas en estos locales es la que se observa en la sentencia: so pretexto de “ir al excusado”⁴⁵.

No obstante, dicha realidad nunca se quiso que fuera una excusa. Sin ir más lejos, en los territorios de ultramar ya se reconocían dichas deficiencias y, sin embargo, el Código debía continuar siendo aplicado, revelando la discrecionalidad de los jueces cuando en algunos casos se produjeran irregularidades de iure, pero no de facto:

“[...] si la carencia de establecimientos penales en la Península no fue obstáculo para que se plantease en ella el Código penal de 1848, esta misma falta en Filipinas no debe ser motivo para que se prive a aquellas islas de las ventajas de dicho Código, que es considerado como un monumento respetable de la ciencia penal, y cuyos beneficios han sido reclamados por Autoridades y personas competentes como necesario para el estado social de aquel país, debiendo ser por el contrario la aplicación de la nueva penalidad un estímulo constante para el mejoramiento de las cárceles y presidios y para la construcción de nuevos establecimientos adecuados y propios de un buen sistema penitenciario a la altura de los progresos de la época [...]”⁴⁶.

Naturalmente, dichas deficiencias en los medios materiales para lidiar contra el delito de ICP eran observables también en la península. En una STS de 1889, en la cárcel del partido de Cuéllar, de la que estaba encargado como alcaide el procesado Eugenio Pérez Suárez, se hallaba preso provisionalmente y procesado por el delito de “disparo de arma de fuego” el tendero ambulante Miguel Esteban Suárez, al cual “dejaba salir” del establecimiento Eugenio Pérez por “no tener dependiente alguno” a sus órdenes para “efectuar los recados” de los demás presos⁴⁷. Es por ello que no puso “en conocimiento del Juzgado, ni de otra Autoridad competente”, ni recibió “autorización expresa” para ello respecto del nombramiento de “demandero” a favor de Miguel Esteban, sino que lo verificó “por creerlo” sin más investigaciones en vista de la “costumbre que existía en la localidad”⁴⁸. Así pues, habiendo salido dicho preso en la tarde del 30 de noviembre de 1888, sobre las cuatro y media para “ejecutar varios encargos”, éste no regresó a dicha cárcel y nunca más volvería a ser capturado⁴⁹.

2.2. Especificidades

El delito de ICP es ya una preocupación de estricto cumplimiento antes del mismo CP 1870. De hecho, ya se halla consignado en la Real Orden de 26 de noviembre de

⁴⁴ STS 207/1887, 15/12/1887 (Ponente: Mateo de Alcocer).

⁴⁵ STS 207/1887, 15/12/1887 (Ponente: Mateo de Alcocer).

⁴⁶ STS 207/1887, 15/12/1887 (Ponente: Mateo de Alcocer).

⁴⁷ STS 782/1889, 25/06/1889 (Ponente: Emilio Bravo).

⁴⁸ STS 782/1889, 25/06/1889 (Ponente: Emilio Bravo).

⁴⁹ STS 782/1889, 25/06/1889 (Ponente: Emilio Bravo).

1852⁵⁰. En ella se indicaba que “ningún penado” podía salir del presidio en que se hallare extinguiendo condena, con la única excepción de los “actos del servicio”⁵¹. No obstante, dicha excepción llevaba aparejada la obligación de ir acompañado de un “cabo de vara” y un “capataz” con los “hierros correspondientes”⁵². La figura del cabo de vara se remonta al siglo XIX y consistía en la figura de un presidiario común que se encargaba del mantenimiento de la disciplina entre el resto de los presidiarios del establecimiento penitenciario⁵³. Éste amenazaba a los reclusos con una vara y aplicaba la violencia, métodos de tortura y malos tratos a aquellas personas disidentes⁵⁴. Siempre hubo un nutrido grupo de voces críticas que se oponían, como un signo de progreso y humanización, a dichas prácticas⁵⁵. Sin embargo, la actuación de dichos individuos en las cárceles españolas era tan habitual como documentado:

“En la primera década del siglo XX ya no eran infrecuentes las noticias de prensa que hablaban de malos tratos policiales y carcelarios, denuncias que protagonizaban guardias civiles, carabineros u otras fuerzas de seguridad que propinaban palizas a huelguistas detenidos e interrogados o a paisanos retenidos ilegalmente; y funcionarios de prisiones que, sirviéndose a veces de sus temibles presos de confianza, los llamados ‘cabos de vara’, maltrataban de manera activa o pasiva a presos preventivos y penados”⁵⁶.

Con posterioridad, la Real Orden de 6 de mayo de 1860 prohibía “salida” los penados del cuartel para ningún “servicio” por “urgente” que fuera⁵⁷. Además, se destacaba la idea de que si el procesado (ayudante de prisiones) tenía en calidad de ordenanza a un “presidiario á quien enviaba á la calle á recados”, a pesar de tenerle encargado el Comandante que “no permitiese la salida de ningún preso”, y una de las veces en que salió se fugó, prevalidose de esa “libertad ilegal”, debía ser igualmente castigado⁵⁸. No obstante, no medió “malicia” de parte de dicho ayudante al “acordar” o “disponer” la salida a la calle⁵⁹. Es de todo punto infundada la alegación que en favor de dicho procesado se hace de las circunstancias de sus honrosos antecedentes y de su falta de intención en concepto de atenuantes, puesto que esta última es inherente al mismo delito y se ha tomado ya en cuenta para calificarle de imprudencia:

“si bien no aparece que mediara malicia de parte del procesado recurrente al acordar ó disponer la salida á la calle y solo de dicho confinado, que evidentemente dio ocasión á la fuga ó evasión del mismo, es indudable que el hecho de haber dispuesto y autorizado esa salida, que debiera haber prohibido é impedido,

⁵⁰ Pantoja, J. M., *Repertorio de Jurisprudencia criminal española, o compilación completa, metódica y ordenada por orden alfabético de las diversas reglas de jurisprudencia sentadas por el Tribunal Supremo en la decisión de los recursos de casación y competencias en materia criminal desde las instalaciones de sus Salas segunda y tercera en 1870*, Madrid: Imprenta de la Revista y Legislación, 1881, pp. 252-253.

⁵¹ Pantoja, J. M., *Repertorio de Jurisprudencia criminal española*, 1881, p. 252.

⁵² Oliver Olmo, P.; Gargallo Vaamonde, L., “Tortura gubernativa y Estado liberal”, Oliver Olmo, Pedro (ed.), *La tortura en la España contemporánea*, Madrid: Los Libros de la Catarata, 2020, pp. 23-84.

⁵³ Salvador, T., *Cabo de Vara*, Madrid: Alcaná Libros, 1970.

⁵⁴ En 1885 se produjo una reforma a través de la cual quedaron legalmente sustituidos por la figura del celador.

⁵⁵ Ello estaba muy mal visto y ya tenemos las primeras muestras de condena en documentos tan antiguos como *Las Siete Partidas*.

⁵⁶ Oliver Olmo, P., (coord.), *La tortura en la España contemporánea*, Madrid: Los Libros de la Catarata, 2020, p. 32.

⁵⁷ STS 608/1879, 10/03/1879 (Ponente: Diego Fernández Cano).

⁵⁸ STS 608/1879, 10/03/1879 (Ponente: Diego Fernández Cano).

⁵⁹ STS 608/1879, 10/03/1879 (Ponente: Diego Fernández Cano).

constituye el delito de simple imprudencia, con infracción de las citas, disposiciones legales y de la orden del Comandante, que estaba obligado á cumplir y obedecer”⁶⁰.

Además, en otras sentencias similares, se confirma el tipo del delito modelo que contiene los elementos básicos del tipo, a saber, el “funcionario público” culpable de “connivencia” en la evasión de los mismos, cuya “conducción” o “custodia” le estuviere confiada, así como la correspondiente pena dependiendo de si el fugitivo “se hallare condenado por ejecutoria” o si “no se le hubiere condenado por ejecutoria”⁶¹.

Asociado al mismo, se destaca el art. 581, párrafo segundo, CP 1870 según el cual aquel que “con infracción de los reglamentos” cometiere un delito por “simple imprudencia ó negligencia” se le impondrá la pena de arresto mayor en sus “grados medio y máximo”⁶².

Por lo tanto, si los hechos declarados probados en la sentencia recurrida justifican que el procesado alcaide de una cárcel “autorizó indebidamente” la “salida” de la misma a un preso dando así “ocasión a la fuga del mismo” es evidente que cometió el delito de infidelidad en custodia de presos por simple imprudencia con infracción de los reglamentos⁶³. Es importante señalar que en todas las sentencias que siguen el patrón de las dos anteriores siempre se llega a la misma conclusión: en ningún caso infringen los artículos 373 y 581 del Código, inaplicables al caso presente porque no se trata de una omisión producida por causa legítima e insuperable sino de una infracción de reglamentos⁶⁴. Asimismo, tampoco se podrá hablar de “error de derecho” señalado por los números primero y tercero del artículo 798 de la Ley de Enjuiciamiento criminal⁶⁵.

Es interesante destacar las dos principales posibilidades que se dan en la mayoría de las sentencias. Se puede dar un delito calificado por el art. 373, según el cual el funcionario público culpable de connivencia en la evacuación de un preso cuya custodia le estuviere confiada será castigado con la pena inferior en grado a la señalada por la ley, o bien, el delito por el cual se hallare procesado el fugitivo si no se le hubiere condenado por ejecutoria⁶⁶. Asimismo, si la connivencia de la evasión se verificare con imprudencia temeraria debe imponerse la pena correspondiente que determine el artículo 581 según la gravedad del delito⁶⁷.

En otro orden de cosas, para que tenga aplicación el art. 373 del Código penal es indispensable que el preso “huya” y se constituya en “fugitivo”, recobrando la libertad de que le priva la “prisión que sufra” o la “pena que se le haya impuesto”⁶⁸. Si ni “huyeron” los penados ni “recobraron su libertad”, toda vez que cuando salían de la cárcel para trabajar iban custodiados por un agente de la Autoridad, es evidente que “no quebrantaron sus condenas”⁶⁹. En una STS de 1882 se aborda la cuestión en torno a la ICP sobre si se

⁶⁰ STS 608/1879, 10/03/1879 (Ponente: Diego Fernández Cano).

⁶¹ STS 230/1879, 14/11/1879 (Ponente: Pedro Sánchez Mora).

⁶² STS 230/1879, 14/11/1879 (Ponente: Pedro Sánchez Mora).

⁶³ Pantoja, *Repertorio de Jurisprudencia criminal española*, 1881, p. 252.

⁶⁴ Pantoja, *Repertorio de Jurisprudencia criminal española*, 1881, p. 253.

⁶⁵ Pantoja, *Repertorio de Jurisprudencia criminal española*, 1881, p. 253.

⁶⁶ STS 649/1881, 23/03/1881 (Ponente: José Muñiz Alaiz).

⁶⁷ STS 649/1881, 23/03/1881 (Ponente: José Muñiz Alaiz).

⁶⁸ Pantoja, *Repertorio de Jurisprudencia criminal española*, 1881, p. 287.

⁶⁹ STS 932/1882, 04/04/1882 (Ponente: Manuel León y Romero).

produce de alguna manera quebrantamiento de condena cuando “salen de la cárcel” los presos para “trabajar”, yendo “custodiados” por un “agente de la Autoridad”⁷⁰. Ante el auto que dictó la Sala de lo criminal de la Audiencia de Granada el Ministerio Fiscal interpuso un recurso de casación que no fue estimado por “contravenir el principio interpretativo” del TS⁷¹.

Lo cierto es que tradicionalmente, tanto la “doctrina” como la “jurisprudencia”, han excluido a la figura del detenido de ser calificado como posibles “sujetos activos” de los delitos de “autoquebrantamiento” que el Código penal recogía en su articulado, de manera que únicamente los presos y los condenados, en sentido estricto⁷², pudiesen incurrir en la “conducta penada” en el citado precepto⁷³.

En una STS de 1977 se resuelve una casación interpuesta por infracción de la ley sustantiva, desestimando el recurso contra la sentencia de la Audiencia de Alicante. La misma sienta doctrina relevante en lo tocante a la materia del antiguo ICP sobre la evasión y atentado a la autoridad. Si bien es cierto que dichas ocasiones se cuentan con los dedos de una mano, el TS establece que si concurren “varias modalidades agravatorias” del artículo 335 del Código penal, a saber “violencia” o “intimidación” en las personas, “fuerza en las cosas” o “acuerdo con las personas que se citan”, resulta obvio que una de tales circunstancias servirá para calificar la “evasión” y si alguna de las restantes constituye a su vez “otro delito” (como el del “atentado por agresión a las personas encargadas de la custodia”, si las mismas son “agentes de la autoridad”), evidentemente que la “autonomía” con que operan cada una de las cualificativas será de sustento al “concurso de infracciones”⁷⁴. Y ello es así precisamente en su “especie instrumental o teleológica”, por ser el delito de atentado un “medio necesario” para cometer el de “quebrantamiento de condena”, pero sin que esta necesidad arguya en pro de una “consunción del primero de dichos delitos en el segundo”⁷⁵.

En múltiples sentencias se aborda la cuestión del quebrantamiento de condena. Uno de los ejemplos más representativos es una STS de 1974⁷⁶. Aunque se habla de la custodia de presos, el delito central que se tiene en cuenta en este caso es el de “quebrantamiento de condena”⁷⁷. La figura principal del quebrantamiento de condena consiste en que los sentenciados o presos que quiebren su condena de “prisión”, “conducción” o “custodia” serán castigados con la pena de “arresto mayor”⁷⁸. Sin embargo, en el caso concreto dicho delito ha tenido lugar con “violencia” o “intimidación” en las personas⁷⁹. Asimismo, los que extraen de las cárceles o de los establecimientos penales a “alguna persona” reclusa en ellos o le “proporcionan” la “evasión” serán castigados con la pena de prisión menor si emplearan al efecto “violencia”, “intimidación” o “soborno” y con la pena de arresto mayor si se valen de

⁷⁰ STS 836/1882, 17/04/1882 (Ponente: Rafael Alcaraz y Ramos).

⁷¹ STS 836/1882, 17/04/1882 (Ponente: Rafael Alcaraz y Ramos).

⁷² Consultas 26/1899 y 3/1945, de 15 de febrero de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

⁷³ Fiscalía General del Estado, Consulta N.º 3/1998, de 3 de abril, sobre la detención y delitos de quebrantamiento de condena, Apartado I.

⁷⁴ STS 630/1977, 27/05/1977 (Ponente: Fernando Díaz Palos).

⁷⁵ STS 630/1977, 27/05/1977 (Ponente: Fernando Díaz Palos).

⁷⁶ STS 408/1974, 20/12/1974 (Ponente: José Hijas Palacios).

⁷⁷ STS 408/1974, 20/12/1974 (Ponente: José Hijas Palacios).

⁷⁸ STS 408/1974, 20/12/1974 (Ponente: José Hijas Palacios).

⁷⁹ STS 408/1974, 20/12/1974 (Ponente: José Hijas Palacios).

otros medios⁸⁰. El hecho central de la misma consistió en que los condenados obligaron a “cuatro presos” que prestaban servicios en la cocina del centro penitenciario a “entrar en una dependencia inmediata a la cocina”⁸¹. Allí donde fueron “maniatados”, permaneciendo en esta situación, bajo vigilancia, durante algo más de media hora, tras lo cual fueron encerrados en “una celda”⁸². Según el tribunal, aquel “compelimiento” realizado sobre ellos integra la “violencia e intimidación” en las personas que agrava la figura del quebrantamiento de condena, entrando en juego la disposición del artículo 335, que así debió absorber a los graves y a los leves compelimientos de los artículos 496 y 585.5 del Código penal, “no integrantes de figura penal distinta”⁸³. La tesis de la sentencia de que el ataque a la libertad personal de los tres funcionarios de prisiones y del capellán de la prisión quedó en la intención de éstos en un plano secundario: fueron encerrados en una celda por los amotinados, donde se les mantuvo vigilados, privándoles de movimiento y con “amenazas de muerte” durante quince horas⁸⁴. Ésta cedía ante el motivo del recurso, pues se reunieron todos los elementos del tipo. Además, la “privación absoluta de libertad” se produjo en el tiempo expresado, durante el cual estuvieron privadas personas absolutamente libres de toda facultad deambulatoria, con lo que se consumó “no un delito de coacciones absorbido en la figura agravada del artículo 335 del Código Penal”, sino “cuatro delitos” de “detención ilegal”, con sustantividad propia e independiente del quebrantamiento de condena⁸⁵. A diferencia de lo anteriormente expuesto, no puede extenderse tal tesis a los actos de privación de libertad de movimiento de los cuatro reclusos que fueron encerrados por los amotinados, ya que tal conducta no puede configurarse como “integradora del delito de detenciones ilegales”: éste supone un ataque a la “libertad humana” de la que estaban privados los presos, y por ello no puede haber “encierro” respecto del que está encerrado, ni “detención” sobre el que está detenido o preso, ni “privación de libertad” de los que carecían de ella⁸⁶.

Asimismo, es cierto que antaño no se consideraba el quebrantamiento en aquellas medidas cautelares. Dicha cuestión sí tiene lugar hoy en el Código penal vigente: se traduce en la inclusión expresa del “quebrantamiento de medidas cautelares” junto a las tradicionales condena, prisión, conducción o custodia⁸⁷. Sin embargo, la Fiscalía destaca la necesidad de “corregir dicho aspecto” por lo que formalmente su quebrantamiento, *prima facie*, encajaría en el nuevo tipo penal, rompiéndose así con la “tradicción”⁸⁸. Además, una de las principales cuestiones sobre la estrecha relación de la ICP y del quebrantamiento de condena es su ubicación puesto que anteriormente la tipificación se repartía en dos títulos diferentes.

Respecto a este cumplimiento de resoluciones judiciales penales, la Fiscalía española ya se pronunció de manera tajante:

“Muy diversa había de ser la exégesis de los delitos de infidelidad en la custodia de presos, sistematizados junto a los delitos cometidos por los funcionarios

⁸⁰ STS 408/1974, 20/12/1974 (Ponente: José Hijas Palacios).

⁸¹ STS 408/1974, 20/12/1974 (Ponente: José Hijas Palacios).

⁸² STS 408/1974, 20/12/1974 (Ponente: José Hijas Palacios).

⁸³ STS 408/1974, 20/12/1974 (Ponente: José Hijas Palacios).

⁸⁴ STS 408/1974, 20/12/1974 (Ponente: José Hijas Palacios).

⁸⁵ STS 408/1974, 20/12/1974 (Ponente: José Hijas Palacios).

⁸⁶ STS 408/1974, 20/12/1974 (Ponente: José Hijas Palacios).

⁸⁷ Art. 468 CP 1995.

⁸⁸ Fiscalía General del Estado, Consulta N.º 3/1998, de 3 de abril, sobre la detención y delitos de quebrantamiento de condena, Apartado I.

públicos, en los que, pese a la rúbrica del capítulo, se recogía expresamente la situación de detención al castigarse al funcionario público ‘culpable de connivencia en la evasión de un sentenciado, preso o detenido’ (art. 362)⁸⁹.

Un problema habitual en el delito de ICP -y, en general, en una gran parte de delitos- era la correcta delimitación de la jurisdicción competente. En un ATS de 1899 se decidía si correspondía a la “jurisdicción ordinaria” o a la “jurisdicción de Guerra” el conocimiento del delito de ICP⁹⁰. Se discutía lo relativo a la conducta de la Guardia Civil en la conducción de los presos en la competencia sostenida entre el “Capitán General de Castilla la Nueva y Extremadura” y el “Juez de instrucción de Badajoz”⁹¹.

En el presente caso se señaló que según la regla 2.a del art. 16 del Código de Justicia Militar, la jurisdicción ordinaria era competente para conocer de las causas instruidas contra “dos o más personas”, aunque se hallen sujetas a “distinto fuero”, a no tratarse de delitos reservados especialmente a “jurisdicción determinada”⁹². En este sentido, una vez fueron entregados por la Guardia civil los presos al Alcalde, “no se hallaba aquélla encargada de su custodia” al registrarse la evasión, y, por tanto, “no son de aplicación al caso” el contenido del “Código de Justicia militar”⁹³. Apareciendo indicado que un individuo de la Guardia Civil indujo al alguacil a que “extrajera los presos de la cárcel” puede ser responsable del delito común de infidelidad y que, por venir comprendidos en el proceso “individuos no aforados”, debe ser de la competencia de la “jurisdicción ordinaria”⁹⁴. Ahora bien, independientemente de ese delito común, pueden apreciarse hechos relacionados con el proceder de la Guardia Civil en la “conducción” y “estancia” de los presos en el pueblo de donde se fugaron, cuyos hechos afectan al cumplimiento de “deberes militares”, de lo cual ha de conocer la “jurisdicción de Guerra”⁹⁵.

Otro aspecto interesante que resaltar es el problema de la redacción en los distintos articulados de los distintos Códigos penales. En el art. 274 CP 1870 se describe la acción típica como “extraer de las cárceles ó de los establecimientos penales” a alguna “persona detenida” en ellos, o bien, proporcionarles la “evasión”⁹⁶. El problema en este caso es que se estaba omitiendo una referencia expresa a los detenidos, cosa que no ocurría con el CP 1932⁹⁷.

El tipo delictivo del ICP, que se encuadra en los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, es cometido por el funcionario público culpable de connivencia en la evasión de un sentenciado, preso o detenido, cuya conducción o custodia le estuviere confiada. Si bien, hay variaciones aceptables, como la de aquel “capataz de puertas” de un establecimiento penitenciario que “autoriza indebidamente”

⁸⁹ Fiscalía General del Estado, Consulta N.º 3/1998, de 3 de abril, sobre la detención y delitos de quebrantamiento de condena, Apartado II.

⁹⁰ ATS 42/1899, 11/12/1899 (Ponente: José María Barnuevo).

⁹¹ ATS 42/1899, 11/12/1899 (Ponente: José María Barnuevo).

⁹² Art. 16.2ª Código de Justicia Militar: “Si por delito no reservado especialmente á jurisdicción determinada se instruyese causa contra dos ó más personas sujetas á distinto fuero, y surgieren dudas para determinar la competencia, se observarán las reglas siguientes: La jurisdicción ordinaria conocerá de la causa contra todos los culpables, cuando el delito sea común y se haya cometido en territorio no declarado en estado de guerra”.

⁹³ ATS 42/1899, 11/12/1899 (Ponente: José María Barnuevo).

⁹⁴ ATS 42/1899, 11/12/1899 (Ponente: José María Barnuevo).

⁹⁵ ATS 42/1899, 11/12/1899 (Ponente: José María Barnuevo).

⁹⁶ Art. 274 CP 1870.

⁹⁷ Art. 343 CP 1932.

la salida de un penado⁹⁸. Se considera que oficialmente ejecuta un acto que se halla comprendido en la sanción del art. 581 del CP 1870 o del art. 373 del mismo⁹⁹. Una de las lógicas consecuencias de ello era la impunidad del autoquebrantamiento de la detención y el castigo de cualquier intervención de terceros en la evasión del detenido. Si bien la cuestión era meridianamente clara cuando lo realizaba un funcionario encargado de su custodia, la cuestión se tornaba más complicada cuando el sujeto activo fuera un particular que no hubiera recibido el encargo concreto.

Las penas previstas son las de prisión menor e inhabilitación especial en el caso de que el fugitivo se hallare condenado por ejecutoria con alguna pena; en los demás casos, el funcionario público culpable será castigado con arresto mayor e inhabilitación especial. Asimismo, el particular que, hallándose encargado de la conducción o custodia de un preso o detenido, cometiere alguno de los referidos delitos, incurrirá en arresto mayor.

Una de las principales críticas que le podemos realizar a este delito es su falta de arraigo cultural y/o filosófico suficiente en tanto que no consigue pasar de un simple tecnicismo jurídico. Con ello se consigue demostrar la inoperancia del positivismo jurídico estricto como fundamento del Derecho. Es notable que una fundamentación del Derecho abiertamente metajurídica falla en este delito.

Al final, en una gran parte de los casos que se llevan ante los tribunales se puede observar que la costumbre y los principios generales extendidos en la idiosincrasia de un pueblo acaban imponiéndose en la práctica. Este hummus cultural suele ser la manera en la que se lleva a cabo la justicia toda vez que el Derecho estrictamente positivo es injusto o demasiado débil para acabar imponiéndose a un *modus operandi* que puede llegar a considerarse excesivamente tecnicista. Este “saber hacer” metajurídico reviste especial gravedad o arraigo en las comunidades alejadas de las grandes ciudades¹⁰⁰. Respecto a la tipicidad, en ocasiones bautizada en el ICP como una “noción dogmática” o poseedora de una eminente “naturaleza formal”, se aprecia una tendencia a formular tipos con ambigüedad e imprecisión¹⁰¹. Asimismo, la punibilidad adquiere un acusado “carácter cultural” y suele ir asociada a una situación dada muy específica¹⁰².

En última instancia, la propia naturaleza del delito lleva a no considerar la exención de responsabilidad bajo ningún concepto. Algunos autores creen que es debido a cuestiones como la “obediencia a la ley nacional” o la “estructura jerárquica”, entre otras; si bien ambas no son más que ramificaciones de un positivismo jurídico con su consecuente debilidad a la hora de justificar su grado de “legitimidad”¹⁰³. En este sentido, el delito de ICP únicamente prevé una disminución de la pena si el tribunal lo considera “justo”¹⁰⁴. Aquí es donde, a mi parecer, se puede observar la existencia de cierta

⁹⁸ STS 978/1887, 24/05/1887 (Ponente: Diego de Montero Espinosa).

⁹⁹ STS 978/1887, 24/05/1887 (Ponente: Diego de Montero Espinosa).

¹⁰⁰ Pérez-Vitoria, Octavio, “Reseña de ‘Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal’ de Antonio Quintano Ripollés”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 9-3 (1956), pp. 353-357, p. 536.

¹⁰¹ Pérez-Vitoria, “Reseña de ‘Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal’ de Antonio Quintano Ripollés”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 9-3 (1956), pp. 353-357, p. 536.

¹⁰² *Ibid.*, p. 537

¹⁰³ *Ibid.*, p. 537.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 537.

discrecionalidad en lo que a los órganos jurisdiccionales respecta: la única en un delito gris que no encierra ningún misterio ontológico ni de justicia material.

A menudo, los delitos de ICP van acompañados de un delito de quebrantamiento de condena. Sin embargo, tan solo he observado esto en una STS de 1888 en la que se mencionan ambos delitos¹⁰⁵. El quebrantamiento de condena del art. 129 CP 1870 recaería sobre los “presos fugados”, mientras el que la infidelidad en la custodia de presos recaería sobre la “autoridad en concreto”¹⁰⁶. Uno de los procesados fue puesto a disposición de los alcaides de la villa de Valmaseda. En concreto Mariano Arocena Urquijo y Saturnino Santibáñez y los Heras permitieron “salir de dicha cárcel” al referido procesado Nicomedes Revuelta, el cual estuvo “trabajando” y ganando el “jornal de 9 reales” en los días 13, 14, 17 y 18 del mes de mayo del año antes indicado, en el “derribo” de una casa en la plaza denominada Los Toros¹⁰⁷. Únicamente pasaba “las noches” en la cárcel mencionada¹⁰⁸.

Por ello, en la presente sentencia se deduce que los “hechos probados” constituyen dos delitos: uno de “quebrantamiento de condena” previsto y penado en el párrafo primero y regla 3.ª del art. 123 del Código penal y otro de infidelidad en la custodia de presos, previsto y penado con arreglo a lo dispuesto en el “núm. 1.º del art. 373”¹⁰⁹.

En cualquier caso, el TS acabó confirmando la sentencia de la Audiencia de lo Criminal anterior. Estimó que el “funcionario público” incurre en dicho delito cuando es “connivente en la fuga de un preso cuya conducción ó custodia le hubiese sido confiada” y también cuando su consentimiento es “causa” de que un penado “salga indebidamente del establecimiento en que cumple la condena”, porque de esta manera “desnaturaliza” o hace “ilusoria” la corrección impuesta, según tiene declarado “con repetición” dicha sala¹¹⁰. Concluye que todo ello ocurrió “al ponerse de acuerdo el Alcalde [...] á cuya disposición se hallaba el sentenciado [...] para extinguir una pena impuesta por sentencia firme, con el Alcaide de la cárcel en que se había de cumplir”, para que dicho penado saliese del establecimiento, por más que “sólo fuera durante el día” y para “ganar un jornal”¹¹¹. Así las cosas, estimó que ambos eran “funcionarios públicos”, encargados de la “custodia” el uno y de la policía de inspección y seguridad como “Autoridad gubernativa” el otro¹¹². Ambos “voluntariamente” contribuyeron a la salida del penado del establecimiento en que debía permanecer “por todo el tiempo de la condena”¹¹³.

En una STS de 1890¹¹⁴, en la que se rechaza el recurso de casación de Isidoro Martínez Remacha contra la pronunciada por la Audiencia de lo Criminal de Soria, se establece en un único considerando que la “evasión de un preso” a la cual se refiere el art. 373 CP 1870 significa, según “constante jurisprudencia”, un “quebrantamiento real y

¹⁰⁵ STS 782/1888, 20/06/1888 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

¹⁰⁶ STS 782/1888, 20/06/1888 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

¹⁰⁷ STS 782/1888, 20/06/1888 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

¹⁰⁸ STS 782/1888, 20/06/1888 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

¹⁰⁹ STS 782/1888, 20/06/1888 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

¹¹⁰ STS 782/1888, 20/06/1888 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

¹¹¹ STS 782/1888, 20/06/1888 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

¹¹² STS 782/1888, 20/06/1888 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

¹¹³ STS 782/1888, 20/06/1888 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

¹¹⁴ STS 534/1890, 13/12/1890 (Ponente: Mateo de Alcocer).

efectivo” de la condena, aun cuando el penado “no se haya fugado” o se haya “propuesto fugarse definitivamente” del establecimiento donde se halle cumpliéndola¹¹⁵.

3. ICP, ¿doloso o involuntario? La connivencia

Tras el análisis de un gran número de sentencias hemos llegado a la conclusión de la importancia que tiene el papel de la involuntariedad en la ICP. De esta cohorte, extraemos una sentencia “modelo” para analizar dicha cuestión. Una STS de 1871 arroja ya algo de luz sobre dicha cuestión¹¹⁶. Es una sentencia de valor más bien anecdótico. No trata directamente el delito de ICP, pero sí deja intuir algunas ideas sobre la acción. Abre la puerta a la consideración de un delito de ICP del art. 373 de manera imprudente, no mediando dolo:

“no existiendo dato alguno de que se tratara de atentar á la seguridad de la cárcel, ni que con ocasión del suceso se pusiese en peligro la custodia de los presos ó estuviese en riesgo de ser ofendida la fuerza que dicho edificio custodiaba”¹¹⁷.

Lo cierto es que se trata de una posibilidad que ya han explorado previamente otros autores¹¹⁸. El mismo Pacheco tiene una cita muy interesante a tal efecto que deja entrever el carácter involuntario del ICP puesto que en la abrumadora mayoría de las sentencias analizadas el autor del delito no realiza el hecho deliberadamente y consciente del daño que va a producir. No supone intención de provocar un daño y, además, resulta totalmente indiferente que la persona que actúa de esa manera sea consciente de estar realizando un acto antijurídico:

“¿Teméis que se os escapen los presos? Tened cárceles seguras. ¿Teméis que se os evadan los presidiarios? Celad su custodia cuanto sea permitido a la prudencia humana. Pero no os extrañéis que se aprovechen de vuestros descuidos, porque para eso sería menester que fuesen santos o que no fuesen hombres”¹¹⁹.

Especial mención requiere el caso de la imprudencia temeraria. En una STS de 1896, se realiza un breve apunte sobre la imprudencia simple¹²⁰. Se trata el caso de la Audiencia de Lugo en el que la misma calificó los hechos probados de un delito de infidelidad en la custodia de presos por “imprudencia simple”¹²¹. Es un caso menos habitual pero que cuenta con un número significativo de sentencias. En concreto, esto tuvo lugar en relación con una infracción de los reglamentos, prevista y penada en el párrafo 2.º de art. 583 del Código penal, en relación con el núm. 2.º del 373, por “no constar” que los procesados estuviesen “en connivencia” con el “preso fugado”¹²². En una STS de 1876, respecto al recurso de casación del Ministerio Fiscal contra la pronunciada por la Sala de lo Criminal de la Audiencia de Albacete, se concluye que según el art.

¹¹⁵ STS 534/1890, 13/12/1890 (Ponente: Mateo de Alcocer).

¹¹⁶ STS 840/1871, 13.05.1871 (Ponente: Tomás Huet y Alier).

¹¹⁷ STS 840/1871, 13.05.1871 (Ponente: Tomás Huet y Alier).

¹¹⁸ Herrero Tegedor, F., “¿Puede el delito de infidelidad en la custodia de presos ser cometido por imprudencia? En torno a una opinión jurisprudencial”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 188 (1950), pp. 81-88.

¹¹⁹ Pacheco y Gutiérrez Calderón, J. F., *El Código penal, concordado y comentado*, Madrid: Imprenta y Fundición de Manuel Tello, 6ª ed., 1888, pp. 503 ss.

¹²⁰ STS 1102/1896, 18/01/1896 (Ponente: Rafael Solís Liébana).

¹²¹ STS 1102/1896, 18/01/1896 (Ponente: Rafael Solís Liébana).

¹²² STS 1102/1896, 18/01/1896 (Ponente: Rafael Solís Liébana).

798.2º CP 1870 se “infringe la ley” cuando los hechos que en la sentencia se declaren probados no se “califiquen” o no se “penen” como delitos o faltas, siéndolo por su “naturaleza”¹²³. Asimismo, según interpretación del TS, el párrafo primero del art. 581 del CP 1870 establece que es “reo de delito” el que por “imprudencia temeraria” ejecutase un hecho que “si mediase malicia” lo constituiría¹²⁴.

En una STS de 1952, se refiere el caso de un recurso por infracción de ley que no prosperó. Una vez el acusado fue condenado por la Audiencia Provincial de Madrid interpuso dicho recurso basado en dos motivos. El primero versa sobre la infracción del artículo 352 del CP 1944, porque el procesado “no era funcionario público” ni “tuvo connivencia” con la mujer que estaba presa¹²⁵. A tal efecto citó las “declaraciones” que obraban en el sumario y la prueba del “juicio oral”¹²⁶. El segundo motivo referido es la infracción de la “doctrina legal” establecida por el Tribunal Supremo¹²⁷.

Sin embargo, el TS lo desestima por ir contra los hechos probados de la sentencia de instancia. En todo caso, resulta interesante comentar que el segundo argumento, el relativo a la “infringida doctrina legal”, también queda “descartado” puesto que no se apoya en la ley y ésta, junto con la costumbre, es la “única que se puede esgrimir”¹²⁸. En cierta manera, la conclusión resulta muy contundente:

“no goza de la consideración de los preceptos legales de carácter sustantivo, únicos que, según el número primero del artículo 849 invocado al efecto, pueden servir de fundamento a los fines del mencionado motivo”¹²⁹.

Debe tenerse en cuenta que el asunto de la infringida doctrina legal resulta significativo en todos los periodos de los Códigos penales analizados¹³⁰.

4. Infracción de los reglamentos, imprudencia temeraria y la controversia sanitaria

A la hora de hablar del delito de ICP, la cuestión de la infracción de los reglamentos resulta capital. Es cierto que no se condena directamente a través del artículo 373 CP 1870, sino que habla de un delito de imprudencia temeraria del art. 581 CP 1870 por infracción de los reglamentos:

“Al que con infracción de los reglamentos cometiere un delito por simple imprudencia ó negligencia se impondrá la pena de arresto mayor en sus grados medio y máximo”¹³¹.

En una STS de 1889 se acabó calificando los hechos de la misma como imprudencia temeraria por parte del alcaide por colocar a “dos presos” en “condiciones de evadirse”, como de hecho acabó haciéndolo “uno de ellos” a través de un “portillo de

¹²³ STS 677/1876, 26/06/1876 (Ponente: Luciano Boada).

¹²⁴ STS 677/1876, 26/06/1876 (Ponente: Luciano Boada).

¹²⁵ ATS 66/1952, 01/07/1952 (Ponente: Eugenio de Eizaguirre Pozzi).

¹²⁶ ATS 66/1952, 01/07/1952 (Ponente: Eugenio de Eizaguirre Pozzi).

¹²⁷ ATS 66/1952, 01/07/1952 (Ponente: Eugenio de Eizaguirre Pozzi).

¹²⁸ ATS 66/1952, 01/07/1952 (Ponente: Eugenio de Eizaguirre Pozzi).

¹²⁹ ATS 66/1952, 01/07/1952 (Ponente: Eugenio de Eizaguirre Pozzi).

¹³⁰ STS 05/03/1881, STS 22/10/1886 y STS 03/01/1912.

¹³¹ Art. 581 CP 1870.

la tapia”¹³². La imprudencia temeraria es bastante más frecuente de lo que pudiera llegar a parecer. En una STS de 1874 el alto tribunal concluye que un Alcaide “al confiar las llaves de la cárcel” a uno de los presos “dando lugar a que se fugasen” dos de ellos en días distintos, es responsable del delito de “imprudencia temeraria”¹³³.

En otra STS de 1874 se ha referencia en concreto a aquello dispuesto en el “reglamento de cárceles”, que no consiente la salida del establecimiento de ningún preso, detenido o penado “sin orden escrita de la Autoridad”¹³⁴.

Según el caso 3.º del art. 798 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se entiende que hay infracción de ley, para los efectos de la casación, cuando se cometa “error de derecho” al realizar la calificación del delito que realmente constituyan los hechos que se declaren probados en la sentencia¹³⁵. Asimismo, según lo dispuesto por el art. 581, párrafo segundo del Código penal, se impondrá la pena de arresto mayor en sus grados medio y máximo, al que con infracción de los reglamentos cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia¹³⁶.

Por otro lado, en una STS de 1885 se pone de manifiesto una de las actitudes más habituales a la hora de defenderse los acusados. El contexto de la misma es sencillo. El Alcaide dispuso que diferentes presos salieran de la cárcel para trasladar a ésta desde el almacén “algunas sacas”, lo cual dio lugar, aunque sin malicia, a la “evasión de uno de aquéllos”¹³⁷. Ello le convierte en un reo de “imprudencia simple” con “infracción de reglamentos” según el párrafo segundo del art. 581 del Código penal, en relación con el 373 del mismo¹³⁸.

Sin embargo, dicha sentencia ejemplifica la táctica seguida por muchos que consiste en sostener que “únicamente” es culpable de ICP el funcionario público que proceda “en connivencia con el preso para facilitar su evasión”¹³⁹. Precisamente, en la sentencia analizada no se consideraba culpable al recurrente puesto que “no tuvo acuerdo ni connivencia con el fugitivo”¹⁴⁰. Asimismo, se suele sostener que, al no haberse cometido “infidelidad” tampoco puede existir la “imprudencia” que exige inexcusablemente la perpetración, aunque sin malicia, de cualquiera de los delitos penados en el Código¹⁴¹. El TS recuerda que la pena correspondiente, en todo caso, al delito cometido con malicia, es “mayor” que la señalada al que se perpetra por “imprudencia”, pero tampoco se pierde en grandes disquisiciones teóricas sobre la materia: la imprudencia puede darse como modalidad en este delito, “no siendo necesaria que se dé la textualidad” del articulado¹⁴².

¹³² STS 1146/1889, 13/03/1889 (Ponente: Antonio Garijo Lara).

¹³³ STS 950/1874, 10/11/1874 (Ponente: Benito de Ulloa y Rey).

¹³⁴ STS 937/1874, 28/10/1874 (Ponente: Mariano García Cembrero).

¹³⁵ STS 937/1874, 28/10/1874 (Ponente: Mariano García Cembrero).

¹³⁶ STS 937/1874, 28/10/1874 (Ponente: Mariano García Cembrero).

¹³⁷ STS 1436/1885, 16/10/1885 (Ponente: Bernardo María Hervás).

¹³⁸ STS 1436/1885, 16/10/1885 (Ponente: Bernardo María Hervás).

¹³⁹ STS 1436/1885, 16/10/1885 (Ponente: Bernardo María Hervás).

¹⁴⁰ STS 1436/1885, 16/10/1885 (Ponente: Bernardo María Hervás).

¹⁴¹ STS 1436/1885, 16/10/1885 (Ponente: Bernardo María Hervás).

¹⁴² STS 1436/1885, 16/10/1885 (Ponente: Bernardo María Hervás).

Por añadidura, otra STS de 1887 profundiza en la cuestión de la imprudencia¹⁴³. A decir verdad, dicha sentencia podría haber sido de interés si el TS hubiera convenido entrar en el fondo de la cuestión. En ella, aquel que prestaba servicio de su “cargo de llavero” en las cárceles de Serranos de Valencia, D. Severino Soler Beltrán, en la “puerta que da á la calle”, vio “sentados en el banco de afuera” a los presos José Romero y José Andrés: el primero confinado cumplido y retenido para la celebración del juicio oral en otra causa, y el segundo condenado a tres años de presidio y esperando el traslado a su destino¹⁴⁴. Habiendo “enterádose” este y “sin advertir nada” a aquéllos, cuando volvió a salir observó que “se habían fugado”, sin que se presentasen después ni hubieran podido ser encontrados¹⁴⁵. La Sala sentenciadora declaró que el llavero cometió una “omisión” contra lo dispuesto en los reglamentos, que debe calificarse de “imprudencia temeraria”, que dio lugar a la fuga de los presos, y cuya negligencia, en el caso de “mediar malicia”, hubiera constituido el delito de “infidelidad en la custodia de los mismos”¹⁴⁶. En resumidas cuentas, el procesado alegó en el recurso ante el TS que “obedecía las instrucciones tácitas ó expresas de su Jefe inmediato”¹⁴⁷. El TS desestimó el recurso por “desentenderse” el recurrente de los hechos que la sentencia declara como “probados”¹⁴⁸.

Respecto a la cuestión sanitaria, hay algunos aspectos que deben ser traídos a colación. La mejor manera de hacerlo es a raíz de una STS de 1881 en la que la Guardia Civil aprehendió un infractor y lo entregó al Alcaide para que lo “remitiese” al Juzgado¹⁴⁹. Se trata de una sentencia interesante porque en ella vemos que el Alcaide excusa al detenido frente a la Guardia Civil e incluso frente al Juez alegando que dicho penado “se encontraba enfermo” y adjuntaba asimismo la correspondiente “certificación facultativa” en la que se hacía constar¹⁵⁰. A lo largo del tiempo, en las reiteradas ocasiones en las que se le requiere, se continuaba dando “partes sucesivos” en los que se verificaba que “dicho padecimiento” continuaba¹⁵¹. Llegó a ser requerido por el Gobernador de la provincia, ante lo que respondió que “lo haría luego que lo permitiera la enfermedad que éste padecía” y volvió a acreditarlo con una “nueva declaración facultativa”¹⁵². Con posterioridad, incluso el mismo Alcaide acaba “comunicándose directamente” con el Gobernador para indicar que la remisión seguía sin poder tener lugar por “continuar su enfermedad”¹⁵³.

El preso acabó elevando una exposición a la Sala de la Audiencia referida, manifestando que hallándose preso en la cárcel del Pedroso desde el 10 de Enero, y no habiendo podido efectuarse su traslación, tenía “con exceso extinguida su condena”, por lo cual pedía que se le pusiera en libertad¹⁵⁴. Incluso el Alcalde acabó manifestándole que, en vista del tiempo que llevaba Gómez en prisión sin haber podido ser remitido, “a causa de la enfermedad que padecía”, al Juzgado de Cazalla para que extinguiese su condena de dos meses y un día, le manifestase, para “no incurrir en responsabilidad”, si

¹⁴³ STS 205/1887, 14/12/1887 (Ponente: Antonio Garijo Lara).

¹⁴⁴ STS 205/1887, 14/12/1887 (Ponente: Antonio Garijo Lara).

¹⁴⁵ STS 205/1887, 14/12/1887 (Ponente: Antonio Garijo Lara).

¹⁴⁶ STS 205/1887, 14/12/1887 (Ponente: Antonio Garijo Lara).

¹⁴⁷ STS 205/1887, 14/12/1887 (Ponente: Antonio Garijo Lara).

¹⁴⁸ STS 205/1887, 14/12/1887 (Ponente: Antonio Garijo Lara).

¹⁴⁹ STS 607/1881, 05/03/1881 (Ponente: Luciano Boada).

¹⁵⁰ STS 607/1881, 05/03/1881 (Ponente: Luciano Boada).

¹⁵¹ STS 607/1881, 05/03/1881 (Ponente: Luciano Boada).

¹⁵² STS 607/1881, 05/03/1881 (Ponente: Luciano Boada).

¹⁵³ STS 607/1881, 05/03/1881 (Ponente: Luciano Boada).

¹⁵⁴ STS 607/1881, 05/03/1881 (Ponente: Luciano Boada).

le ponía en libertad¹⁵⁵. Finalmente, al remitirlo apareció que Gómez ni tan siquiera “llegó a ingresar” en la cárcel del Pedroso, sino que por su enfermedad estuvo “en casa de un vecino” que garantizó su “presentación”¹⁵⁶. Fue entonces cuando se formó causa contra el Alcalde Neyra. Después de calificar el Ministerio Fiscal el hecho de delito de “denegación de auxilio”, se dictó sentencia por la sala, absolviendo libremente al Alcalde por “no constituir delito los hechos que dieron motivo á la formación de aquella causa”¹⁵⁷. El Ministerio Fiscal presentó un recurso que sería posteriormente desestimado por el TS. La postura que sostuvo el MF es que los hechos fueron calificados “con equivocación” puesto que constituían los delitos de “infidelidad en la custodia de presos” y “desobediencia”¹⁵⁸. Me veo obligado a hacer hincapié sobre la curiosa justificación que del mismo realiza el TS quien considera que los “hechos que menciona” no revelan “acto alguno de connivencia” para la evasión del reo Manuel Gómez García: a juicio del alto tribunal no consta que “facilitase ó ayudase” y menos que “desobedeciese” abiertamente las órdenes del Gobernador civil para la remisión de Gómez, porque Neyra contestó quedar en hacerlo “cuando la enfermedad de aquél lo permitiera” y que para “acreditar” tal extremo acompañó otra “certificación facultativa”¹⁵⁹.

Cabe destacar que en España se había perfilado la responsabilidad sobre esta cuestión en la Ordenanza de los Presidios del Reino décadas antes, allá por el año 1834:

“La imposibilidad de trabajar, ó la falta de salud, no eximirá á los confinados del cumplimiento de la pena prefijada en su sentencia, y solo en un caso raro, como de locura permanente, decrepitud extremada, ceguedad, ú otro semejante, se formará expediente [...]”¹⁶⁰.

5. La cuestión probatoria

La cuestión probatoria requiere de una serie de indicios que en las sentencias suelen ser más o menos variados. En una STS de 1883 se establece una manera de actuar que constituirá, con posterioridad, la norma respecto a la cuestión probatoria. En ésta, se observa cómo en el caso particular se había encontrado en el calabozo “los grillos limados y faltos de la clavija que sujeta la barra”, así como otra serie de indicios probatorios como “una navaja despuntada y afilada por el extremo”¹⁶¹. La idea detrás de esta última era servirse de ella a modo de formón: un instrumento de carpintería, semejante al escoplo, pero más ancho de boca y menos grueso¹⁶².

También resulta un medio idóneo para probar el ICP descubrir un “agujero en la puerta”¹⁶³. Además, otros casos más extremos quedan cubiertos. Es el caso del agujero por el cual “no cabía una persona”, pero a través del cual se podía “descorrer” los

¹⁵⁵ STS 607/1881, 05/03/1881 (Ponente: Luciano Boada).

¹⁵⁶ STS 607/1881, 05/03/1881 (Ponente: Luciano Boada).

¹⁵⁷ STS 607/1881, 05/03/1881 (Ponente: Luciano Boada).

¹⁵⁸ STS 607/1881, 05/03/1881 (Ponente: Luciano Boada).

¹⁵⁹ STS 607/1881, 05/03/1881 (Ponente: Luciano Boada).

¹⁶⁰ Art. 298, “Ordenanza General de los Presidios del Reino”, 14.04.1834, enlace: <https://drive.google.com/file/d/0B27DzfbcyPNBZGIBTkstODF5YU0/view?resourcekey=0-jWU-kkIU1nE2LTXxJ0gVOQ>.

¹⁶¹ STS 413/1883, 17/05/1883 (Ponente: Mateo de Alcocer).

¹⁶² “Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española”, RAE, enlace: <https://dle.rae.es/form%C3%B3n?m=form>. Visto en 27.02.2024.

¹⁶³ STS 413/1883, 17/05/1883 (Ponente: Mateo de Alcocer).

“cerrojos de la puerta del calabozo” sacando el “brazo”¹⁶⁴. Si bien, esto requería cierto trabajo puesto que los cerrojos debían estar preparados de antemano “con grasa” para que pudieran “descorrerse sin ruido”¹⁶⁵. Asimismo, es necesario contar con al menos un testigo que lo corrobore. En el caso, una vez examinados “varios testigos”, entre ellos la “madre” y “esposa” del fugado, se hizo constar que tanto el Alcaide de la cárcel de Teruel, José López García, como el llavero Constantino Lafuente, percibieron “cierta cantidad de dinero” procedente del preso¹⁶⁶. Adicionalmente, como ocurre en este caso, la propia “confesión posterior” del acusado sirve de prueba determinante: “lo cual confirmó éste en su declaración después de ser aprehendido”¹⁶⁷.

En el presente caso, el fallo es desestimatorio y confirma la sentencia de la Audiencia de Zaragoza (Sala de lo Criminal), según la cual la causa constituía el “delito de infidelidad en la custodia de presos”, que define y castiga el art. 373 del Código penal¹⁶⁸. Acaba por declarar autores de este delito a los dos referidos (alcaide y llavero), a raíz de la prueba de indicios que estimó como “más que suficientes”¹⁶⁹. La condena final fue de tres años de presidio correccional, inhabilitación especial por tiempo de ocho años y parte de costas. Con posterioridad, el Alcaide, José López García, interpuso un recurso de casación contra la de Zaragoza por infracción de ley fundamentado en el art. 373 del Código penal¹⁷⁰, que se aplica sin que los hechos que en la sentencia se declaran probados demuestren que dicho Alcaide fue connivente en la evasión, y en el art. el 581 del mismo Código, aplicable al caso, porque dicha evasión tuvo efecto por negligencia tan sólo del mencionado Alcaide. Sin embargo, el Ministerio Fiscal se opuso a la admisión del recurso porque no se fundaba en los hechos que establece como probados la sentencia.

6. ¿Permiso del Alcaide o confianzas excesivas?

Las sentencias suelen ser muy estrictas respecto a la interpretación del CP y sus conclusiones siempre suelen ir en la siguiente línea: aquel Alcaide de una cárcel que “concede permiso” a un penado para “salir a comer y cenar” fuera del establecimiento falla a los “deberes de su cargo” que le imponen los “reglamentos”¹⁷¹. En una STS de 1886, el preso salió del establecimiento penal indicado “con permiso del Alcaide” y “se fue a cenar” a casa de Basilia Obregón, regresando a la cárcel “como a las siete de la misma noche”¹⁷².

En otros casos, no media corrupción alguna del Alcaide, sino aquello que pudiera catalogarse como de “confianzas excesivas”, como en la anterior sentencia. Se observa durante el tiempo que el mencionado preso estuvo en la cárcel “la mayor parte de los días”, unos días “solo” y otros de la “compañía del Alcaide”, pero en cualquier caso “siempre con el consentimiento de éste”¹⁷³. También iba a las horas de “comer” y “cenar”

¹⁶⁴ STS 413/1883, 17/05/1883 (Ponente: Mateo de Alcocer).

¹⁶⁵ STS 413/1883, 17/05/1883 (Ponente: Mateo de Alcocer).

¹⁶⁶ STS 413/1883, 17/05/1883 (Ponente: Mateo de Alcocer).

¹⁶⁷ STS 413/1883, 17/05/1883 (Ponente: Mateo de Alcocer).

¹⁶⁸ STS 413/1883, 17/05/1883 (Ponente: Mateo de Alcocer).

¹⁶⁹ STS 413/1883, 17/05/1883 (Ponente: Mateo de Alcocer).

¹⁷⁰ Al que todavía se refiere como los apartados 1º y 3º art. 849 de la Compilación reformada.

¹⁷¹ STS 1076/1886, 09/06/1886 (Ponente: Rafael Álvarez Martínez).

¹⁷² STS 1076/1886, 09/06/1886 (Ponente: Rafael Álvarez Martínez).

¹⁷³ STS 1076/1886, 09/06/1886 (Ponente: Rafael Álvarez Martínez).

a casa de Basilia, “sin que conste percibiera retribución ni emolumento alguno” por “consentir las salidas expresadas” al penado Gutiérrez¹⁷⁴.

En una STS de 1877 se describe cómo habiéndose fugado de la cárcel el preso José Carballo el Alcaide puso este hecho en conocimiento del Juez de primera instancia quien estimó formar la causa y llevó a declarar al Alcaide. Sus declaraciones se resumían en que “llevado de la confianza” que por su “comportamiento” le “inspiraba” el citado preso Carballo, lo destinó “a demandadero” por lo que tenía “completa libertad” dentro de la “cárcel” y hasta en la “portería”¹⁷⁵. Fue precisamente desde esta última que se encontraba “próxima á la puerta” desde la que salió con el pretexto de “hacer aguas”¹⁷⁶. El tribunal calificó estos hechos como constitutivos de un delito de “infidelidad en la custodia de presos”, pero “sin connivencia con ellos”¹⁷⁷.

El Alcaide interpuso un “recurso de casación por infracción de ley” así como por “quebrantamiento de forma” puesto que el art. 804.2 de la LECrim se veía vulnerado en relación al art. 64 CP 1870. El motivo fundamental consistió en que “no se decidió”, con arreglo a la acusación, si el recurrente había o no cometido el delito de infidelidad, “no siendo bastante ni congruente calificarlo y penarlo como imprudencia”¹⁷⁸. El TS desestimó con rapidez el mismo al considerar que la única cita referente al art. 804.2 LECrim hacía referencia a la “infracción de ley por quebrantamiento de forma” la cual consideraba totalmente “ajena” no menos a la “misión y competencia de esta Sala” que a la “razón y objeto del recurso”¹⁷⁹.

En otros casos, la ICP se puede producir por algo tan sencillo como aprovechar el descuido de haber dejado puesta la “llave de la puerta”¹⁸⁰. En este caso concreto dicha puerta comunicaba con el “rastrillo” y la “sala de declaraciones” circunstancia que aprovechó el preso para conectar con la calle y acabar fugándose, sin que todavía se le “haya capturado”¹⁸¹. Ante el recurso planteado por el condenado, el TS aclara de una vez el alcance de los términos empelados por el CP 1870. Contempla el alto tribunal que, aunque el art. 373 habla de la “evasión de presos”, distinguiendo al señalar la penalidad los “condenados” de los “procesados”, lo hace de estos últimos en un “concepto general comprensivo” de aquellos cuantos se hallen “privados de libertad” y en “custodia legítima” a causa de presunta responsabilidad criminal, que racionalmente ha de someterlos al proceso (incluyéndose pues, a los “detenidos” en las “cárceles públicas”)¹⁸². De esta manera, la “amplitud” con que en este caso usa la ley “aquel vocablo” resulta notable, no sólo por la también “mayor extensión” que a él consentían las “leyes y prácticas vigentes” a la formación del Código penal de 1848, en el cual se consignó por “primera vez” sin que haya sido después alterado el “concepto” y “expresión” de los delitos de que se trata¹⁸³, sino que además porque al penar el art. 374 al particular encargado de la custodia de un preso o detenido que por su culpa se evada, evidencia su propósito de “no apartar”, en caso idéntico, del “funcionario público afecto”

¹⁷⁴ STS 1076/1886, 09/06/1886 (Ponente: Rafael Álvarez Martínez).

¹⁷⁵ STS 311/1877, 17/02/1877 (Ponente: Luciano Boada).

¹⁷⁶ STS 311/1877, 17/02/1877 (Ponente: Luciano Boada).

¹⁷⁷ STS 311/1877, 17/02/1877 (Ponente: Luciano Boada).

¹⁷⁸ STS 311/1877, 17/02/1877 (Ponente: Luciano Boada).

¹⁷⁹ STS 311/1877, 17/02/1877 (Ponente: Luciano Boada).

¹⁸⁰ STS 361/1889, 29/10/1889 (Ponente: Eduardo Martínez del Campo).

¹⁸¹ STS 361/1889, 29/10/1889 (Ponente: Eduardo Martínez del Campo).

¹⁸² STS 361/1889, 29/10/1889 (Ponente: Eduardo Martínez del Campo).

¹⁸³ STS 361/1889, 29/10/1889 (Ponente: Eduardo Martínez del Campo).

especialmente a tal servicio, responsabilidad que contrae quien carece de tal carácter, tanto más cuanto que tal hecho en señaladas condiciones podría determinar la de “encubrimiento del delito” de que fuera culpable el propio detenido¹⁸⁴.

Una de las reflexiones doctrinales más interesantes y claras sobre el ICP se puede observar en una STS de 1950. En ella se da el supuesto de infidelidad en la custodia de presos que castiga el número 2º del artículo 362 del CP 1944. Al privado de la libertad con prisión ratificada el “funcionario guardián” le permitió salir durante “cincuenta noches” con objeto de “dormir y cenar” en casa de un vecino de la villa¹⁸⁵. Los fundamentos de derecho no admiten ni un ápice de duda con respecto a la literalidad de la ley. Aunque se limite el quebrantamiento de la privación de libertad que sufre un acusado de homicidio a que el funcionario guardián le “permita salir durante cincuenta noches” con objeto de “dormir y cenar en casa de un vecino” de la villa, indudablemente constituye la “infidelidad en la custodia de presos” que castiga el artículo 362.2 del Código penal¹⁸⁶. El motivo es que es “funcionario público” el Guardia Municipal interino encargado del Depósito Municipal, según establece el hecho probado¹⁸⁷. Concluye pues que no cabe “argumentar a base de derechos administrativos” para “negar su calidad de funcionario”, dado que le comprende “plenamente” la definición de quien lo sea a efectos penales contenida en el artículo 119 del Código¹⁸⁸. Naturalmente, el recurso queda desestimado porque la valoración de los “motivos de amistad” que impulsaron al recurrente a autorizar la relajación de la prisión y las manifestaciones de su defensor relativas a que aquél “tuvo en cuenta el estado de ruina del Depósito Municipal” y la “enfermedad que padecía el preso mencionado”, quedan excluidas del rígido marco de la “casación” y sólo podrían ser alegables en “vía de gracia”¹⁸⁹.

En una STS de 1880 se explica cómo la evasión tuvo lugar “por las habitaciones del alcaide”, donde había algunos cuartos para alojar a presos que sufrían “condenas de arresto” o que estaban por “causas leves”¹⁹⁰. Sin embargo, en el presente caso no se termina de aclarar: bien fuera porque se introdujeron en una sala “cuya puerta quedara abierta”, bien porque se metiesen desde el pasillo a la alcoba “por una ventanilla” y se descolgaran “por un balcón a la calle” valiéndose de “unas cuerdas” que al efecto ataron¹⁹¹. En cualquier caso, fueron interceptados. Dado que estos presos intentaron escaparse “tres o cuatro meses antes”, el Alcaide D. Cecilio Santos les “hizo poner grillos”, pero a los tres o cuatro días ordenó al llavero “que se los quitara”¹⁹². Esto último se realizó claramente en contra de las recomendaciones del “llavero” y de “otros dependientes del establecimiento”¹⁹³. El alcaide los subió a las habitaciones donde sólo se acostumbraba a colocar a los arrestados, y se reservó el cuidado de todos los que arriba estaban, excluyendo al mencionado llavero y demás dependientes. También consintió el alcaide que “fuesen a vivir a la cárcel” las queridas de los presos y no sólo se les permitía

¹⁸⁴ STS 361/1889, 29/10/1889 (Ponente: Eduardo Martínez del Campo).

¹⁸⁵ STS 527/1950, 11/10/1950 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).

¹⁸⁶ STS 527/1950, 11/10/1950 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).

¹⁸⁷ STS 527/1950, 11/10/1950 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).

¹⁸⁸ STS 527/1950, 11/10/1950 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).

¹⁸⁹ STS 527/1950, 11/10/1950 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).

¹⁹⁰ STS 136/1880, 08/02/1880 (Ponente: Diego Fernández Cano).

¹⁹¹ STS 136/1880, 08/02/1880 (Ponente: Diego Fernández Cano).

¹⁹² STS 136/1880, 08/02/1880 (Ponente: Diego Fernández Cano).

¹⁹³ STS 136/1880, 08/02/1880 (Ponente: Diego Fernández Cano).

que “habitasen en sus cuartos con ellos”, sino que les tenía “sirviéndole de criados” y circulaban en “completa libertad” por los pasillos y habitaciones¹⁹⁴.

Finalmente, el alcaide D. Cecilio Santos, acompañado de su nuera, y en unión de las dos citadas mujeres (María Marcial y Cristófora Romero, a la sazón las queridas de los presos) se fueron al teatro, donde posteriormente recibieron el aviso de la fuga de los presos. Se pone de manifiesto la declaración del Fiscal militar quien hubo prevenido al alcaide para que les pusiera “cadena” y les “vigilase”, a pesar de lo cual no lo hizo así¹⁹⁵. También criticó con dureza en el juicio que “hubiese permitido que se pusiesen de acuerdo con otros presos” que habían llegado, puesto que la “incomunicación” de la que era responsable había quedado “completamente burlada”¹⁹⁶.

7. Conductas castigadas: la acción

Las conductas que se castigan se ven claramente reflejadas: el que permite que los “presos y confinados” que se hallan bajo su custodia “relajen las condenas” saliendo del “establecimiento” en que se hallaban y contribuyendo de su evasión, siquiera fuese sólo “por seis ó siete días”¹⁹⁷.

En ocasiones los motivos por los que los presos salen resultan francamente sorprendentes: “estuvieron seis ó siete días segando la mies que tenía en una tierra de su propiedad”, quedándose “de noche” fuera del establecimiento, pasando éstas unas en la “tierra antes dicha” y otras en la “era”, sin que por ello hubiese tenido otra “remuneración” más que la “comida” que les daba el citado Alcaide durante aquellos trabajos¹⁹⁸.

Lo interesante de una STS de 1889 es que consigna los motivos por los que adopta su decisión final. Se fundamenta sobre dos preceptos jurídicos infringidos. En primer lugar, el artículo 373.1 sufrió una aplicación indebida puesto que no existía la “connivencia” que el mismo exigía. Este motivo queda naturalmente desestimado por lo discrecional de la valoración, y queda de sobra acreditado por el TS. En segundo lugar, el hecho de “dejar salir á los presos” no está penado por la ley, y sólo constituye una “falta” que debe ser reprimida “gubernativamente”, según el artículo 110 del reglamento de los Juzgados, aprobado por Real decreto de 1 de mayo de 1844¹⁹⁹.

La conducta reiterada recuerda a otras sentencias y es bastante consistente: haber permitido que los presos y confinados que estaban bajo su guarda y custodia relajaran las condenas y salieran del establecimiento en que se hallaban, contribuyendo a su evasión, siquiera fuese sólo por unos pocos días, por seis o siete días. Además, se reconoce que la Sala de lo Penal del TS así lo ha “declarado repetidamente” en casos “análogos”²⁰⁰.

¹⁹⁴ STS 136/1880, 08/02/1880 (Ponente: Diego Fernández Cano).

¹⁹⁵ STS 136/1880, 08/02/1880 (Ponente: Diego Fernández Cano).

¹⁹⁶ STS 136/1880, 08/02/1880 (Ponente: Diego Fernández Cano).

¹⁹⁷ STS 562/1889, 04/04/1889 (Ponente: Mateo de Alcocer).

¹⁹⁸ STS 562/1889, 04/04/1889 (Ponente: Mateo de Alcocer).

¹⁹⁹ STS 562/1889, 04/04/1889 (Ponente: Mateo de Alcocer).

²⁰⁰ STS 562/1889, 04/04/1889 (Ponente: Mateo de Alcocer).

8. Posesiones de ultramar: Cuba y Puerto Rico

Incluso en las posesiones de ultramar vemos que se repite un esquema similar. En el presente caso, encontramos un supuesto de infidelidad en la custodia de presos. El juez de instrucción de Guanabacoa, en Cuba, encontró a José Mata Herrera (al que denominaban como el “moreno”) trabajando de “albañil” en una casa en dicha localidad²⁰¹. Dado que el mismo “debía hallarse preso preventivamente” en el cuartel de Bomberos, debido a un juicio anterior por “juegos prohibidos”, fue detenido en el acto, y se comenzó nuevo sumario contra el sargento del Cuerpo de Bomberos, D. Manuel Valdés Valiente, “comandante de guardia” del cuartel en el mencionado día, quien fue condenado por “infidelidad en la custodia de presos”²⁰².

Sin embargo, resulta poco exhaustivo por lo que respecta al contenido de la misma. Se trataba más bien de una sentencia que examinaba la cuestión de competencia. El Ministerio Fiscal, en vista de que la jurisdicción de Guerra había incoado también diligencias por el mismo hecho, pidió a la Sala que se “declarara competente para conocer de ellas”²⁰³. Antes de resolverse acerca de la indicada pretensión, se recibió un “oficio” del Capitán general de la Isla de Cuba reproduciendo el “requerimiento de inhibición” que había hecho ya el Juzgado, y que éste recibió “después de haber elevado el sumario” a la superioridad²⁰⁴. Finalmente, se concluyó que el procesado D. Manuel Valdés Valiente aparecía afiliado como “militar” y en calidad de “sargento primero” del batallón de Bomberos de Guanabacoa, con cuyo carácter prestaba el “servicio de armas” en la “guardia de prevención” del cuartel de dicha fuerza cuando ocurrieron los hechos²⁰⁵.

En una STS de 1891, se abordaba otro caso en ultramar. Justo después de que D. Vicente Prieto Sánchez tomara posesión, la Alcaldía de la cárcel de Güines (Cuba) recibió en condición de “preso” al “moreno” Enrique Herrera, con motivo de un “atentado a un Agente de la Autoridad”²⁰⁶. Este último “salía algunas veces del establecimiento” en busca de “víveres” y, si bien se afirmaba categóricamente que esto se producía estando el mismo “acompañado y vigilado convenientemente”, un día el Alcaide le envió a realizar una serie de recados “enteramente solo” con el consiguiente resultado de que éste se hubo “fugado” y se ignoraba su actual “paradero”²⁰⁷.

En otra de las sentencias de ultramar más significativas se hace referencia a un caso en el que se habla de ICP, si bien de manera anecdótica²⁰⁸. En ella, un escribiente particular de un celador detiene a dos individuos que se hallaban en una casa particular acusándolos de juegos prohibidos. Éste los golpea y le exige una “suma de dinero” para poder obtener de nuevo su “libertad”²⁰⁹. Finalmente es acusado de dos delitos de detención ilegal. Ante esto, se trata de convencer que los delitos que cometió el escribiente fueron en realidad seis: dos de “detención ilegal”, dos de “fidelidad (así dice)

²⁰¹ ATS 108/1890, 12/06/1890 (Ponente: Antonio María de Prida).

²⁰² ATS 108/1890, 12/06/1890 (Ponente: Antonio María de Prida).

²⁰³ ATS 108/1890, 12/06/1890 (Ponente: Antonio María de Prida).

²⁰⁴ ATS 108/1890, 12/06/1890 (Ponente: Antonio María de Prida).

²⁰⁵ ATS 108/1890, 12/06/1890 (Ponente: Antonio María de Prida).

²⁰⁶ STS 755/1891, 22/12/1891 (Ponente: Luis Lamas).

²⁰⁷ STS 755/1891, 22/12/1891 (Ponente: Luis Lamas).

²⁰⁸ STS 775/1894, 27/11/1894 (Ponente: Federico Melchor y Lamanette).

²⁰⁹ STS 775/1894, 27/11/1894 (Ponente: Federico Melchor y Lamanette).

en la custodia de presos” y dos de “estafa”²¹⁰. Sin embargo, tal interpretación quedaría finalmente desestimada por el TS.

Por otro lado, en una STS de 1894 se trata otro caso de ICP en ultramar²¹¹. En este caso, los hechos acontecen en la Audiencia Provincial de Manila (Filipinas). Ha resultado particularmente problemática por su difícil encaje en la doctrina del TS. Llega a resultar contradictoria en algunos términos. En ella el Alcaide de la Cárcel Provincial del partido judicial de La Laguna en Filipinas acabó agrediendo a los presos Mariano y Valentín. Les ocasionó una “ligera equimosis” (moratones) de carácter “muy leve” y que curaron “dentro de los cinco días” sin necesidad de tratamiento alguno y sin producir “ninguna consecuencia”²¹². El motivo de tal agresión consistía en “corregir su pasiva é inerte resistencia en acudir pronto á los trabajos de terraplén”²¹³. Éstos tenían lugar en la “plazoleta de enfrente” de la cárcel, la cual quedaba “muy próxima” a la misma²¹⁴. Respecto de estos hechos, se determinó que no eran “constitutivos de delito”²¹⁵.

Sin embargo, en el mismo caso se habla de doña Cerapia Cabreira, que se encontraba presa en la cárcel por disposición judicial, por falsificación de documento oficial. Cerapia estuvo saliendo de la cárcel “todos los días por la mañana” para “oír misa” con autorización del Alcaide primero²¹⁶. Se estimó que dicha acción era constitutiva de un delito de ICP sin que el “fin piadoso” de la presa pueda “desposeer al acto de su carácter de delito”, del cual era autor el Alcaide, sin concurrencia de circunstancia alguna de su responsabilidad²¹⁷.

Resulta claro que la doctrina que persiste y es aceptada es la más purista: salir, por cualquier motivo, resulta de por sí un hecho constitutivo de un delito de infidelidad en la custodia de presos. Dicha aparente contradicción pudiera venir dada porque se menciona el “art. 358, caso 2º del Código penal de las islas Filipinas”, por lo que podría existir un régimen especial que explicase dicha dicotomía²¹⁸. Ésta parece ser la explicación más plausible. Si echamos un vistazo al dictamen emitido sobre dicha cuestión por la Comisión Codificadora de Ultramar, vemos que cuando se publicó en la península el Código de 1848 fueron en gran número los letrados y personas competentes los que juzgaron “imposible” la “ejecución y subsistencia” de aquella “obra monumental” precisamente por la “carencia” de establecimientos penales “adecuados” y en armonía con el cuadro de penas que en él se prescribían²¹⁹. Del mismo modo, para la modificación de muchas de las disposiciones de dicho código se tuvieron muy en cuenta las “diferentes condiciones de las distintas razas” que “poblaban” aquel archipiélago²²⁰. A resultas de las razones filosóficas y jurídicas que estas diferencias sugieren, se prescribió en el art. 11 que los Jueces y Tribunales tuvieran presente la “circunstancia de ser el reo indígena, mestizo o chino” para “atenuar” o “agravar” las penas, dependiendo de aspectos tales

²¹⁰ STS 775/1894, 27/11/1894 (Ponente: Federico Melchor y Lamanette).

²¹¹ STS 526/1894, 13/06/1894 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).

²¹² STS 526/1894, 13/06/1894 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).

²¹³ STS 526/1894, 13/06/1894 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).

²¹⁴ STS 526/1894, 13/06/1894 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).

²¹⁵ STS 526/1894, 13/06/1894 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).

²¹⁶ STS 526/1894, 13/06/1894 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).

²¹⁷ STS 526/1894, 13/06/1894 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).

²¹⁸ STS 526/1894, 13/06/1894 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).

²¹⁹ Gaceta de Madrid, No. 353, Año CCXXV, T. IV, domingo 19 diciembre 1886, enlace: <https://www.boe.es/gazeta/dias/1886/12/19/pdfs/GMD-1886-353.pdf>.

²²⁰ *Ibid.*

como el “grado de intención respectiva”, la “naturaleza del hecho” y las “condiciones de la persona ofendida”²²¹.

En cualquier caso, no se puede acusar a la obra legislativa española de estar anclada en un relativismo cultural o étnico puesto que en el mismo se reconoce que en las disposiciones de dicho código modificado “no se establecen los derechos individuales, sino que se suponen preexistentes”²²². La lógica detrás de ello es innegablemente universalista:

“tanto las leyes de Indias, como sus supletorias las recopiladas de la Península, los Reales autos acordados de la Audiencia de Manila y otras disposiciones vigentes, garantizan a los habitantes de aquellas islas la seguridad personal, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de la correspondencia, con las limitaciones necesarias para conservar fuertes y robustos a tan larga distancia el principio de autoridad y los intereses nacionales; que los mismos derechos de reunión, asociación y emisión del pensamiento por medio de la imprenta se han practicado y practican en aquel país, con sujeción a disposiciones más o menos restrictivas”²²³.

Asimismo, se establece que al organizar y clasificar este código la nueva penalidad que han de aplicar los tribunales de Filipinas, no se excluyen ni suprimen las “facultades extraordinarias y excepcionales” que competan o puedan competir al Gobierno general para conservar el “orden” y “sosiego” de la tierra, sobre cuya conveniencia “nada tiene [tenía] que observar la Comisión, y menos las demás que correspondan a las Autoridades gubernativas”²²⁴.

En otro orden cosas, en una STS de 1889 se analiza un caso particular en Puerto Rico²²⁵. Gracias al mismo, podemos comprender que existe un elemento que puede explicar ciertas incoherencias aparentes en la doctrina. En ella, los empleados públicos “conniventes en la evasión de un preso” deben ser castigados con la pena señalada en el art. 369 del Código vigente en Cuba y Puerto Rico²²⁶. La existencia de unos Códigos resulta ser un indicador fiable de lo ocurrido en aquellos casos en los que la solución a una cuestión parece ser contradictoria.

9. Soborno, corrupción e ignorancia de la ley

El soborno y la corrupción suelen ser situaciones que se dan en este delito y que se caracterizan por constituir una de las formas en las que se puede dar la ICP. En una STS de 1891 el recurrente, al que genéricamente se refieren como un “jefe” de la Guardia municipal, con el carácter de tal funcionario, se hizo cargo “por orden del Alcalde” de la “custodia de un preso” para que extinguiera una condena de arresto²²⁷. Aquí se examina el acto del primero de “acceder a sabiendas” y el acuerdo del segundo para “quebrantar” la condena, permitiéndole “irse a su casa sin extinguir la pena de la ejecutoria”²²⁸. Se

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ STS 683/1889, 09/05/1889 (Ponente: Mateo de Alcocer).

²²⁶ La cual lleva siempre consigo la inhabilitación especial temporal, que por ser aflictiva califica el delito de grave.

²²⁷ STS 160/1891, 21/01/1891 (Ponente: Rafael Solís Liébana).

²²⁸ STS 160/1891, 21/01/1891 (Ponente: Rafael Solís Liébana).

entiende que dichas acciones pueden ser calificadas como un “delito de infidelidad en la custodia de presos”, porque concurren acreditados “todos los elementos jurídicos” que la constituyen²²⁹.

El condenado era José Moltó Martínez (alias “Morrut”), quien ya había extinguido condena de arresto mayor por “delito de amenazas” y denunciado y sumariado por “malos tratamientos a su mujer”²³⁰. A Morrut se le había condenado a “quince días de arresto menor”, amén de las costas respectivas²³¹. Fue puesto a disposición del Alcalde de esta ciudad para que sufriera los quince días de arresto a que había sido condenado. Sin embargo, por orden de esta Autoridad, se hizo inmediatamente cargo de Morrut don Fernando Riquelme Egea, Jefe de la Guardia municipal. Se le encargó específicamente que “bajo su custodia” extinguiera aquel “arresto”²³². El problema tuvo lugar por tan solo un día: cuando Morrut portaba extinguidos “catorce días” rogó a Riquelme Egea que lo pusiera en libertad, ante lo cual Riquelme accedió a ello bajo promesa de que “no había de salir de su casa” y acabó por “soltarlo”, hechos que se declaran como probados²³³. Se concluyó que los hechos eran constitutivos de un delito de infidelidad en la custodia de presos, del que aparece responsable en “concepto de autor” Fernando Riquelme Egea, por lo que fue finalmente condenado a la pena de “once años y un día de inhabilitación temporal especial” y la mitad de las “costas”²³⁴.

Algo distinto acaba siendo el tratamiento de la ICP toda vez que nos acercamos al periodo actual. En una STS de 1949, se observa cómo el procesado Arcadio, Agente judicial del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona, se hallaba prestando “servicios de guardia” y encargado de la “custodia de los presos y detenidos en los calabozos del Palacio de Justicia”, entre ellos de los procesados en esta causa Bienvenido y Braulio²³⁵. Estos últimos habían tenido ingreso en los calabozos referidos en concepto de “presos incomunicados”²³⁶. Arcadio, quien estaba “informado” de la situación de los mismos, se hizo cargo de ellos. En un momento dado, Bienvenido solicitó a Arcadio que a él y a su compañero Braulio se les facilitara “cama” o sitio “más adecuado para pernoctar”, a cuyos deseos accedió Arcadio a cambio de la entrega de “cien pesetas” que Bienvenido le hizo efectiva²³⁷. Esto supuso ya de por sí la infracción del mandamiento judicial acerca del cual “tenía perfecto conocimiento” por razón de su “cargo”²³⁸. Extrajo de los calabozos a los dos procesados en cuestión, conduciéndoles a las habitaciones destinadas a los “Agentes judiciales de guardia”, las cuales carecen de las “condiciones de seguridad debidas”²³⁹. Asimismo, Arcadio no llegó a tomar ninguna otra “precaución especial” por lo que los detenidos mantuvieron comunicación entre sí y con cuantas personas quisieron tener acceso hasta ellos “sin encontrar obstáculo alguno que lo impidiera”²⁴⁰. Braulio aprovechó dicha situación para “evadirse”, hecho que tuvo lugar a

²²⁹ STS 160/1891, 21/01/1891 (Ponente: Rafael Solís Liébana).

²³⁰ STS 160/1891, 21/01/1891 (Ponente: Rafael Solís Liébana).

²³¹ STS 160/1891, 21/01/1891 (Ponente: Rafael Solís Liébana).

²³² STS 160/1891, 21/01/1891 (Ponente: Rafael Solís Liébana).

²³³ STS 160/1891, 21/01/1891 (Ponente: Rafael Solís Liébana).

²³⁴ STS 160/1891, 21/01/1891 (Ponente: Rafael Solís Liébana).

²³⁵ STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castelló y Madrid).

²³⁶ STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castelló y Madrid).

²³⁷ STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castelló y Madrid).

²³⁸ STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castelló y Madrid).

²³⁹ STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castelló y Madrid).

²⁴⁰ STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castelló y Madrid).

las diez de la mañana siguiente, y lo realizó “sin necesidad de emplear fuerza alguna”, pero acabó siendo detenido de nuevo en la “tarde del mismo día”²⁴¹.

A todo ello, hay que añadirle la colaboración de Hugo, un individuo que habitualmente oficia de “mandadero” en los calabozos de autos²⁴², quien percibió 25 pesetas de las 100 entregadas a Arcadio en concepto de “propina por su cooperación” en la “mejora” de las estancias de Bienvenido y Braulio²⁴³. Lo que ocurre en este caso es que resulta hecho probado que Hugo desconocía el origen fraudulento de dicho dinero: ignoraba que aquellas cien pesetas hubieran sido entregadas por los detenidos a Arcadio para “mejorar su situación”²⁴⁴.

Debe tenerse en cuenta que no siempre se da este tipo de corrupción y que, en determinadas sentencias, se excluye explícitamente cualquier tipo de responsabilidad. Sin ir más lejos, en una STS de 1950 se consigna que todo ello se produjo “sin que el procesado percibiera cantidad alguna” para autorizar esta relajación de la prisión, haciéndolo únicamente por “motivos de amistad con el preso”²⁴⁵.

El tribunal en cuestión condenó a Arcadio como “autor” de un delito de “desobediencia” del artículo 369, otro de “cohecho” del artículo 385, y otro de un “acto de imprudencia temeraria” del artículo 565 que, de mediar “malicia”, constituiría un delito de “infidelidad en la custodia de presos” del artículo 362, todos del CP 1944²⁴⁶. Como la mayoría de los recurrentes en este tipo de sentencia, se recurrió la misma ante el TS en virtud del art. 849.1 LECrim. Lo interesante de esto son los motivos alegados. Si bien esgrime dos, nos centraremos en el relevante para el delito que nos ocupa. Se alega que se ha aplicado indebidamente el art. 369 CP 1944 porque su mismo “texto literal” resulta “contradictorio” al hecho de autos: tan “sencillo” e “inocente”, como hijo de la “inflexión” y de la “ignorancia”, de “cambiar de sitio” a un recluso, no por “incumplir” una orden, sino por “humano sentimiento”, por evitar un “mal”²⁴⁷. Falta la “intención” y el “ánimo” de cometer ese delito²⁴⁸. La estrategia de la defensa considera que el “inferior” a que se refiere aquel artículo ha de ser también “autoridad” y esgrime que el “Agente judicial” es simplemente un “empleado”, no funcionario y que “indiscutiblemente” no representa en sí ninguna “autoridad”²⁴⁹.

Sin embargo, el TS falla desestimando el recurso, entre otros variados motivos porque es “evidente” que aquél reunía la condición de “funcionario público” a los efectos penales, conforme a la definición del artículo 119 del Código²⁵⁰. En cualquier caso, el elemento clave radica en infringir la “incomunicación decretada” y, además, rechaza que

²⁴¹ STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castelló y Madrid).

²⁴² Se trata de una persona que hace los mandados de los conventos, de las cárceles o de las casas. RAE. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, enlace: <https://dle.rae.es/mandadero>. Visto en 3/02/2024.

²⁴³ STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castelló y Madrid).

²⁴⁴ STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castelló y Madrid).

²⁴⁵ STS 527/1950, 11/10/1950 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).

²⁴⁶ STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castelló y Madrid).

²⁴⁷ STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castelló y Madrid).

²⁴⁸ STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castelló y Madrid).

²⁴⁹ STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castelló y Madrid).

²⁵⁰ STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castelló y Madrid).

pueda aplicarse el art. 237 del Código, porque el mismo se refiere a los cometidos por “particulares”²⁵¹.

En una STS de 1896, se pone de manifiesto uno de los casos más habituales en el ICP. En ella, el Director de la cárcel de Alhama (Tomás del Valle) dio permiso al Sotacaide para ir a comer, quedándose él dentro del establecimiento “a su cuidado”²⁵². Con posterioridad, llegó el hijo del Director y, para que le abriesen la puerta, entregó la “llave” a José Santander García, quien se encontraba “preso por causa pendiente”²⁵³. Naturalmente, el señor Santander García no tenía ninguno de los “requisitos exigidos a los celadores”, ni “nombramiento de tal”²⁵⁴. Este preso, quien se hallaba en connivencia con Eduardo Fernández Guerra (otro “preso en causa pendiente”), lo dejó marcharse a la calle²⁵⁵. Santander García “salió corriendo” en busca de Fernández Guerra con el ánimo de “volver después de encontrarle”²⁵⁶. Como resultado ambos acabaron siendo “detenidos y reducidos á prisión” por la Guardia Civil, sin que constara que el Director “tuviese conocimiento de la connivencia del Santander García y el Fernández Guerra para fugarse”²⁵⁷. Tomás del Valle Marco fue condenado como un autor de un delito de “infidelidad en la custodia de presos”, si bien ejecutado por “simple imprudencia” y con “infracción de los reglamentos”, sin la concurrencia de “circunstancias atenuantes ni agravantes”²⁵⁸. Ante ello, el Director decidió interponer un recurso de casación por infracción de ley en base al art. 849.1 LECrim denunciando la infracción de los artículos 681.2 y 373.2 CP 1870. Principalmente realizó esta actuación judicial puesto que de los hechos no podía inferirse la “connivencia del recurrente con los presos” y dado que de los “artículos del reglamento” llegan siquiera a “consignarse” en la sentencia como un “hecho probado”²⁵⁹. Además, no se realizaba ni la “más ligera mención” del reglamento que “debía aplicarse”, por lo que, a ojos del recurrente, no podía ser considerado autor por imprudencia simple con infracción de un “reglamento que no se conoce”²⁶⁰. Asimismo, y en caso de que se desestimaran las dos cuestiones anteriores, se planteaba como “infringido” también el art. 363.2 por “no haberse impuesto la pena en el grado correspondiente”, ya que la sentencia “no expresa el delito” por el cual estuviese procesado el “fugado”²⁶¹.

Se trata de una defensa bastante bien articulada y hubiera sido interesante que el TS en este caso se hubiera comprometido más y hubiera elaborado un poco más sus argumentos para desestimar este recurso. Sin embargo, pecando de lo que considero un excesivo positivismo, se limita a indicar que el presente recurso resulta “inadmisible” por lo que respecta a la “determinación de la pena” porque “no autoriza la discusión acerca de su procedencia el núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, siendo este la única disposición jurídica en que este “se funda”²⁶².

²⁵¹ STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castelló y Madrid).

²⁵² STS 479/1896, 26/05/1896 (Ponente: Juan de Dios Roldán).

²⁵³ STS 479/1896, 26/05/1896 (Ponente: Juan de Dios Roldán).

²⁵⁴ STS 479/1896, 26/05/1896 (Ponente: Juan de Dios Roldán).

²⁵⁵ STS 479/1896, 26/05/1896 (Ponente: Juan de Dios Roldán).

²⁵⁶ STS 479/1896, 26/05/1896 (Ponente: Juan de Dios Roldán).

²⁵⁷ STS 479/1896, 26/05/1896 (Ponente: Juan de Dios Roldán).

²⁵⁸ STS 479/1896, 26/05/1896 (Ponente: Juan de Dios Roldán).

²⁵⁹ STS 479/1896, 26/05/1896 (Ponente: Juan de Dios Roldán).

²⁶⁰ STS 479/1896, 26/05/1896 (Ponente: Juan de Dios Roldán).

²⁶¹ STS 479/1896, 26/05/1896 (Ponente: Juan de Dios Roldán).

²⁶² STS 479/1896, 26/05/1896 (Ponente: Juan de Dios Roldán).

Una STS de 1879 resalta aquellas disposiciones que el funcionario estaba obligado a conocer. En ella, se había ordenado “por el Comandante del presidio de Valencia” que no “permitiera salir del departamento” de que estaba encargado a “ningún confinado”²⁶³. En la sentencia se consignan una serie de elementos ilustrativos tales como que éste le enviaba “con frecuencia” y “solo” a la calle a “determinados encargos”, como sucedió en el día ya indicado y en el que se “fugó” aquel, prevaliéndose de esa “libertad” que “ilegal é indebidamente” se le concedió²⁶⁴. Si bien no aparece que mediara “malicia” de parte del procesado recurrente al “acordar” o “disponer” la salida a la calle y solo de dicho confinado, es indudable que el hecho de haber “dispuesto” y “autorizado” esa salida, que debiera haber sido prohibida e impedida, constituye el delito de “simple imprudencia”, con infracción de las “citas, disposiciones legales y de la orden del Comandante”, que estaba obligado a cumplir y obedecer²⁶⁵. Desde el TS se insiste en que la naturaleza de las alegaciones se considera “de todo punto infundadas” cuando se pasa a considerar las “circunstancias de sus honrosos antecedentes” y/o de su “falta de intención” como atenuantes, puesto que todas ellas ya se toman en consideración a la hora de calificarlo como “imprudencia”²⁶⁶.

En otro orden de cosas, una STS de 1877 ofrece algo más de claridad sobre la cuestión de la ignorancia de la ley. La presente sentencia indica que tras un juicio de faltas fueron condenados a diez días de arresto menor Antonio y Bonifacio Herranz. Estos fueron puestos a disposición del Alcalde de Navas. Comenzaron a cumplir su condena en la Casa de Ayuntamiento, sin “ninguna vigilancia” y permitiéndoles el citado “Alcalde” salir a sus casas a las “horas de comer”, dando licencia a Antonio para que fuese a la capital del partido a pagar las “costas” del juicio de faltas, habiendo sido vistos aquellos en las “calles” y “tabernas” de dicho pueblo²⁶⁷. Ocurrió que los hechos fueron probados directamente por “confesión del procesado”, el cual se exculpó manifestando que “creía estar facultado” por las leyes para “lo que había ejecutado”²⁶⁸. Naturalmente, fue condenado por el delito de “connivencia de un funcionario público en la evasión de presos”²⁶⁹. Dicha sentencia ofrece un testimonio de un recurso de casación bastante creativo, si bien acaba desestimado, como desde luego acaba ocurriendo con la inmensa mayoría. Se interpone un recurso de casación por infracción de ley fundado en el art. 798.1 LECrim (citando como infringido el artículo 373 del Código penal). Considera que no existe “evasión de presos” en el sentido “gramatical” y “jurídico” que tiene esta palabra, y porque no se trataba de presos “por delito” que es la referencia de dicho artículo, sino de “arrestados”²⁷⁰.

En una STS de 1871 se observa la rigidez con la que los condenados a la pena de reclusión temporal están sujetos a “trabajos forzosos” en beneficio del Estado, dentro del recinto del establecimiento, según el art. 110 del Código penal²⁷¹. Ningún presidiario podía ser “rebajado”, o destinado a “servicio doméstico”, morando en casas particulares,

²⁶³ STS 608/1879, 10/03/1879 (Ponente: Diego Fernández Cano).

²⁶⁴ STS 608/1879, 10/03/1879 (Ponente: Diego Fernández Cano).

²⁶⁵ STS 608/1879, 10/03/1879 (Ponente: Diego Fernández Cano).

²⁶⁶ STS 608/1879, 10/03/1879 (Ponente: Diego Fernández Cano).

²⁶⁷ STS 214/1877, 01/03/1877 (Ponente: Diego Fernández Cano).

²⁶⁸ STS 214/1877, 01/03/1877 (Ponente: Diego Fernández Cano).

²⁶⁹ STS 214/1877, 01/03/1877 (Ponente: Diego Fernández Cano).

²⁷⁰ STS 214/1877, 01/03/1877 (Ponente: Diego Fernández Cano).

²⁷¹ STS 516/1871, 06/12/1871 (Ponente: Antonio Valdés).

debiendo cumplir su condena “en el presidio”²⁷². España, con una de las legislaciones penitenciarias más estrictas al uso, decretaba por ley que ningún jefe de presidio podía dispensar por sí “rebaja por pequeña que sea”, ni podía eliminar la “retención a los que la tengan”, ni concederá “indulto”, “conmutación de la pena” o “licencia temporal”, entre otras²⁷³. Lo que solía ocurrir en muchos casos era una realidad bifurcada en dos. Por un lado, estaba la teoría con una de las legislaciones más restrictivas de Europa. Por otro lado, tenemos que de facto el cumplimiento de la legislación brillaba por su ausencia:

“Si bien la Ordenanza no fue cumplida escrupulosamente por los Comandantes-Directores de los Presidios (a excepción de Montesinos en Valencia), y por ello, algunos autores como Rafael Salillas (Médico e Inspector de Servicios Sanitarios de Prisiones en 1880) hablaron de un ‘código penitenciario immaculado y profanado a la par’. En parecidos términos se expresaba su enemigo doctrinal Fernando Cadalso y también la penalista Concepción Arenal quien se mostró muy crítica con la infausta vida de los encarcelados en los presidios de aquella época”²⁷⁴.

En resumidas cuentas, estaba prohibido a los Comandantes de esos establecimientos permitir la salida de los penados. En esta línea se pronunciaban las Reales órdenes de 26 de noviembre de 1852, en las que se prevenía que no saliera penado alguno a no ser que fuera para “actos del servicio” y, en este caso, “acompañados de un cabo de vara y un capataz”, con los “hierros correspondientes”²⁷⁵. Asimismo, la Real orden de 6 de mayo de 1860 prohibía la “salida de los penados del cuartel” para “ningún servicio” por “urgente” que fuera²⁷⁶.

Finalmente, en una STS de 1870, a raíz de las declaraciones que varios confinados prestaron, se relata que los hermanos Carreras, y especialmente Jaime “por ser mozo de enfermería”, salían “con frecuencia” del establecimiento, volviendo algunas veces “de noche” y “pasada la hora de reglamento”²⁷⁷. Además, quedó acreditado que ambos “vestían bien” y siempre “estaban provistos de dinero”, solían “comer en la calle”, gozaban de “deferencias” por parte del Comandante López, y dormían “con otros” y en paraje más “cómodo” y “sano” que el de los demás confinados²⁷⁸. El mismo procesado explicó cómo, aun cuando “el reglamento no lo autoriza[ba]”, permitió a varios confinados “salidas periódicas á la calle durante el día” y que, en virtud de los “cargos” que ellos mismos desempeñaban y de la “buena conducta”, les permitía a varios que durmieran en la sala-galería, y que los hermanos Carreras, principalmente Jaime, solían “salir de día” y comer “fuera del establecimiento”²⁷⁹.

Partiendo del expediente gubernativo quedó acreditado que la gracia de “dormir en sitio distinto” se concedía a los confinados por “recomendación especial”, por

²⁷² Art. 297, “Ordenanza General de los Presidios del Reino”, 14.04.1834, enlace: <https://drive.google.com/file/d/0B27DzfbcyPNBZGIBTKstODF5YU0/view?resourcekey=0-jWU-kklU1nE2LTXxJ0gVOQ>.

²⁷³ Art. 298 CP 1870.

²⁷⁴ Leiva-Tapia, J., “La Sanidad en los presidios del Reino: Real Ordenanza General de presidios de 1834”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria* 3 (2015), pp. 75-81, p. 76, enlace: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1575-06202015000300003&lng=es&nrm=iso.

²⁷⁵ STS 516/1871, 06/12/1871 (Ponente: Antonio Valdés).

²⁷⁶ STS 516/1871, 06/12/1871 (Ponente: Antonio Valdés).

²⁷⁷ STS 516/1871, 06/12/1871 (Ponente: Antonio Valdés).

²⁷⁸ STS 516/1871, 06/12/1871 (Ponente: Antonio Valdés).

²⁷⁹ STS 516/1871, 06/12/1871 (Ponente: Antonio Valdés).

recompensa a la “buena conducta” y tal vez por virtud de “gratificaciones”²⁸⁰. Aquí es donde comienzan los problemas puesto que hubo una declaración de uno de los implicados reseñando que “alguno de ellos” dio “dos onzas” para el Comandante López y otro manifestó que el Comandante y el Mayor de presidio habían recibido “40 onzas” por la “evasión de los mismos confinados”²⁸¹.

10. Recurso estimado por el TS

No suele ser nada habitual que el Tribunal Supremo acabe estimando los recursos de casación que se interponen ante él. De hecho, lo más habitual es que se desestimen por contradecir las “afirmaciones de hecho consignadas por el Tribunal sentenciador”, en cuyo juicio es “soberano”, según la LECrim vigente²⁸². No obstante, existen una serie de sentencias que arrojan algo de luz sobre el ICP en aquellos contadísimos casos en los que se estiman los recursos de casación.

En concreto, existe una STS de 1889 que reviste particular interés. El tribunal *a quo*, la Audiencia de lo Criminal de Huesca, recuerda en su condena por ICP que la “connivencia” en un hecho consiste no sólo en “disimular” aquello que el connivente debía “reprender, corregir ó evitar”, sino que también envuelve la “acción de confabularse para su ejecución” o por lo menos “consentir en que se realice”²⁸³. En el caso concreto, la Audiencia había estimado que el Alcaide que “disimula á sabiendas los hechos” que dan lugar a la “fuga” de dos presos es “connivente” en su evasión²⁸⁴. Ello venía dado porque circulaba por Huesca el rumor de que Antonio Sánchez Labadía había intentado fugarse de la cárcel, rumor de que se hizo eco uno de los periódicos diarios que se publican en esta capital. A raíz de ello, el Alcaide de la misma pasó una visita extraordinaria a aquel establecimiento, de cuyo resultado dedujo el convencimiento de que el rumor tenía “algún fundamento” puesto que había encontrado a Sánchez en un “encierro próximo a la puerta de salida”, así como había comprobado otras “infracciones reglamentarias” que le hicieron “sospechosa” la conducta del “Alcaide director” en el desempeño de su cargo, a la sazón D. Mariano Lorén Marín²⁸⁵. Descubrió que Lorén desde pocos días antes de la visita, había “suspendido” el hacer por sí las requisas²⁸⁶. Le amonestó severamente porque daba lugar a dudas sobre su fidelidad en la “vigilancia” del preso Sánchez²⁸⁷. Lorén se defendió sosteniendo que “no era Sánchez, sino otros presos” los que proyectaban fugarse, motivo por el cual no había puesto el hecho en conocimiento del Juez de instrucción²⁸⁸. Sin embargo, el Alcaide Mariano Lorén frecuentaba la casa de juegos que Sánchez tenía establecida en esta ciudad, y con tal motivo existía entre los dos una “amistad íntima” que el Alcaide “demostró” a Sánchez desde el momento mismo en que éste entró en la cárcel²⁸⁹. Las muestras de amistad y de trato de favor se reflejaban en numerosas acciones: “no bajándole á las prisiones en seguida”, al contrario de lo que hacía con todos los presos le “retuvo” por algún tiempo de aquella noche del ingreso “en

²⁸⁰ STS 516/1871, 06/12/1871 (Ponente: Antonio Valdés).

²⁸¹ STS 516/1871, 06/12/1871 (Ponente: Antonio Valdés).

²⁸² STS 720/1890, 29/10/1890 (Ponente: José de Aldecoa).

²⁸³ STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

²⁸⁴ STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

²⁸⁵ STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

²⁸⁶ STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

²⁸⁷ STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

²⁸⁸ STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

²⁸⁹ STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

su propia habitación”, a lo largo de toda su estancia lo sacó “diferentes veces del encierro” y en la noche de Navidad “cenaron juntos en la casa del Alcaide” tanto Sánchez y su esposa como Lorén y la mujer en cuya compañía vivía éste²⁹⁰. Asimismo, la esposa de Sánchez entraba en el establecimiento “a cualquiera hora del día ó de la noche” mientras estaba abierta la puerta de la calle, y también obró en su favor mientras Sánchez estuvo preso “incomunicado” cuando ocupó un calabozo de la planta baja, llamado vulgarmente Fosqueta, porque “no tiene luz directa y es lóbrego” sin más ventilación que la de un ventanillo de su puerta de entrada que da a un paso general, alumbrado por rejas abiertas a un patio interior de la cárcel²⁹¹. Debido a lo “insano” del calabozo el mismo Sánchez, en una visita semanal pasada por la Audiencia, “reclamó para que le sacaran de él”²⁹². Cuando por tercera vez ocupaba la Fosqueta coincidió esto con el desarrollo de una epidemia variolosa en esta ciudad, presentándose dos casos en la cárcel y el entonces Juez de instrucción, previo parecer del facultativo del establecimiento y de acuerdo con el mismo, ordenó que “se subieran de los calabozos bajos á los altos todos los presos que había en los primeros”²⁹³. Por consiguiente, subió también Sánchez, colocándole el Alcaide en el departamento que de su “exclusiva” y “libre voluntad” le pareció²⁹⁴.

Fue ahí cuando se produjo la fuga. Se alega como probado que el mismo día de la fuga el Alcaide Lorén, para “facilitarla sin apariencias de complicidad” por su parte, pretextó estar “enfermo” y permaneció dentro de su habitación, limitándose su servicio personal a pasar la requisa de una manera ligera²⁹⁵. Aquella noche se encendieron las luces “media hora más tarde de la acostumbrada” y al verificarse esta operación entró en el establecimiento la mujer de Sánchez, llegó a la puerta de la prisión donde estaba su marido, recogió las mantas que tenían para abrigarse y se las llevó, volviendo poco después con una abundante cena y cinco o seis litros de vino, que fue el convite con que Sánchez, con “conocimiento del Alcaide”, se despidió de cinco o seis amigos que con él se hallaban presos en el mismo departamento²⁹⁶. Se escapó “por debajo de la ventana reja” que estaba “más próxima a la puerta de la cuadra”, en vez de hacerlo por la que en el mismo muro y en identidad de condiciones para la evasión había en el extremo opuesto del encierro, con mayores ventajas²⁹⁷. El tribunal sentenciador estimó que los hechos eran constitutivos del delito de “infidelidad en la custodia de presos” cometidos por un “funcionario público”, en connivencia con los presos fugados con la circunstancia agravante de “nocturnidad”²⁹⁸.

Naturalmente, el TS estimó el recurso por quebrantamiento de forma interpuesto por el Alcaide Lorén. Por un lado, se observa como cierta la doctrina según la cual la connivencia de un hecho consiste “no sólo en disimular aquello que el connivente debía reprimir, corregir ó evitar” sino que también envuelve la “acción de confabularse para su ejecución” o, por lo menos, “consentir en que se realice”²⁹⁹. Abiertamente el TS reconoce que en el caso no cabe duda de que Mariano Lorén fue connivente en la evasión de los presos Antonio Sánchez y Antonio Olivar de la cárcel donde se hallaban, porque,

²⁹⁰ STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

²⁹¹ STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

²⁹² STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

²⁹³ STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

²⁹⁴ STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

²⁹⁵ STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

²⁹⁶ STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

²⁹⁷ STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

²⁹⁸ STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

²⁹⁹ STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

según los hechos declarados probados en la sentencia, les disimuló “á sabiendas” hechos que como Alcaide estaba en el deber de corregir y evitar, y que demuestran su “confabulación en la fuga”, la cual no se hubiera realizado sin el consentimiento por su parte y al aprovechar y “buscar de propósito la noche” para realizar los actos de connivencia, procurando por este medio la “impunidad”³⁰⁰. Así las cosas, no se incurrió en el error de derecho y teniendo en cuenta la participación del Alcaide (por el solo hecho de ser connivente de evasión) de los referidos presos, y constituyendo cada uno un delito, es clara su responsabilidad en “ambos”, pero habiéndose ejecutado en “un solo acto” ha incurrido en la pena correspondiente “al más grave” aplicado en el “grado máximo”³⁰¹. Por lo tanto, al imponer el Tribunal a quo la pena señalada a “cada uno de los hechos justiciables” ha incurrido en “error de derecho”³⁰².

Otro ejemplo de las pocas sentencias del TS en las que se estima el recurso de casación es una STS de 1887. El secretario de un Ayuntamiento que se hace cargo de un preso con causa pendiente en su paso de tránsito para otro punto, y sin tomar precaución alguna lo aloja en “un mesón sin advertir nada” lo cual motivó su fuga³⁰³. Se le trata de hacer responsable por “imprudencia temeraria” del delito que define el art. 373 del Código penal³⁰⁴. Sin embargo, la Audiencia de Gerona acaba por absolver al acusado de la condena previa. Ante esto, el Ministerio Fiscal interpone un recurso de casación por infracción de ley. Se estima que, conforme al art. 581 CP 1870, el que por “imprudencia temeraria” ejecutare un hecho mediando “malicia” incurre en un delito grave y será castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo, a prisión correccional en su grado mínimo, en la cual ha incurrido el procesado³⁰⁵. Este último, Garcerán, era “funcionario público”, por lo que el delito que se le imputa, efectuado con malicia, merecería la inhabilitación temporal, pena aflictiva, y que califica de grave el expresado delito³⁰⁶. El problema radica en que la Audiencia de Gerona se había “separado” de dicho “criterio jurídico” y, en consecuencia, hubo “infringido” el CP 1870³⁰⁷. En definitiva, incurrió en el “error de derecho” de “no apreciar como delito un hecho que lo es” según se sostiene por el Ministerio Fiscal³⁰⁸.

En el Juzgado de instrucción de La Bisbal se seguía causa por tentativa de robo contra Celestino Boca Figueras, que estaba en prisión provisional y habiéndose dispuesto por el Juez fuese trasladado a la ciudad de Barcelona con las seguridades debidas. Para que allí se acordase el reconocimiento de Celestino se puso a disposición del Alcalde de la cabeza de partido para que se verificase la conducción por los trámites de justicia, con un pliego cerrado dirigido al Juez Decano de la mencionada ciudad. El alcalde de La Bisbal hizo acompañar al preso hasta el distrito inmediato de Corza y que de pueblo en pueblo fuese conducido de La Pera a Flassá, custodiado por una persona que “iba desarmada” y llevaba al preso “desatado”³⁰⁹. El paisano Benito Castells, por orden verbal de la Alcaldía de Flassá, presentó al Regidor de Mollés, D. Martin Borne, un hombre, que

³⁰⁰ STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

³⁰¹ Art. 90 CP 1870.

³⁰² STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).

³⁰³ STS 207/1887, 15/12/1887 (Ponente: Mateo de Alcocer).

³⁰⁴ STS 207/1887, 15/12/1887 (Ponente: Mateo de Alcocer).

³⁰⁵ STS 207/1887, 15/12/1887 (Ponente: Mateo de Alcocer).

³⁰⁶ STS 207/1887, 15/12/1887 (Ponente: Mateo de Alcocer). En este sentido vid., STS 684/1891, 21/11/1891 (Ponente: Miguel de Castells).

³⁰⁷ STS 207/1887, 15/12/1887 (Ponente: Mateo de Alcocer).

³⁰⁸ STS 207/1887, 15/12/1887 (Ponente: Mateo de Alcocer).

³⁰⁹ STS 207/1887, 15/12/1887 (Ponente: Mateo de Alcocer).

era el preso Celestino, a quien acompañaba “sin ligadura y sin armas”, y que habiendo ido, por manifestación del propio Regidor, a buscar al Secretario D. Mariano Garcerán, le encontraron los tres “en la carretera” que va a la Bolla, vecindario del referido pueblo de Flassá, cuyo Secretario, después de varias contestaciones, se hizo cargo del sujeto y de un pliego cerrado, cuya dirección no pudo precisarse, y de todo lo que, según manifestación de Castells, ofreció darle recibo al día siguiente. Dado que era tarde, y después de haber manifestado el Secretario al Regidor D. Martín Borne que podía retirarse, el sujeto a quien había acompañado desde Flassá fue colocado por el procesado “sin precaución alguna” para pernoctar en el mesón de Pedro Aspe, ya que en el pueblo de Mollés no existía local alguno destinado a cárcel³¹⁰. Sobre las nueve de la noche “so pretexto de ir al excusado” desapareció Celestino Roca, que a la mañana siguiente “debía ser conducido” al vecino pueblo de Bordils, sin que hasta la fecha se hubiera “podido averiguar su paradero”³¹¹.

La Audiencia de lo Criminal de Gerona había declarado que los hechos probados constituían el delito de infidelidad en la custodia de presos por imprudencia temeraria, previsto en el art. 373 del Código penal, y en atención a que a su juicio, no se hubo probado que Celestino Roca hubiese sido entregado como preso al Regidor de Mollet D. Martín Borne, y que “por la manera como le fué presentado” pudo inducirles racionalmente a creer que “se trataba de un nuevo detenido” faltaría la base para la imposición equitativa de la pena, por estar subordinada ésta, según los artículos 373 y 581 del Código a las señaladas por la ley al delito por el cual “se hallase procesado el fugitivo”, la sola indicación con respecto a éste, vaga e indeterminadamente de estarlo por tentativa de robo, y no especificar el caso de que se trata, se acabó absolviendo a Mariano Garcerán y Torrent³¹².

Adicionalmente, en otra de las pocas sentencias en las que el recurso se estima, se delimita la acción constitutiva de delito y se crea jurisprudencia posterior que será seguida ininterrumpidamente por el TS a lo largo de su historia. Se trata de una STS de 1898 en la que la Audiencia de lo Criminal de Vitoria había sostenido que los hechos origen de esta causa “no son ni pueden ser constitutivos de delito calificado por el Ministerio fiscal de infidelidad en la custodia de presos” puesto que el penado García “no se fugó ni intentó fugarse” y ni siquiera “dejó de estar bajo la vigilancia del Jefe de la cárcel”³¹³. Así las cosas, la Audiencia consideró la inexistencia del delito calificado, aunque el hecho constituyera un “abuso de funciones administrativas”, corregible por la Autoridad superior a “quien competa”³¹⁴. Por ello absolvió al procesado. Sin embargo, el Ministerio Fiscal interpuso recurso porque, a su entender, el jefe de un establecimiento penitenciario, suponiéndose “investido” de facultades “de que carece”, dispuso que un recluso le acompañare y permaneciese “fuera de la cárcel” con lo que incurrió en la “sanción del art. 373 caso 1^o” del CP 1870³¹⁵.

El TS acabó dando la razón al Ministerio Fiscal y sentó un precedente que se mantendría en el tiempo. Para el TS los jefes de establecimientos penitenciarios “carecen

³¹⁰ STS 207/1887, 15/12/1887 (Ponente: Mateo de Alcocer).

³¹¹ STS 207/1887, 15/12/1887 (Ponente: Mateo de Alcocer).

³¹² STS 207/1887, 15/12/1887 (Ponente: Mateo de Alcocer).

³¹³ STS 619/1898, 13/12/1898 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).

³¹⁴ STS 619/1898, 13/12/1898 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).

³¹⁵ STS 619/1898, 13/12/1898 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).

de facultades para alterar el cumplimiento de las condenas”³¹⁶. Ellos deben someterse a su deber y a los “sometidos á su custodia”³¹⁷. En este caso, el procesado cometió “con este abuso” el delito definido en el artículo citado 373 y se concluye afirmando que la “salida del establecimiento equivale, según reiterada doctrina de esta Sala, á la evasión de que habla el Código”³¹⁸.

11. Cambio de rumbo

A partir de una STS de 1962 se infiere un cambio en la consideración social del mismo, en lo que he venido en denominar una ‘humanización del formalismo’, aunque solo sea de manera teórica. Reconoce lo absurdo que resulta a veces el ICP cuando el recluso sale del establecimiento penitenciario para cuestiones menores. La sentencia trata una cuestión clave en todo este asunto: la falta de connivencia. Dicho punto se ha alegado en repetidas ocasiones para evitar la calificación del delito de ICP. En dicha STS de 1962 se describe cómo el recurrente alega como infringidos el artículo 362 CP 1944 precisamente por “falta de connivencia” tal y como exige el precepto “definidor del delito de infidelidad en la custodia de presos”³¹⁹. El recurso es uno de los pocos que se admiten. Dicha situación se da entre el condenado y el Alcalde, “no encargado del Depósito Municipal”³²⁰. Puede admitirse, como un “elemento estrictamente formal” que responde al mismo “concepto formalista” de la sentencia recurrida³²¹. El tribunal penal no puede desconocer que en muchos Depósitos Municipales de las pequeñas localidades, por estar “faltos de elementos y condiciones”, comenzando por la “seguridad” y el “debido alojamiento” y “acomodo” de detenidos o arrestados, se dan “razones de humanidad y conveniencia” que se impulsan de modo “extrarreglamentario”³²². Es por ello que, siempre que la conducta de los sujetos a privación de libertad “haga confiar en la no evasión”, a que se realicen “determinados actos de la vida” como puede ser “pernoctar” fuera de tales locales, que por su “estrechez”, “incomodidad” y “condiciones antihigiénicas” los impiden o dificultan por aquella razón formalista y por “esta convicción de conocimiento real” que la refuerza “no infringe los preceptos aplicados” y debe ser “acogido” el recurso³²³. El propio TS reconoce que, aunque ello “no consta” del hecho probado, lo cierto es que “cabe inferirlo así”³²⁴. El motivo que esgrime es que al procesado absuelto “no extrañó la orden de salida” y, de hecho, había visto “en varias ocasiones” salir del depósito a otros detenidos, y en consecuencia, la salida del arresto, que es objeto de este proceso, para “pasar las noches en su domicilio”, sin contar con que tal condena podía ser cumplida en “arresto domiciliario”, no parece razonable que se castigue³²⁵.

Con este razonamiento, la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo incorpora dos principios que “mutuamente se completan” y a la vez se “integran”³²⁶. El primero es

³¹⁶ STS 619/1898, 13/12/1898 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).

³¹⁷ STS 619/1898, 13/12/1898 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).

³¹⁸ STS 619/1898, 13/12/1898 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).

³¹⁹ STS 743/1962, 27/02/1962 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).

³²⁰ STS 743/1962, 27/02/1962 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).

³²¹ STS 743/1962, 27/02/1962 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).

³²² STS 743/1962, 27/02/1962 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).

³²³ STS 743/1962, 27/02/1962 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).

³²⁴ STS 743/1962, 27/02/1962 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).

³²⁵ Tal y como indica preceptivamente el art. 85 CP 1944.

³²⁶ STS 743/1962, 27/02/1962 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).

“huir de la concepción formalista” tan fuertemente anclada en el “estamento jurídico-penal”³²⁷. El segundo, que en parte es consecuencia del primero, consiste en “radicar siempre la especulativa y la práctica penal” en la “realidad de la vida y de las cosas”³²⁸.

12. Conclusiones

En lo relativo a la ICP la jurisprudencia suele ser repetitiva y poco clarificadora. Se tiende a desarrollar una doctrina muy estricta con respecto a la acción tipificada y, por lo general, no suele haber problemas a la hora de catalogar un delito de ICP como tal. Las pocas situaciones en las que se puede advertir una cierta confusión y/o matices con respecto a la acción tipificada es a la hora de tratar Códigos penales de ultramar y sus adaptaciones con respecto del español: Cuba, Puerto Rico y Filipinas.

Se puede observar cierta dualidad en la ICP: la esfera judicial y la calle. Resulta sorprendente la ingenuidad con la que los acusados tratan de defenderse, casi como si desconocieran la línea de interpretación establecida del TS. Si lo comparo con otros delitos que he analizado a través de la jurisprudencia del TS destaca, sin duda, lo naíf de sus argumentos³²⁹. No únicamente recurren adaptándose poco a la doctrina oficial, sino que parecen desconocerla por completo. Al examinar detenidamente las fundamentaciones se suceden soliloquios larguísimos que pasan por alto los aspectos más básicos de la ICP. Por lo general, encuentro las defensas mucho más torpes que en otros delitos³³⁰. Los jueces, al contrario de lo que ocurría con otros delitos, actúan de manera muy dogmática³³¹. Si en otras cuestiones podemos afirmar que entendieron la realidad del momento y supieron leer entre líneas, lo cierto es que la realidad de la custodia de presos resulta notoria por no llegar a armonizar la realidad de la calle con la judicial. Las sentencias tienen condenas muy claras, muy parecidas y rara vez se desvían de lo establecido por el TS.

Asimismo, la denominada “realidad de la calle” tiene tres posibilidades: por un descuido puntual, por costumbre o por corrupción. La primera implica un descuido sin aparente importancia, pero que luego permite calificar la acción como constitutiva de un delito de ICP (por unos jueces implacables y, a mi parecer, excesivamente formalistas). De hecho, hasta para un jurista como el que escribe estas líneas resulta irrisorio considerar como delitos conductas que rayan en lo inocente. La segunda supone una negligencia sostenida y controlada en el tiempo. Se trata de una dejadez y una observancia de la ley y los reglamentos extremadamente laxa (cuando no inexistente). En ocasiones el Alcaide deja al preso con una autonomía tal que no parece que se trate de un preso. La tercera es

³²⁷ STS 743/1962, 27/02/1962 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).

³²⁸ STS 743/1962, 27/02/1962 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).

³²⁹ Franco-Chasán, J., “El estupro en la jurisprudencia española (1870-1978): De eje vertebrador a resquicio de los delitos deshonestos”, A. Masferrer (ed.), *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978): Contribución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica*, Pamplona: Aranzadi Thompson Reuters, 2023.

³³⁰ Masferrer, A., “La prueba del delito de adulterio en España: un análisis jurisprudencial (1870-1978)”, *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978): Contribución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica*, Pamplona: Aranzadi Thompson Reuters, 2023.

³³¹ Franco-Chasán, J., “El delito de duelo en la jurisprudencia española (1870-1978): Una realidad prohibida ‘de iure’ burlada en la práctica”, A. Masferrer (ed.), *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos*, Pamplona: Aranzadi Thompson Reuters, 2023.

la más gravosa, así como la menos habitual: consiste en amenazar a los presos a fin de que les paguen para su liberación o condiciones más libres de trato.

En cualquier caso, se trata de un delito que raya en lo amoral: el ilícito en la mayoría de los casos se basa únicamente en el incumplimiento de un reglamento. Si bien no puede afirmarse que no exista ningún tipo de moral detrás de los delitos³³², lo cierto es que entronca fuertemente con un formalismo jurídico: o entra en la definición del delito o no entra. No existen consideraciones intermedias -más allá de la determinación de la pena- ni adaptaciones culturales de ningún tipo. Ni siquiera se observa el tradicional dualismo entre la ética protestante del trabajo y la católica. Sorprendentemente, aquí no se observa la cosmovisión cultural más habitual en países católicos, sino parece tenderse a un incipiente desenraizamiento de la noción cultural del delito. Cabría decir que se tiende hacia un puritanismo propio de la ética protestante del trabajo resultaría inexacto: ni existe ese *hummus* cultural en España ni es apropiado conducir este formalismo estricto a englobar una ética protestante. Sencillamente el Estado pasa a controlar y gestionar la ICP a través de la regulación. La posible discrecionalidad de la que el juez pudiera hacer gala se borra por completo. No queda resquicio alguno de la posible intervención -o excesos- de los jueces de la que sí hacían gala antes del periodo codificador.

Por otro lado, el número de sentencias sobre las que trabajar no supera el centenar a lo largo de un periodo analizado de casi doscientos años. Si el análisis de la ICP arrojaba algo de luz en cuestiones muy contadas ocasiones -como hemos destacado en el artículo- lo cierto es que tampoco resulta cuantitativamente representativo.

Fuentes jurídicas y bibliografía

Fuentes normativas

Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias (a cargo de López Barja de Quiroga, J., Rodríguez Ramos, L., Ruiz de Gordejuela López, L.), Madrid: Akal, 1987.

Código Penal vigente en las Islas Filipinas: y Ley Provisional dictando Reglas de enjuiciamiento: precedido de la exposición dirigida al gobierno por la Comisión codificadora y anotado con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Madrid: Estab. tip. de Pedro Núñez, 1887.

Código Penal vigente en las islas de Cuba y Puerto Rico mandado observar por Real Decreto de 23 de mayo de 1879: anotado con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y completado con la Ley y Reglamento de abolición de la esclavitud, ... y demás disposiciones de carácter penal especial, Madrid: Fabricación: Estab. tip. de Pedro Nuñez, 1886.

Gaceta de Madrid, No. 144, Año CCXV, T. II, martes 23 mayo 1876, enlace: https://www.boe.es/diario_gazeta/comun/pdf.php?p=1876/05/23/pdfs/GMD-1876-144.pdf.

Gaceta de Madrid, No. 353, Año CCXXV, T. IV, domingo 19 diciembre 1886, enlace: <https://www.boe.es/gazeta/dias/1886/12/19/pdfs/GMD-1886-353.pdf>.

Ordenanza General de los Presidios del Reino, 14.04.1834, enlace: <https://drive.google.com/file/d/0B27DzfbcyPNBZGIBTkstODF5YU0/view?resourcekey=0-jWU-kklU1nE2LTXxJ0gVOQ>.

CP 1822, CP 1848/1850, CP 1870, CP 1928, CP 1932 y CP 1944.

Memoria elevada al Gobierno de S. M. en 15 de septiembre de 1904 por el fiscal del Tribunal Supremo, D. Juan Maluquer y Viladot, Madrid, 1904.

³³² Para un detallado estudio de la cuestión vid. Masferrer, A., *Dignidad y derechos humanos. Un análisis retrospectivo de su formación en la tradición occidental*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, 297 pp. Vid., asimismo, su versión inglesa Masferrer, A., *The Making of Dignity and Human Rights in the Western Tradition: A Retrospective Analysis*, Cham: Springer, 2023.

Ley de 26 de julio de 1849.

Reglamento de 5 de marzo de 1948.

Consulta n.º 3/1998, de 3 de abril, sobre la detención y delitos de quebrantamiento de condena.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Consultas 26/1899 y 3/1945, de 15 de febrero de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Fiscalía General del Estado, Consulta N.º 3/1998, de 3 de abril, sobre la detención y delitos de quebrantamiento de condena.

Código de Justicia Militar.

Jurisprudencia

Número de sentencias del Tribunal Supremo sobre la infidelidad en la custodia de presos (ICP) consultadas (en el *Centro de Documentación Judicial*, CENDOJ), del Consejo General del Poder Judicial, cuyo buscador permite el acceso al contenido íntegro de las sentencias desde 1870; véase <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>):

Las cifras de sentencias sobre el delito de dolo que llegaron en casación al TS entre 1870 y 1978, por décadas, son las siguientes; **década 1870-1879: 30** (1870, 0; 1871, 2; 1872, 3; 1873, 2; 1874, 5; 1875, 2; 1876, 2; 1877, 8; 1878, 3; 1879, 3); **década 1880-1889: 40** (1880, 2; 1881, 3; 1882, 3; 1883, 2; 1884, 2; 1885, 5; 1886, 3; 1887, 5; 1888, 6; 1889, 9); **década 1890-1899: 31** (1890, 5; 1891, 3; 1892, 0; 1893, 3; 1894, 6; 1895, 1; 1896, 5; 1897, 2; 1898, 5; 1899, 1); **década 1900-1909: 2** (1900, 1; 1901, 0; 1902, 1; 1903, 0; 1904, 0; 1905, 0; 1906, 0; 1907, 0; 1908, 0; 1909, 0); **década 1910-1919: 7** (1910, 2; 1911, 1; 1912, 1; 1913, 0; 1914, 1; 1915, 2; 1916, 0; 1917, 0; 1918, 0; 1919, 0); **década 1920-1929: 3** (1920, 1; 1921, 1; 1922, 0; 1923, 0; 1924, 0; 1925, 0; 1926, 2; 1927, 0; 1928, 0; 1929, 1); **década 1930-1939: 1** (1930, 0; 1931, 0; 1932, 0; 1933, 1; 1934, 0; 1935, 0; 1936, 0; 1937, 0; 1938, 0; 1939, 0); **periodo 1940-1949: 2** (1940, 0; 1941, 0; 1942, 0; 1943, 0; 1944, 0; 1945, 0; 1946, 0; 1947, 0; 1948, 0; 1949, 2); **periodo 1950-1959: 15** (1950, 2; 1951, 3; 1952, 2; 1953, 0; 1954, 2; 1955, 1; 1956, 1; 1957, 1; 1958, 3; 1959, 0); **periodo 1960-1969: 6** (1960, 1; 1961, 0; 1962, 1; 1963, 1; 1964, 1; 1965, 0; 1966, 0; 1967, 2; 1968, 0; 1969, 0); **periodo 1970-1980: 6** (1970, 0; 1971, 0; 1972, 0; 1973, 0; 1974, 1; 1975, 0; 1976, 0; 1977, 1; 1978, 4; 1979, 0; 1980, 0).

Listado de sentencias del Tribunal Supremo utilizadas y citadas aquí en su mayoría

STS 516/1871, 06/12/1871 (Ponente: Antonio Valdés).
STS 840/1871, 13/05/1871 (Ponente: Tomás Huet y Alíer).
STS 944/1872, 23/09/1872 (Ponente: Fernando Pérez de Rojas).
STS 1172/1872, 16/03/1872 (Ponente: Francisco de Vera).
STS 603/1872, 01/05/1872 (Ponente: Manuel Almonacá y Mora).
STS 655/1873, 18/10/1873 (Ponente: Diego Fernández Cano).
STS 746/1873, 12/12/1873 (Ponente: Luis Vázquez de Mondragón).
STS 402/1874, 13/08/1874 (Ponente: Alberto Santías).
STS 377/1874, 03/07/1874 (Ponente: Manuel Almonacá y Mora).
STS 375/1874, 25/05/1874 (Ponente: Luis Vázquez de Mondragón).
STS 950/1874, 10/11/1874 (Ponente: Benito de Ulloa y Rey).
STS 937/1874, 28/10/1874 (Ponente: Mariano García Cembrero).
STS 452/1875, 15/06/1875 (Ponente: Ricardo Díaz de Rueda).
STS 622/1875, 23/11/1875 (Ponente: Manuel María de Basualdo).
STS 302/1876, 12/02/1876 (Ponente: Eugenio de Angulo).
STS 677/1876, 26/06/1876 (Ponente: Luciano Boada).
STS 672/1877, 27/12/1877 (Ponente: Emilio Bravo).
STS 307/1877, 24/05/1877 (Ponente: Miguel Zorrilla).
STS 260/1877, 13/04/1877 (Ponente: Manuel María de Basualdo).
STS 311/1877, 17/02/1877 (Ponente: Luciano Boada).

STS 214/1877, 01/03/1877 (Ponente: Diego Fernández Cano).
STS 144/1877, 22/01/1877 (Ponente: Eugenio de Angulo).
STS 327/1877, 06/06/1877 (Ponente: Manuel María de Basualdo).
STS 243/1877, 24/03/1877 (Ponente: Diego Fernández Cano).
STS 104/1878, 05/01/1878 (Ponente: Eugenio de Angulo).
STS 365/1878, 23/05/1878 (Ponente: Antonio Valdés).
STS 291/1878, 29/03/1878 (Ponente: Julián Gómez Inguanzo).
STS 608/1879, 10/03/1879 (Ponente: Diego Fernández Cano).
STS 230/1879, 14/11/1879 (Ponente: Pedro Sánchez Mora).
STS 144/1879, 10/05/1879 (Ponente: Diego Fernández Cano).
STS 136/1880, 08/02/1880 (Ponente: Diego Fernández Cano).
STS 779/1880, 30/10/1880 (Ponente: Manuel León y Romero).
STS 766/1881, 06/06/1881 (Ponente: Pedro Sánchez Mora).
STS 607/1881, 05/03/1881 (Ponente: Luciano Boada).
STS 649/1881, 23/03/1881 (Ponente: José Muñiz Alaiz).
STS 599/1882, 26/11/1882 (Ponente: Eduardo Martínez del Campo).
STS 932/1882, 04/04/1882 (Ponente: Manuel León y Romero).
STS 836/1882, 17/04/1882 (Ponente: Rafael Alcaraz y Ramos).
STS 413/1883, 17/05/1883 (Ponente: Mateo de Alcocer).
STS 822/1883, 27/12/1883 (Ponente: Bernardo María Hervás).
STS 1323/1884, 15/03/1884 (Ponente: Juan Francisco Bustamante).
STS 1235/1884, 29/12/1884 (Ponente: Mateo de Alcocer).
STS 1448/1885, 21/10/1885 (Ponente: Emilio Bravo).
STS 1184/1885, 17/12/1885 (Ponente: Mateo de Alcocer).
STS 1436/1885, 16/10/1885 (Ponente: Bernardo María Hervás).
STS 1529/1885, 23/12/1885 (Ponente: Rafael Álvarez Martínez).
STS 1121/1885, 27/11/1885 (Ponente: José de Aldecoa).
STS 441/1886, 22/10/1886 (Ponente: Ángel Gallifa).
STS 1076/1886, 09/06/1886 (Ponente: Rafael Álvarez Martínez).
STS 46/1886, 06/11/1886 (Ponente: Raimundo Fernández Cuesta).
STS 207/1887, 15/12/1887 (Ponente: Mateo de Alcocer).
STS 205/1887, 14/12/1887 (Ponente: Antonio Garijo Lara).
STS 978/1887, 24/05/1887 (Ponente: Diego de Montero Espinosa).
STS 985/1887, 26/05/1887 (Ponente: Antonio Garijo Lara).
STS 775/1887, 28/10/1887 (Ponente: Federico Enjuto).
STS 792/1888, 22/06/1888 (Ponente: Diego de Montero Espinosa).
STS 267/1888, 22/03/1888 (Ponente: Juan Manuel Romero).
STS 782/1888, 20/06/1888 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).
STS 307/1888, 03/07/1888 (Ponente: Mateo de Alcocer).
STS 771/1888, 18/06/1888 (Ponente: Mateo de Alcocer).
STS 1086/1888, 03/05/1888 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).
STS 562/1889, 04/04/1889 (Ponente: Mateo de Alcocer).
STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).
STS 782/1889, 25/06/1889 (Ponente: Emilio Bravo).
STS 1146/1889, 13/03/1889 (Ponente: Antonio Garijo Lara).
STS 361/1889, 29/10/1889 (Ponente: Eduardo Martínez del Campo).
STS 968/1889, 18/01/1889 (Ponente: Diego Montero de Espinosa).
STS 683/1889, 09/05/1889 (Ponente: Mateo de Alcocer).
STS 358/1889, 28/10/1889 (Ponente: Miguel de Castells).
STS 1306/1889, 11/06/1889 (Ponente: Rafael Álvarez Martínez).
ATS 108/1890, 12/06/1890 (Ponente: Antonio María de Prida).
STS 534/1890, 13/12/1890 (Ponente: Mateo de Alcocer).
STS 720/1890, 29/10/1890 (Ponente: José de Aldecoa).
STS 469/1890, 22/11/1890 (Ponente: Luis Lamas).
STS 866/1890, 26/04/1890 (Ponente: Miguel de Castells).

- STS 160/1891, 21/01/1891 (Ponente: Rafael Solís Liébana).
STS 755/1891, 22/12/1891 (Ponente: Luis Lamas).
STS 684/1891, 21/11/1891 (Ponente: Miguel de Castells).
STS 342/1893, 17/01/1893 (Ponente: Enrique Lassus).
STS 775/1893, 30/11/1893 (Ponente: Victoriano Hernández).
STS 644/1893, 28/07/1893 (Ponente: Pedro Lavín).
STS 526/1894, 13/06/1894 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).
STS 515/1894, 06/06/1894 (Ponente: Victoriano Hernández).
STS 345/1894, 09/03/1894 (Ponente: Federico Melchor y Lamanette).
STS 631/1894, 29/09/1894 (Ponente: Federico Melchor y Lamanette).
STS 348/1894, 14/03/1894 (Ponente: Victoriano Hernández).
STS 775/1894, 27/11/1894 (Ponente: Federico Melchor y Lamanette).
STS 952/1895, 26/12/1895 (Ponente: Eduardo Martínez del Campo).
STS 1102/1896, 18/01/1896 (Ponente: Rafael Solís Liébana).
STS 479/1896, 26/05/1896 (Ponente: Juan de Dios Roldán).
STS 1326/1896, 30/06/1896 (Ponente: José María Barnuevo).
STS 380/1896, 23/04/1896 (Ponente: Daniel Rodríguez).
STS 1208/1896, 17/04/1896 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).
STS 194/1897, 13/04/1897 (Ponente: Pedro Lavín).
STS 66/1897, 21/01/1897 (Ponente: José de Garnica).
STS 619/1898, 13/12/1898 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).
STS 625/1898, 15/12/1898 (Ponente: Mateo de Alcocer).
STS 1031/1898, 26/09/1898 (Ponente: Ángel María Decarrete).
STS 548/1898, 13/04/1898 (Ponente: José María Barnuevo).
ATS 64/1898, 14/07/1898 (Ponente: Salvador Viada).
ATS 42/1899, 11/12/1899 (Ponente: José María Barnuevo).
- STS 149/1900, 10/02/1900 (Ponente: Juan de Aldana).
STS 508/1902, 16/01/1902 (Ponente: Rafael de Solís Liébana).
STS 538/1910, 17/02/1910 (Ponente: Nazario Vázquez).
STS 709/1910, 19/05/1910 (Ponente: Ricardo Juan Ortiz).
ATS 124/1911, 29/09/1911 (Ponente: Leandro Prieto).
STS 655/1912, 03/01/1912 (Ponente: Félix de Aramburu).
STS 669/1914, 22/10/1914 (Ponente: Luis González Valdés).
STS 438/1915, 02/07/1915 (Ponente: Francisco Pampillón).
STS 131/1915, 01/05/1915 (Ponente: Mariano Luján).
STS 337/1920, 26/11/1920 (Ponente: Ángel Díaz Benito).
STS 441/1921, 29/04/1921 (Ponente: José Bellver y Oña).
STS 209/1929, 18/04/1929 (Ponente: Luis Ibarguen).
STS 705/1933, 11/03/1933 (Ponente: Alberto de Paz Mateos).
STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castelló y Madrid).
STS 834/1949, 28/03/1949 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).
STS 527/1950, 11/10/1950 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).
STS 1600/1950, 11/10/1950 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).
STS 1194/1951, 17/03/1951 (Ponente: Francisco de la Rosa Vega).
STS 1688/1951, 10/12/1951 (Ponente: Francisco de la Rosa de la Vega).
STS 1270/1951, 05/12/1951 (Ponente: Gerardo Álvarez de Miranda y Valderrábanos).
STS 1565/1952, 26/02/1952 (Ponente: Eugenio de Eizaguirre Pozzi).
ATS 66/1952, 01/07/1952 (Ponente: Eugenio de Eizaguirre Pozzi).
STS 1980/1954, 26/01/1954 (Ponente: Eugenio de Eizaguirre Pozzi).
STS 1478/1954, 04/06/1954 (Ponente: Napoleón Ruiz Falco).
STS 3188/1955, 31/05/1955 (Ponente: Eugenio de Eizaguirre Pozzi).
STS 123/1956, 01/03/1956 (Ponente: Joaquín Domínguez de Molina).
STS 962/1957, 12/03/1957 (Ponente: Federico de Castejón y Martínez de Arizala).
STS 873/1958, 23/02/1958 (Ponente: Alejandro García Gómez).

STS 1419/1958, 28/02/1958 (Ponente: Pablo Murga Castro).
STS 91/1958, 30/01/1958 (Ponente: Acacio Charrín y Martín).
STS 1761/1960, 21/05/1960 (Ponente: José María González Díaz).
STS 743/1962, 27/02/1962 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arizala).
STS 1620/1963, 03/07/1963 (Ponente: Luis López Ortiz).
ATS 101/1964, 29/01/1964 (Ponente: Francisco Casas y Ruiz del Árbol).
STS 2570/1967, 28/04/1967 (Ponente: Ángel Escudero del Corral).
STS 3188/1967, 24/05/1967 (Ponente: José Espinosa Herrera).
STS 408/1974, 20/12/1974 (Ponente: José Hijas Palacios).
STS 630/1977, 27/05/1977 (Ponente: Fernando Díaz Palos).
STS 3695/1978, 05/06/1978 (Ponente: José Hijas Palacios).
STS 3653/1978, 17/06/1978 (Ponente: Bernardo Francisco Castro Pérez).
STS 3976/1978, 05/06/1978 (Ponente: José Hijas Palacios).
STS 4070/1978, 17/06/1978 (Ponente: Bernardo Francisco Castro Pérez).

Fechas de sentencias del Tribunal Supremo consultadas en ediciones distintas al CENDOJ:

5 de marzo de 1881.

22 de octubre de 1886.

3 de enero de 1912.

Bibliografía y otras fuentes

Alfonso X El Sabio, *Las Siete Partidas del Rey don Alfonso El Sabio, cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia*, Tomo III, Madrid: Imprenta Real, 1807.

Burgos Fernández, F., “Evolución histórica de la legislación penitenciaria en España”, Cádiz: Universidad de Cádiz, pp. 253-266.

- *Código penal reformado con notas y concordancias con el de 1850 y leyes provisionales*, Biblioteca de instrucción y Recreo, 1870.

- *Código penal reformado de 1870, con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado*, Madrid: Fe, 1890.

- *Código penal reformado de 1870. Concordado y comentado para su mejor inteligencia y fácil aplicación...*, Madrid: Establecimiento tipográfico de Luis Tasso, 1874.

- *Cuadros sinópticos para la aplicación de las penas*, Madrid: Fe, 1906.

Del Rosal Fernández, J., “Del sentido realista de la interpretación penal: en base a la infidelidad en la custodia de presos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 15-1 (1962), pp. 83-85.

“Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española”, RAE, enlace: <https://dle.rae.es/form%C3%B3n?m=form> . Visto en 27.02.2024.

Franco-Chasán, J., “El estupro en la jurisprudencia española (1870-1978): De eje vertebrador a resquicio de los delitos deshonestos”, Masferrer, A. (ed.), *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978): Contribución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica*, Pamplona: Aranzadi Thompson Reuters, 2023.

Franco-Chasán, J., “El delito de duelo en la jurisprudencia española (1870-1978): Una realidad prohibida ‘de iure’ burlada en la práctica”, Masferrer, A. (ed.), *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos*, Pamplona: Aranzadi Thompson Reuters, 2023.

García-Gallo, A., *Estudios de Historia del Derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972.

Herrero Tegedor, F., “¿Puede el delito de infidelidad en la custodia de presos ser cometido por imprudencia? En torno a una opinión jurisprudencial”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 188 (1950), pp. 81-88.

Iñesta, E., *El Código Penal Español de 1848*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

Leiva-Tapia, J., “La Sanidad en los presidios del Reino: Real Ordenanza General de presidios de 1834”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria* 3 (2015), pp.75-81, enlace:

http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1575-06202015000300003&lng=es&nrm=iso.

López Soria, Y., “Los juicios de Núremberg. Análisis de su enfoque a la culpabilidad”, *Revista Universidad y Sociedad* 13-2 (2021), pp. 517-527.

Martínez Alcubilla, M., *Diccionario de la jurisprudencia penal de España ó repertorio alfabético*, Madrid: Imprenta de la V. é hijas de A. Peñuelas, 1874.

Masferrer, A.:

- *The Western Codification of Criminal Law. A Revision of the Myth of its Predominant French Influence*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York: Springer (Collection ‘History of Law and Justice’), 2018.

- “La prueba del delito de adulterio en España: un análisis jurisprudencial” (1870-1978)”, *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978): Contribución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica*, Pamplona: Aranzadi Thompson Reuters, 2023.

- *Dignidad y derechos humanos. Un análisis retrospectivo de su formación en la tradición occidental*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022 (y en su versión inglesa, algo ampliada: *The Making of Dignity and Human Rights in the Western Tradition: A Retrospective Analysis*, Cham: Springer, 2023).

Oliver Olmo, Pedro; Gargallo Vaamonde, Luis, “Tortura gubernativa y Estado liberal”, Oliver Olmo, Pedro (ed.), *La tortura en la España contemporánea*, Madrid: Los Libros de la Catarata, 2020, pp. 23-84.

Pacheco y Gutiérrez Calderón, J. F., *El Código penal, concordado y comentado*, Madrid: Imprenta y Fundación de Manuel Tello, 6ª ed., 1888.

Pantoja, J. M., *Repertorio de Jurisprudencia criminal española, o compilación completa, metódica y ordenada por orden alfabético de las diversas reglas de jurisprudencia sentadas por el Tribunal Supremo en la decisión de los recursos de casación y competencias en materia criminal desde las instalaciones de sus Salas segunda y tercera en 1870*, Madrid: Imprenta de la Revista y Legislación, 1881, pp. 252-253.

Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (sentencias acotadas desde 1 de enero de 1936 hasta 31 de octubre de 1946).

Rodríguez Navarro, M., *Doctrina penal del Tribunal Supremo*, T. III, Madrid: M. Aguilar Editor, 1947.

Salvador, T., *Cabo de Vara*, Madrid: Alcaná Libros, 1970.

Vives Antón, T., “Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 1981, No. V.

Zúñiga Rodríguez, L., “La obediencia debida y el nuevo Código Penal: consideraciones dogmáticas y político-criminales”, *Derecho*, No. 46, 1992, pp. 193-219.