

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXVI
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMLXXXIII

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:

EUGENIO CUELLO CALON (†)

Directores:

ANTONIO FERRER SAMA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad a Distancia

Redactor-Jefe:

DIEGO MOSQUETE MARTIN

Profesor Adjunto de Derecho penal

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense

Secretario:

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad a Distancia

Consejo de Redacción:

(†) JOSE ANTON ONECA

Catedrático de Derecho penal

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Profesor Agregado de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO BERISTAIN IPINA

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de San Sebastián

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

JOSE CERESO MIR

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

MANUEL COBO

Catedrático de Derecho penal y Director del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

FERNANDO DIAZ PALOS

Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ

Ex Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

HORACIO OLIVA GARCIA

Profesor Agregado de Derecho penal de la Universidad Complutense

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

JOSE ANTONIO SAINZ CANTERO

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Granada

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad a Distancia

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Oviedo

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid

INDICE

Páginas

SECCION DOCTRINAL

<i>El P. Pereda y las reformas penales</i> , por José María Rodríguez Devesa ...	209
<i>Cursos causales no verificables en Derecho penal</i> , por Angel Torio López ...	221
<i>Hacia una revisión de los postulados de la Criminología Tradicional</i> , por Antonio García-Pablos ...	239

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS
Duque de Medinaceli, 6 y 8.—Madrid.

Periodicidad: CUATRIMESTRAL.

Precio de suscripción: España, 3.000 ptas. Extranjero, 3.300 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.300 ptas. Extranjero, 1.600 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Enero-abril 1983.

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núm. 6, teléfono 222-92-42, Madrid.

La relativa a Dirección y Colaboraciones, al Secretario del ANUARIO, Duque de Medinaceli. núm. 6. MADRID.

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

S E R I E 1

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 3

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

**El ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

**ANUARIO
DE DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

TOMO XXXVI
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMLXXXIII

Es propiedad. Queda hecho el
depósito y la inscripción en el
registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

I.S.S.N. 0210-3001
Depósito Legal, M. 126.—1958

El P. Pereda y las reformas penales (*)

JOSE M.^a RODRIGUEZ DEVESA
Catedrático de Derecho penal

I. INTRODUCCION

Acudo aquí movido por la devoción a la memoria del P. Pereda. Es para mí un honor, un gran honor, el que se me haya invitado a participar con estas mal hilvanadas palabras en este acto por el que recordamos su presencia siempre viva y venerada entre los que le conocimos. El P. Pereda fue un hombre que cultivó el Derecho penal desde las alturas de muy sólidos saberes. Sus trabajos y estudios conservan una perenne actualidad porque estaban están, escritos con sosiego, con un profundo conocimiento de los temas que aborda. Al recordarle en estos momentos me siento a su lado un simple aprendiz, incapaz de alcanzar nunca aquella maestría que domina en la obra del P. Pereda. Mas no he de ocultar que lo que me deslumbró en él fue su extraordinaria bondad. Porque, no nos engañemos, los saberes humanos son nada al lado de la humildad y limpieza de corazón. Bien dice San Pablo que la ciencia hincha, que sólo la caridad construye. Y el P. Pereda estuvo ante todo consagrado a hacer el bien hasta los últimos años de su vida, sin poner reparos a las más modestas tareas como la de fregar suelos en su retiro de Villagarcía. Nos ha tocado vivir una Era que diviniza al investigador, que ve en el estudio el único remedio a los múltiples males que aquejan a la Humanidad. Jamás, sin embargo, han ocurrido tales horrores. El frío intelecto, aunque parezca paradójico, no es capaz de crear un mundo más razonable. Goya acuñó una frase genial que sintetiza cuando pudiera decirles: «Los sueños de la razón engendran monstruos». Es mucho más importante, no lo olvidemos, no lo olviden, la bondad que la sabiduría humana.

La gran preocupación del P. Pereda fue indagar sobre las raíces de nuestro Derecho penal. Por eso su obra conserva la frescura del día en que se escribió. Las actuales fórmulas jurídico-

(*) Conferencia dada el 4 de marzo de 1983 en la inauguración de la Semana en Homenaje al P. Julián Pereda, S. J., en Bilbao.

penales son el fruto de miles de años de sangrientas experiencias y sufrimientos. Siempre deberíamos tenerlo presente para no incidir en el espejismo de tomar como progreso lo que en ocasiones representa un retroceso de siglos. Como sucede con el argumento de que la mujer tiene derecho a disponer de su propio cuerpo, para justificar lo que eufemísticamente se llama «interrupción» voluntaria del embarazo o de la maternidad. La idea de que el feto es una porción visceral del cuerpo de la madre se remonta, nada menos, que al Derecho romano y está ampliamente rebasada por el avance de las ciencias biológicas. La tesis de que nuestro Código penal es «viejo» porque en realidad es el de 1848, desconoce que en Francia sigue en vigor el *Còde pénal* de 1810, eso sí, con múltiples modificaciones, y que en Alemania Federal rige aún el Código de 1871, también con repetidas reformas parciales, como ha sucedido con el español. La actitud francesa y alemana es una muestra de prudencia, de sabia autolimitación, porque un Código penal de nueva planta requiere una serie de presupuestos que no se dan hoy en una sociedad plural, confusa, contradictoria y cambiante, en la que comienza por cuestionarse la eficacia misma de la pena, aunque sea claro que no podemos prescindir de ella. Baste mencionar los asesinos en potencia que conviven con nosotros y afloran tan pronto como se les ofrece una garantía de impunidad, como sucedió en las dos zonas durante la pasada y trágica guerra civil española y lo prueban a diario los «grupos incontrolados» en numerosos países, así como los millones de exiliados que abandonan sus países, huyendo de sistemas políticos del más variado signo, por temor a ser condenados por defender sus opiniones.

El P. Pereda se pronunció sobre la conveniencia de sustituir el Código penal por otro al dar noticia, publicada en *Estudios de Deusto* en 1964, del discurso de ingreso de Juan del Rosal en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que versó sobre *Esquema de un Anteproyecto de Código penal*. Recojo a la letra sus palabras: «Se respira a pleno pulmón —decía—, cuando se leen las bases y postulados que exige Del Rosal para el nuevo Código. La reforma ha de ser total con colaboración iuspenalista de caracterización católica. Se establecen los presupuestos de la integridad moral de la persona, de su libertad y su dignidad. Descansa la responsabilidad en la imputabilidad moral con pleno reconocimiento del libre arbitrio. Concierta y equilibra la represión y prevención general y especial. Se mira por la justicia y seguridad bien conjugadas con la equidad y el arbitrio judicial para calar los filones de la peculiaridad delictiva española. Todas son frases del mismo autor». Y concluía: «Con qué gusto leo todo esto en el atardecer de mi vida, cuando he visto surgir tantos conatos de reforma del Código de muy diversa tendencia y que de veras pido a Dios que sea pronto bellísima realidad».

No tardarán en cumplirse veinte años desde que Del Rosal escribió su discurso y el P. Pereda sus esperanzadas reflexiones.

Acaso sea la hora de hacer una pausa en el camino y detenernos para levantar un balance retrospectivo, volviendo después la vista hacia el futuro, para preguntarnos cuál es el panorama que nos ofrece el Derecho español.

II. BALANCE RETROSPECTIVO

Las reformas producidas desde 1932 presentan una serie de características que intentaré compendiar en los puntos que siguen.

1. *Falta de coordinación legislativa.*

Nadie discute la medida de la reforma de 1932, que, pese a sus aires de provisionalidad, ha llegado hasta hoy. A partir de entonces es cada vez más acentuada la ausencia de coordinación legislativa. No sólo se dio al olvido en aquellas fechas la legislación penal especial en la que dejaron subsistentes penas de prisión correccional desaparecidas en 1932, sino multas de cuantía ridícula hoy y que fueron penas graves en su día. La ley orgánica del poder judicial de 1870 mantuvo y mantiene la clasificación tripartita de las infracciones penales y una nomenclatura como la de delitos de lesa majestad, ha tiempo fenecidas. Este vivir de espaldas al derecho penal especial llega hasta nuestros días en los que se mantiene en el artículo 443 del Código de Justicia Militar, reformado en 1980, a título de faltas leves militares, el hurto, la estafa, la apropiación indebida y los daños hasta 250 pesetas, pese a que la frontera entre estos delitos y las faltas correspondientes se fijó en 1978 en 15.000 pesetas.

2. *Características hasta 1977.*

Tomando como cesura los Acuerdos o Pactos políticos de la Moncloa de 27 de octubre de 1977, puede afirmarse que las reformas estuvieron influidas hasta aquella fecha por dos vectores. El primero fue el constante reblandecimiento de las convicciones que informaron el derecho penal de la posguerra. El segundo sería el oportunismo impuesto por los cambios sociológicos y económicos sobrevenidos desde 1939.

En la primera línea se inscriben los repetidos indultos generales, la prodigalidad con que se procedió al conceder la redención de penas por el trabajo, la ley de libertad religiosa de 1967 con sus repercusiones penales, la práctica inaplicación de las normas sobre huelgas punibles, la tolerancia con los partidos políticos que proliferan en la clandestinidad sin ser hostigados salvo cuando intentan modificar por la violencia el sistema político.

Los cambios económicos y sociológicos condujeron a la introducción de nuevos supuestos de allanamiento de morada, a equipa-

rar la moneda nacional y la extranjera a efectos de los delitos de falsificación de moneda, a la omisión de socorro fruto de la creciente insolidaridad, al ingenuo mimetismo de los delitos de tráfico para, con el modelo nórdico, tratar de cortar en vano la hemorragia de las carreteras, a suprimir de modo más aparente que real la prostitución acuartelada, a introducir el cheque o talón en descubierto entre las figuras de delito ante el aumento espectacular de los impagados, a los delitos de defraudación de energía eléctrica y análogas, a la reiterada modificación de cuantías y cifras en atención a la pérdida continua del valor real de la moneda, y a previsiones para hacer frente al fenómeno del terrorismo que comenzaron, no está demás consignarlo, con la ley de defensa de la República de 1934, empezando por los delitos de tenencia ilícita de armas y explosivos y, después, con específicos tipos de terrorismo atribuidos a la jurisdicción militar. El imparable crecimiento del consumo de drogas llevó a dar nueva redacción y contenido al artículo 344 del Código penal. Una enumeración no exhaustiva sino *ad exemplum*.

3. *Notas dominantes desde 1977.*

A contar de los Pactos políticos de la Moncloa pueden señalarse como notas dominantes de las reformas acaecidas después, varias preocupaciones que podrían sintetizarse en el intento de una vaga democratización, la insistencia en el tema del «terrorismo» que sigue inscrito de modo permanente, la pretensión de castigar la apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado —con supina ignorancia de que ya estaban penados en el art. 268—, el propósito de reducir el ámbito de la jurisdicción militar siempre unido a un «no querer saber» nada del derecho penal militar material al que nuestras Universidades cierran sus puertas.

4. *Los mitos.*

A partir de la postguerra, dos grandes mitos operan, abierta o soterradamente, perforando de manera ininterrumpida las paredes maestras del Código penal. Me refiero al de que debe ampliarse el arbitrio judicial y al repudio del retribucionismo.

El tópico de más bulto es el del *arbitrio judicial*. Acaso muchos desconocen con toda seguridad que es una nota del derecho penal militar cuya aplicación alcanzó una extensión desmesurada en los años posteriores a la dramática guerra civil. Arbitrio posible hasta cierto punto tratándose de delitos militares cometidos por militares, porque la estrecha convivencia que conlleva la vida militar permite a los tribunales castrenses tener conocimiento de las circunstancias del hecho y del culpable, que no se da cuando intervienen en un delito militar personas que no reúnen esta condición ni tampoco cuando nos hallamos ante delitos militares im-

propios, cometidos por paisanos. Donde jamás puede explicarse este desmesurado arbitrio es en la jurisdicción ordinaria en la que toda la información que los jueces tienen sobre el delincuente y el hecho son declaraciones en las que no han intervenido o en el somero interrogatorio, si es que lo hay, del juicio oral. El movimiento favorable a la injustificada ampliación del arbitrio judicial, que muy justamente trató de limitar el Código de 1848, se ha visto robustecido desde finales del siglo pasado por el desplazamiento de la gravedad del hecho a la peligrosidad del delincuente, con el episodio no despreciable del derecho penal de autor.

Esa subjetivización del derecho penal implica un rechazo de lo que se ha dado en calificar peyorativamente de *retribucionismo*, esto es, el mantenerse dentro de un marco objetivo que se fija a la pena, proporcional a la gravedad de los hechos valorada por el legislador. Marco que se reduce en función de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que concurran. Las reformas posteriores a 1944 exoneran una y otra vez a los tribunales en la parte especial de atenerse a las reglas prescritas en la parte general para el juego de las atenuantes y agravantes que concurran en la comisión del delito. Creo suficiente la alusión al artículo 344, que permite al tribunal moverse entre seis meses y un día y veinte años, o al artículo 554 que le autoriza a imponer de un mes y un día a veinte años, para percatarse de la trascendencia de este mito que nos está reconduciendo a la «pena arbitraria», con razón proscrita, del Antiguo Régimen, conculcatoria del principio de legalidad y de la más elemental seguridad jurídica.

5. *La inaplicación de la ley.*

No hay otro modo de explicar las incesantes repeticiones de tipos penales ya existentes si no es porque *la ley no se aplica*. Aquí radica el centro del gravísimo problema penal. No hacen falta más leyes. Hacen falta más jueces y mejor preparados. La penuria de jueces, no obstante, no preocupa a nadie a lo que parece. Frente a una criminalidad desorbitada que desborda las posibilidades de una administración de justicia cada vez más empobrecida en medios humanos y materiales, el número de jueces que existen en la esfera penal es impotente para poner coto al creciente desprecio a las leyes penales.

Es la única causa que permite comprender que en 1979 se castigue de modo expreso la *apología* de actos terroristas (que habían desaparecido de la geografía penal como delitos específicos en 1978), de que en 1980 se vuelva a modificar el artículo 268 y la falta consistente en hacer la *apología* de cualquier delito y que en 1981 la ley llamada de defensa de la democracia retorne, cuando todavía no había transcurrido un año, a insistir sobre la *apología* de los delitos cometidos por bandas o grupos armados, sin que a pesar de la reiteración con que ocurren hechos de esta

clase tengamos noticia de que se sigan procedimientos criminales ni haya recaído condena alguna. Otro ejemplo es el de las *asociaciones criminales* donde los preceptos del Código penal siguen siendo letra muerta pese a haber sido modificados en 1976, 1980 y 1981, sin contar las precisiones de adicionar un nuevo supuesto a los contenidos en el artículo 173 según el proyecto de 25 de febrero de 1983. No es necesaria la cotidiana lectura de prensa periódica para percatarse de los millones de *estafas* que diariamente quedan impunes o se sancionen, a lo sumo, como infracciones a la disciplina de mercados por la venta de artículos que no reúnen la calidad o el peso requeridos, como acredita la copiosa jurisprudencia contencioso-administrativa.

6. *La aberración de las leyes orgánicas como única fuente.*

Las urgentes reformas que demanda nuestra legislación penal encuentran una barrera cuasi infranqueable en la oficialidad de la tesis de que cualquier ley o modificación penal ha de verificarse por la vía de una ley orgánica, con la lentitud que lleva aparejada aun cuando se recurra al procedimiento de urgencia. La llamada *reserva de ley orgánica* para las leyes penales está produciendo no sólo un retraso *sine die* de reformas necesarias y urgentes, sino un auténtico caos legislativo, porque ni siquiera se observa de modo congruente. Citemos como ejemplo la ley de control de cambios de 1979, una ley simple, en la que se establecen los delitos monetarios, o la ley sobre uso de las banderas de 1981 que creó nuevas figuras delictivas.

Esta desafortunada concepción, para no emplear otros calificativos, está dando origen a verdaderos engendros legislativos. Téngase en cuenta que el vigente Código penal se promulgó por un Decreto de 1973 (una ley delegada) y que las modificaciones posteriores a la Constitución se han llevado a cabo por medio de leyes orgánicas. La ley orgánica de 1982 sobre delitos e infracciones administrativas de contrabando es un centauro en cuanto declara que la parte relativa a las infracciones administrativas puede modificarse por una ley simple, si bien los padres de la patria no repararon en que tanto respecto a los delitos como a las infracciones administrativas que contiene depende de normas administrativas para determinar su extensión, pues son leyes penales en blanco, normas de rango inferior como pueden serlo reales decretos u órdenes ministeriales.

Por si fuera poco, tanto la ley orgánica que modificó en 1980 el Código de Justicia Militar como la de 1981 sobre los estados de alarma, excepción y de sitio, mencionan como fuente del derecho penal militar los bandos penales militares, lo que no podía dejar de suceder.

7. *Erratas, faltas de ortografía, profusión de mayúsculas.*

Se multiplican sin cesar las groseras *erratas*, que son particularmente significativas cuando no se corrigen, por demostrar un completo desentendimiento de la ley que se convierte en papel mojado para sus propios autores. Citaré algunas. En el delito de genocidio castigado en el art. 137 bis se deslizó la supresión de una coma y se sustituyó racial por social, de suerte que dice «grupo nacional étnico, social o religioso» en lugar de decir «nacional, étnico, racial o religioso», erratas que persisten en la nueva redacción que propone el proyecto de 25 de febrero de 1983. La colocación de una coma donde no procede en el artículo 554, le hace hablar de «sustancias, explosivos» en lugar de «sustancias explosivas» que es algo muy distinto. La ley de contrabando de 1982 habla de «precios» en lugar de «preceptos». ¡Por qué seguir! Las *faltas de ortografía* denuncian un inadmisibile descuido del idioma. El proyecto de 1983 suministra numerosos ejemplos. Su artículo 1.º, según el cual se daría nueva redacción a varios preceptos, emplea en el artículo 118, párrafo quinto, «quedarán» en lugar de «quedara»; en el artículo 204 bis a) «señalarán» en lugar de «señalaran»; en el artículo 347 bis a) párrafo segundo, «hubiere desobedecido» en lugar de «hubieren desobedecido»; en el artículo 531, párrafo segundo, «grabada» en lugar de «gravada». El *abuso de mayúsculas* alcanza extremos ridículos. Valga por todos los malos ejemplos, la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979. No ya los nombres comunes, como si de alemán en vez de español se tratase, sino incluso en los adjetivos. El contraste con la sobria y elegante redacción del Código penal de 1843 es notable. La comparación avergüenza. Quizá la causa sea que por aquél entonces era desconocida la máquina de escribir y los proyectos al igual que las leyes se manuscibían.

8. *Distorsiones valorativas.*

A las distorsiones valorativas producidas por la nivelación de penas en la reforma de 1944 al emplear las de la escala general en toda su extensión y a las tradicionales en los delitos contra la propiedad, por el criterio de fijar la pena abstracta en función del valor de la cosa sustraída o del perjuicio causado, que conduce a que se den supuestos de hurto castigados más gravemente que un delito de robo con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, por no fatigar con otros ejemplos, han venido a añadirse otras fruto del desconocimiento de la parte especial. Varias de las más llamativas giran en torno al delito de detenciones ilegales. Al modificar por la desafortunada ley de 1978 el delito de raptó castigando sólo el que se comete contra una persona contra su voluntad con el fin de atentar contra su libertad sexual, a no ser que la persona raptada fuese menor de doce años, en cuyo caso la pena es la misma aunque el raptó fuera con su

anuencia (art. 440) olvidaron el contexto de las detenciones ilegales y de los delitos de sustracción de menores. El que la sustracción de un menor de siete años (art. 484) no esté sujeta a las cualificaciones del artículo 481, ni siquiera cuando se cometa para pedir un rescate era digno de censura. El que desde 1978 la sustracción de una persona mayor de doce años contra su voluntad quede también al margen de las cualificaciones de la detención ilegal, aumentan los problemas. No haber tenido presente al modificar con ligereza inaudita el artículo 440 que inducir a un menor de edad mayor de siete años a abandonar la casa de sus padres tutores o encargados de su persona estaba castigado ya con la misma pena (art. 486) crea la mayor de las confusiones, incrementada por el hecho de que el llamado raptó con la anuencia del menor de doce años es, en definitiva, un caso de inducción previsto ya en el artículo 486, con lo que si se trata de un menor de siete años la sustracción, cualquiera que sea el móvil se halla encuadrada en el artículo 484, si tiene de siete a doce años, el motivo de atentar contra su libertad sexual parece que excluye tanto el artículo 481 como el 486, y, si tiene más de doce años pero es menor de edad, pese al equivocado concepto de «libertad sexual» que presidió la reforma de 1978, el hecho es punible.

Pero deseo hacer especial hincapié en el tema de la pena de reclusión mayor a muerte. Una interpretación ingenua de la cláusula general derogatoria de la Constitución ha hecho que, tanto en la praxis como en los proyectos, se pase por alto la complejidad que conlleva la abolición de la pena de muerte en el Código penal, en el que es necesario recordar no ha sido expresamente abolida. El real decreto ley de 21 de diciembre de 1978 no se ocupó más que del Código de Justicia Militar, de la ley penal y disciplinaria de la marina mercante y de la ley penal y procesal de la navegación aérea. A pesar de que el Código penal no ha sido modificado, los tribunales se apresuraron a darla de facto por derogada, en vez de seguir el camino correcto que, a mi juicio era y es el de imponerla cuando así se desprenda de la ley y solicitar automáticamente el indulto si fuera impuesta, reiterando la necesidad de revisar el Código en lo que a ella concierne. El reciente proyecto de 25 de febrero de 1983 se preocupa de que se derogue de manera expresa en su artículo 3.º, sin advertir que por la simple desaparición de la expresión «a muerte» en una serie de artículos perderían todo su sentido aquellos tipos cualificados cuya mayor gravedad se manifiesta con la expresión que se trata de suprimir. No es lo mismo promover actos directamente encaminados a sustituir por otro el Gobierno de la Nación, que se castiga con la pena de reclusión mayor (art. 163, párrafo primero), que si para la consecución del mismo fin se llega a la lucha armada, supuesto en que el promovedor incurre en la pena de reclusión mayor a muerte (art. 163, párrafo segundo). Una gravísima distorsión sería imponer la misma pena (reclusión mayor) a hechos de tan desigual gravedad. En el artículo 233, párrafo primero, suprimir la pena de

reclusión mayor a muerte hace perder todo significado a la distinción entre la hipótesis en que de resultados del atentado resulte muerte o lesiones de los números 1.º y 2.º del artículo 420 y los demás casos castigados sólo con la pena de reclusión mayor. Considero que bastan estos ejemplos para percatarse de que la supresión de la pena de muerte en el Código supone la necesidad de redactar de nuevo los artículos en que está prevista o de tratar de mantener las diversas valoraciones legales modificando las penas de los tipos básicos para evitar señalar idéntica pena a delitos de muy diversa gravedad. Un problema de política criminal que quiero dejar al margen de la cuestión.

9. *La inflación penal.*

El proceso inflacionista ininterrumpido desde 1848 se traduce en el casuismo abrumador y en la degradación del valor nominal de las penas. Unas breves reflexiones sobre ambos extremos, íntimamente relacionados con el progresivo deterioro real del imperio de la ley.

Comparar el número de artículos del Código penal de 1848 con el vigente para observar que el total que allí era de 494 se ha elevado a 604, no da una idea, ni siquiera aproximada, del enmarañado desarrollo de la fronda legal. Es preciso descender a algunos grupos de delitos. Tomaré unos botones de muestra. En el Código de 1848 las figuras de atentado estaban reducidas a diez (art. 189 en relación con los arts. 198 y 199), en 1973 alcanzan la cifra de treinta y ocho (arts. 232 a 237, prescindiendo del art. 238). En 1848 es desconocida la figura del desacato, en la actualidad los tipos delictivos de desacatos ascienden a setenta y seis, salvo error u omisión (arts. 240 a 245, con excepción del art. 242). El hurto abarcaba seis supuestos (arts. 427 y 428) hoy, pese a las últimas reducciones tenemos diecisiete. Huelgan los comentarios.

Tiempo ha que el valor nominal de las penas no corresponde a su valor real. El proceso inflacionista se ha agudizado en los últimos tiempos. La redención de penas por el trabajo y la libertad condicional, en los términos previstos en el Código reducen las penas privativas de libertad a la mitad. Pero en la praxis la redención de pena, se administra con una generosidad que no respeta lo que el Código establece en su artículo 100 al exigir que se trabaje de manera efectiva y se guarde la proporción de un día por cada dos de trabajo. No sólo esto, el reglamento penitenciario de 1981 admite, además, una posible reducción de cuatro meses por cada año de cumplimiento efectivo de la pena a los efectos de obtener la libertad condicional. La consecuencia es que los tribunales cuando imponen, por ejemplo, una pena de treinta años de reclusión mayor, no saben nunca cuál es la pena que realmente imponen, pues entre redenciones extraordinarias por el trabajo, reducciones, permisos penitenciarios, régimen «abierto» y libertad

condicional, es posible que la pena quede reducida en la práctica a la nada o bien que se cumpla en su totalidad hasta el último minuto del último día. Una situación a la que el calificativo más suave que se la puede aplicar es de insatisfactoria.

III. EL SOMBRIO PORVENIR

¿Qué nos depara el porvenir? Me atrevo a resumir diciendo que nada halagüeño. El secreto más impenetrable rodea todos los trabajos de reforma. La ausencia completa de consultas con los estamentos interesados en el aprendizaje y aplicación de las leyes penales es una tónica general de las reformas que han sido y de las que se preparan, acentuada por haberse dejado de publicar el *Diario de Sesiones de las Comisiones*, lo que impide conocer la razón o las razones por las que una determinada enmienda ha prosperado o fue rechazada.

Lo acreditan los últimos trabajos prelegislativos. El proyecto de un nuevo Código penal de 1980, fallecido por fortuna con la anterior legislatura, discrepaba en extremos importantes del anteproyecto de 1979, que se elaboró bajo el signo de la premura y del hostigamiento por parte de un Gobierno que se había comprometido, sin base alguna, a que hubiera un nuevo Código a los dos meses de entrar en vigor la Constitución. Intervino entonces la Comisión General de Codificación, mas no se levantaron actas ni se registraron nominativamente los votos, amén de la ligereza que supone, por ejemplo, no dedicar más de dos horas al tema del aborto y de cuatro al de las medidas de seguridad. Nadie es ni será capaz de averiguar las causas de las divergencias entre proyecto y anteproyecto, ni quienes fueron sus autores.

Viniendo a tiempos más cercanos, no puede dejar de producir profunda extrañeza que el proyecto de reforma urgente parcial del Código penal que se sometió al Consejo General del Poder Judicial no contuviese el añadido artículo 417 bis, relativo a la llamada despenalización del aborto, que se deslizó entre el 29 de diciembre de 1982, fecha del informe del Consejo, y el 2 de febrero de 1983, fecha del Consejo de Ministros en el que se aprobó el envío a las Cortes del proyecto. La oscuridad más tenebrosa rodea el nacimiento de esta novedad de sin igual trascendencia al perforar el techo que supone para la totalidad del ordenamiento jurídico la Constitución. Olímpicamente ignorada, sin prestar una mínima atención al problema de la objeción de conciencia, admitida en todos los países occidentales que han tomado el equivocado rumbo que, tras la subrepticia gestación, se trata de imprimir ahora a nuestro derecho punitivo.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Aquellos sueños de que al fin recibiría España un nuevo Código penal asentado sobre unas bases sólidas, razonables y acordes

con nuestra rica tradición histórica y jurídica, se han disipado. El *Esquema* defendido en 1964 por Juan del Rosal yace roto en mil pedazos. La presente confusión aumenta, mejor se agiganta, por el nerviosismo legislativo que está llegando a límites insoportables. Dominan las concepciones maximalistas, que imprimen un tinte de precariedad a las modificaciones oportunistas e inestables que hasta ahora se han llevado a cabo, en espera siempre de la «gran» reforma, que ha de producirse por generación espontánea, sin estudios previos, sin valorar el sistema jurídico-penal, sin examinar su practicabilidad, sin consultar antes a las Universidades, a los Colegios de Abogados, a la Magistratura, a aquellos que podrían aportar sus luces para conocer mejor la realidad, como al Cuerpo de Médicos forenses, al de funcionarios de instituciones penitenciarias o a los Institutos de Criminología, por no mencionar a los sociólogos cuya intervención es indispensable.

Concluyo. Mis palabras finales quiero que sean para reiterar las gracias por el honor que se me ha dispensado permitiéndome intervenir en este acto dedicado a la memoria de aquel hombre bueno que fue el P. Pereda. Gracias también por su atención

Cursos causales no verificables en Derecho penal (*) (**)

Por ANGEL TORIO LOPEZ
Catedrático de Derecho penal
Facultad de Derecho (Valladolid)

I.—Designamos con la expresión *cursos causales no verificables* aquellas hipótesis en que la causalidad posible existente entre dos hechos, es decir, entre un comportamiento humano y un resultado dañoso, no puede, sin embargo, ser objeto de fundamentación científica natural. La materia propia de tales cursos causales no comprobables o desconocidos había permanecido en la sombra hasta época relativamente próxima. En Alemania la cuestión suscitada por el proceso sobre la distribución en el mercado del fármaco denominado Contergán o Talidomida, ha permitido observar que puede presentarse un contraste entre la afirmación común del enlace causal entre una acción—por ej., la distribución de un fármaco en el mercado— y un resultado—por ej., el nacimiento de niños focomélicos— y la falta de prueba científica natural respecto a él.

(*) El presente estudio aparecerá en el homenaje proyectado por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna (Tenerife) al profesor doctor J. M. Hernández Rubio.

(**) El problema de los cursos causales no verificables posee luctuosa actualidad por la tragedia del «síndrome tóxico», sobre la que continúa gravitando intensivamente la investigación científico natural. En atención al principio de evitar en lo posible el tratamiento o comentario de asuntos *sub iudice*, hemos renunciado a cualquier indicación sobre la materia del proceso. No cabe negar, sin embargo, que su equivalencia estructural con el proceso sobre la Talidomida permite una lectura del estudio desde aquella perspectiva.

Interesa destacar que las indicaciones del texto presuponen que la teoría de la adecuación posee carácter prevalorativo, lo que no puede ser objeto de discusión en este trabajo. Baste indicar que los juicios de probabilidad nada dicen formalmente acerca de si el pronóstico se refiere a hechos prohibidos o permitidos; a la fundamentación de la responsabilidad o, por ej., a la concesión de la suspensión de condena; a si el paciente fallecerá o recuperará la salud. Formalmente se refieren a *es* y no a *debe*. Por el contrario, son teorías normativas-valorativas las de la relevancia típica y de la imputación objetiva.

La cuestión de la causalidad no se plantea en Derecho penal de forma idéntica que en la ciencia. Por de pronto, existen numerosos delitos en que la exigencia de una conexión causal entre acción y resultado se decide con arreglo a criterios precientíficos, de conformidad con principios empíricos, obtenidos por el hombre en su intercambio con la realidad, sin recurso a los métodos específicos de la ciencia. Así sucede, por ej., en el delito de estafa. En él la acción engañosa ha de determinar el error, acto de disposición y perjuicio patrimonial. La conexión causal existente entre acto engañoso y resultado típico total, constituido por los efectos intermedios y el perjuicio patrimonial como momento último del tipo, se verifica acudiendo a principios de experiencia, a pautas empíricas con que se domina la realidad, sin acudir a instancias científicas, que difícilmente pueden proporcionar aquí aportaciones para el tratamiento de casos (1). Por otra parte, los juicios hipotéticos de causalidad por ej., el juicio de pronóstico por el que se afirma que alguien cometerá nuevos delitos— pueden basarse en conocimientos científicos, psicopatológicos o criminológicos, pero en último término son susceptibles de formulación sólo mediante la experiencia de la realidad del juez (2).

El recurso al criterio científico natural es necesario, sin embargo, en campos determinados. Únicamente la ciencia natural, por ej., la medicina legal con base farmacológica, neurológica o embriológica puede determinar si la ingestión de determinada sustancia pseudoalimenticia o tranquilizante es causal de homicidios, lesiones o malformaciones fetales. La decisión de si una sustancia ha condicionado una tragedia colectiva para quienes la consumieron puede ser orientada quizá mediante la experiencia basada en el sentido común o con recurso a pruebas de tipo estadístico. Con ellas pueden conseguirse pautas significativas sobre la posible relación de dependencia. Pero siempre persistirá un ámbito posible de duda que debería eliminar la consideración científico natural.

II.—La historia del problema de la causalidad penal ha consistido esencialmente en la búsqueda de criterios de delimitación del pensamiento de la equivalencia de las condiciones. La teoría de la equivalencia considera causa del resultado a toda condición que contribuye a producirlo. Para la determinación de la causalidad constituye un expediente infalible, afirmaba categóricamente Mezger, la teoría de la *conditio sine qua non* (c.s.q.n.): causa es la condición cuya supresión *in mente* determina que el resultado desaparezca de forma simultánea (3). El que establece una condición del resultado es causante, por

(1) V. LACKNER, K., en *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 9 Auf., pgfo. 263, núms. 286 y ss.; TORIO LÓPEZ, A., *Acción y resultado típico en la estafa procesal*, en «Estudios penales», Libro Homenaje al prof. Antón Oñca, 1982, pág. 884.

(2) V. MIDDENDORF, W., *Teoría y práctica de la prognosis criminal*, 1970 (trad. de Rodríguez Devesa, J. M.), págs. 91 y ss.; BARBERO SANTOS, M., *Estudios de Criminología y Derecho penal*, 1972, págs. 32 y ss.

(3) V. MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, I, 1955 (Trad. de Rodríguez Muñoz, J. A.), pág. 225.

tanto, autor, de él. En la teoría del tipo eran extraídas por la dogmática de principios de siglo las consecuencias lógicas de tal planteamiento del problema causal. Los tipos describen conexiones causales, por ej., la conexión causal entre una acción voluntaria, es decir, determinada por un acto concreto de voluntad y un resultado, por ej., la muerte de una persona. La conocida hipótesis de quien lesiona levemente a una persona que padece hemofilia muestra patentemente el sentido de esta concepción. En tanto la acción ha codeterminado con la enfermedad el resultado dañoso, media entre ambos relación de causalidad. Y puesto que la disposición legislativa del homicidio describe una conexión causal entre comportamiento humano y fallecimiento, aquella causación está inmediatamente comprendida en el tipo. La posible restricción de esta conexión podría solamente conseguirse en un peldaño posterior, es decir, en el ámbito de la culpabilidad (por ej., excluyendo la culpabilidad por el hecho si éste no era personalmente previsible para el autor).

Las teorías que han pretendido limitar la expansión de la responsabilidad originada por la doctrina de la equivalencia de las condiciones realmente la presuponen. Se trata de criterios que restringen conforme a puntos de vista extrínsecos el área funcional de la teoría de la *conditio sine qua non*. Esto es observable, como Naucke ha destacado recientemente, respecto a la teoría de la adecuación y de la relevancia típica. Correlativamente es también visible en el moderno criterio de la imputación objetiva (4).

La teoría de la adecuación considera causa del resultado a la condición que posee tendencia general de conformidad con la experiencia para determinarlo. En ocasiones ha sido presentada como punto de vista que supone una rectificación, no sólo una restricción, de la teoría de la equivalencia o de la condición. Según Mezger, la teoría de la adecuación tiene el mérito de haber puesto de relieve que la simple conexión causal de las condiciones no afirma sin más la responsabilidad del agente; pero ha dirigido su ataque a la teoría de la equivalencia en un punto falso, pues niega la conexión causal cuando lo que procedía era negar su relevancia jurídica (5). En sentido paralelo parece orientarse la apreciación de Antón Oneca de que la teoría de la causalidad adecuada procura una diferencia cualitativa, en tanto estima que para el Derecho no es causa toda condición sin la cual el resultado no se hubiera producido, sino la que, según la experiencia general, ordinariamente lo determina (6).

Estas observaciones críticas no pueden ser compartidas (7). Es cuestionable que la teoría de la adecuación pretenda modificar el concepto de causa, separándose con ello de la deseable unidad del pensamiento científico, que considera como causa a la *conditio sine qua*

(4) V. NAUCKE M., *Kausalität und Strafrecht*, 1980, págs. 4 y ss.

(5) V. MEZGER, E., loc. cit., pág. 240.

(6) V. ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, P. Gen., 1949, pág. 167.

(7) V., entre otros, COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal*, P. Gen., 1981, pág. 183.

non del resultado (8). La teoría de la adecuación, interpretada correctamente, supone sólo una restricción de la idea de la equivalencia. Entiende causal del resultado únicamente a la condición que según la experiencia ordinariamente contribuye a determinarlo. La verificación del enlace causal entre acción y resultado no se agota, por tanto, en la determinación de que esa acción ha promovido esta consecuencia. Establecido el nexo condicional, debe posteriormente probarse si corresponde a la experiencia de un determinado sector vital o social. La idea de la adecuación es la de un doble juicio por parte de quien juzga, como personificación objetiva del ordenamiento jurídico. En primer lugar, de un *juicio de hecho*, consistente en la verificación de la conexión causal, en el sentido de que la acción materialmente promueve la originación del resultado. Este nexo puede ser falsado o contrastado mediante recurso al pensamiento de la *conditio sine qua non*: se comprueba que la conexión existe cuando suprimida mentalmente la acción el resultado desaparece de forma simultánea. Pero el pensamiento de la adecuación requiere ulteriormente un *juicio de probabilidad*. Debe ser también establecido que la condición ordinariamente produce resultados de la especie del considerado. Esto supone que el juez —por tanto, objetivamente— pronostica que la acción determina con regularidad la aparición del resultado. No se trata ahora de un juicio de hecho, sino de un juicio de pronóstico, que se realiza con arreglo a un módulo extrínseco, es decir, a la regla de experiencia, no mediante determinación de eventuales propiedades ontológicas de la condición examinada, a fin de descubrir en ellas propiedades diferenciales, en virtud de las cuales se le atribuya la cualidad de causa. El juicio de probabilidad propio de la teoría de la adecuación presupone el juicio de hecho característico de la teoría de la equivalencia. Se conecta *ex post* externamente a él.

Esto es lo que permite tomar en cuenta el pensamiento de la adecuación en Derecho penal. En cuanto se trata de la corrección, no de la fundamentación de la causalidad, no existe inconveniente en recurrir a él en el plano causal. La tesis opuesta no sería, por el contrario, viable. De estimarse que la teoría de la adecuación opera con un concepto diferencial de causa gravaría indebidamente al autor. La idea de la adecuación es la de un juicio de probabilidad. En esta clase de juicios se afirma que el antecedente posee cierto grado de tendencia para la producción del efecto. Pero ello supone que carece simultáneamente de cierto grado de virtualidad para producirlo. Los juicios de probabilidad son diversos de los juicios de posibilidad. Estos afirman que la producción de un resultado es contingente. Los juicios de probabilidad, que la producción de la consecuencia es pronosticable de acuerdo con el saber empírico del hombre. Estos juicios se distinguen

(8) V. sobre el problema CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, P. Gen., I, 2.ª ed., 1981, pág. 352; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal*, P. Gen., 1977, págs. 290 y ss.; SÁINZ CANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho penal*, P. Gen., II, 1982, págs. 264 y ss.

de los de necesidad, que afirman que dado un presupuesto la consecuencia se produce de forma inexorable.

Todo juicio de pronóstico establece que, con un grado de tendencia o probabilidad, el resultado puede, pero a la par, puede no verificarse. El campo propio de los juicios examinados ofrece siempre un ámbito de duda, de probabilidad negativa y positiva. De *fundamentar* la causalidad, en el ámbito de la prueba se encontrarían comprendidos en el marco del principio *in dubio pro reo*, y dada la actual orientación de este principio, al que la doctrina otorga rango constitucional, en el de operatividad de la presunción constitucional de inocencia (9). La tesis que afirma que la doctrina de la adecuación opera con un concepto originario, no meramente restrictivo de causa, conduciría a dificultades insuperables. Efectivamente, no puede procederse a la imputación del resultado producido, cuando según una consideración *ex ante* —la propia del juicio de pronóstico— cabe sostener que ese resultado se producirá, pero a la par, no se producirá con determinado grado de probabilidad. Por el contrario, la consideración de la adecuación como simple restricción del pensamiento de la *conditio sine qua non* no se enfrenta con estos reparos constitucionales.

Las reservas oponibles al pensamiento de la adecuación proceden, como hemos mostrado en otro lugar, de ámbitos diversos. La teoría de la adecuación considera causa del resultado la condición que posee tendencia general para su originación. Supone una delimitación abstracta, basada en la experiencia general de la realidad, del problema de la causalidad. Causa es la condición que según un criterio empírico general o un criterio obtenido inductivamente mediante observación de casos particulares, produce ordinariamente resultados como el sometido a consideración. La adecuación es el juicio abstracto general de que determinadas acciones causan resultados determinados. La acción inadecuada es seleccionada negativamente, según este punto de vista, en el propio ámbito causal, quedando sustraída, en virtud de la jerarquía y dependencia entre los elementos del delito a la pena criminal. Hemos mostrado con referencia al delito de estafa que al concepto abstracto de causa impide apreciar un engaño típico en quien se prevale de la particular debilidad mental de la víctima para sorprender su buena fe mediante maquinaciones quiméricas, que ordinariamente, según la experiencia social, no hubiesen conducido a la producción del error (10). Igual sucede en hipótesis en que el autor, en virtud de su saber excepcional o de conocimientos particulares respecto a las propiedades del objeto material —por ej., enfermedad corporal— logra por vía inusual la producción del resultado. Estos casos en que el autor conoce, por ej., que la víctima es hemofílica, recurriendo a una acción no adecuada para causar su muerte, exigen introducir excepciones en el pensamiento de la adecuación. Dogmáticamente, ha tenido que acudir a expedientes correctores, estimando que deben también

(9) V. WASSERBURG, K., *Die Funktion des Grundsatzes «in dubio pro reo» im Additions- und Probationsverfahren*, en ZStW, 1982, págs. 924 y ss.

(10) V. TORIO LÓPEZ, A., *loc. cit.*, pág. 883.

reputarse adecuados los resultados que el autor causa sólo en virtud de conocimientos particulares. Pero con ello se ha producido una desvirtuación de la teoría abstracta de la probabilidad (11).

Del mismo modo que la doctrina de la adecuación, presupone la teoría de la relevancia la verificación del enlace condicional entre acción y resultado. Este enlace pertenece al ámbito ontológico. La cuestión de la relevancia, al plano jurídico o normativo. Determinado que el resultado *es* efecto de la acción, procede establecer si *debe* estimarse jurídico penalmente prohibido, es decir, comprendido en el ámbito de prohibición normativa descrito por el tipo penal. E igualmente, la actual concepción de la imputación objetiva supone la presencia de un nexo condicional previo entre acción y resultado que objetivamente se imputa a esa acción (12).

III.—La fórmula de la *conditio sine qua non*, tras la depuración crítica de los puntos de vista que han tratado de superarla debía estimarse dominante en la literatura penal hasta un período reciente. Esta fórmula resumía el sentido de la doctrina de la equivalencia. En virtud de un deslizamiento apenas percibido en la ciencia, esta doctrina había llegado a identificarse con el criterio de la *conditio sine qua non*. Causa del resultado es la condición cuya supresión hipotética determina su desaparición. Es evidente que la identificación entre tesis de la equivalencia de las condiciones y fórmula de la *conditio sine qua non* es lógicamente controvertible. En sentido material, el pensamiento de la teoría de la condición es que por causa debe entenderse todo antecedente promotor y determinante materialmente de la aparición del resultado. Las múltiples condiciones que originan el resultado han de estimarse equivalentes entre sí. No es posible individualizar dentro del complejo de condiciones alguna que singularmente destaque de las demás por sus propiedades cualitativas o cuantitativas y estimarla como *causa*.

Evidentemente, esto no es idéntico a decir que la causa es la condición que suprimida *in mente*, es decir, hipotéticamente, origina en este ámbito ideal la desaparición del resultado. Pues así no se verifica la función material promotora de la causa. Por el contrario, se procede a contrastar— o en el lenguaje de la moderna teoría de la ciencia, a *falsar*— la relación de causalidad preexistente. No es idéntico afirmar que una sustancia tóxica ha determinado la muerte de un animal de laboratorio (problema de la causalidad material) que sostener que de no haberse inyectado la sustancia el animal no hubiera fallecido (problema de la causalidad hipotética orientado negativamente), ni igual que proceder a falsar la conexión causal mediante pruebas sucesivas experimentales, demostrativas de la hipótesis de que presente el hecho A se produce —o mejor, no deja de producirse— el efecto B (pro-

(11) V. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, págs. 66 y ss.

(12) V. LENCKNER, Th., en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 21 Auf., pág. 139.

blema de la falsación material, no sólo hipotética, del resultado tomado en consideración (13).

La crítica de la equiparación entre fórmula de la *conditio sine qua non* y nexa causal existente entre dos hechos, o entre una acción y un resultado relevante para el Derecho penal, se ha desplegado inicialmente en Alemania en virtud de las experiencias acumuladas en el proceso Talidomida o Contergán. Entre los años 1959-1961, la ingestión de la sustancia tranquilizante por mujeres gestantes, fue seguida cronológicamente por el nacimiento de niños que presentaban graves malformaciones (14). Estos efectos aparecen como consecuencias no calculadas por la empresa que, previas experiencias en laboratorio, ha introducido el producto en el mercado. Por ello cabe decir que falta *ex ante* la previsión científico natural del curso causal efectivamente sobrevenido, que sumió en la tragedia a multitud de familias. La discusión de la existencia posible de un nexa causal entre la ingestión del producto y las lesiones prenatales —ulteriormente, las malformaciones observables en recién nacidos— se plantea como cuestión causal resuelta positivamente en virtud del conocimiento común y de los indicios existentes en virtud de la correlación estadística observable. La verificabilidad del enlace causal entre ambos hechos no puede, sin embargo, estimarse agotada mientras esté ausente la prueba científico natural precisa para obtener certeza objetiva —no sólo convicción «moral» subjetiva—. Esta prueba científico natural encuentra obstáculos, por otra parte, en la prohibición de la experimentación peligrosa en seres humanos.

El proceso Contergán ha constituido el banco crítico de la equiparación entre pensamiento propio de la teoría de la condición —causa es la condición determinante del resultado— y fórmula de la *conditio sine qua non*. Ha puesto de manifiesto el verdadero sentido de la teoría y fórmula de la condición, sentido encubierto por un deslizamiento consistente en equiparar causalidad material y control *a posteriori* de su existencia.

No procede discutir aquí en medida mayor las particularidades del

(13) V. POPPER, K., *La lógica de la investigación científica*, 1977, 4.^a reimp. (trad. de Sánchez de Zavala, V.), págs. 75 y ss. y 137 y ss. El estudio prescinde de los matices entre falsabilidad, contrastabilidad, refutabilidad, etc., de las teorías científicas. Toma en cuenta que la causalidad penal equivale a la *quaestio facti*, lo que permite una aproximación mayor a este campo de la moderna teoría de la ciencia que a la cuestión de la legitimidad de la formación de la norma o del concepto jurídico —por tanto, a la *quaestio iuris*— donde también se ha propuesto una utilización «paralela» de tales criterios lógico-científicos.

(14) Información acerca del proceso Contergán o Talidomida en nota de FINZI, C. A., al trabajo de KAUFMANN, A., *Tipicidad y causación en el proceso Contergán*, en «Nuevo Pensamiento Penal», 1973, págs. 7 y ss. Vid. después la nota 16 de este trabajo. Entre 1959 y 1961, informan Finzi, nacieron en Alemania Occidental más de tres mil niños con deformaciones óseas (fémur y radio sumamente cortos) y de otra naturaleza (p. ej., ausencia de dedos y orejas) a cuyas madres se había suministrado Contergán o Talidomida. También en otros países (Inglaterra, Bélgica, etc.) se extendió la catástrofe.

problema de la causalidad en Derecho penal (15). La dogmática de inspiración neokantiana considera la causalidad como dato *a priori* de nuestra conciencia, como categoría anterior a toda experiencia, que el hombre no obtiene mediante inducción en virtud de la observación de la realidad, sino que aplica al conocimiento ésta. Desde una perspectiva materialista, por el contrario, procede entender la causalidad como proceso real, como conjunto de transformaciones materiales que de un hecho conducen a la aparición de otro. En cualquier caso, la causalidad es diversa de su verificación. Supone una relación que no es de mera sucesión —repulsa, por tanto, del sofisma *post hoc, ergo propter hoc*—, sino de dependencia efectiva entre dos hechos, de modo que el hecho anterior promueve o determina realmente la aparición del sucesivo. En el proceso Contergán, lo que es objeto de controversia por los peritos es si realmente la ingestión del medicamento promueve el proceso que conlleva la aparición de malformaciones fetales. Para saber si está presente esta situación no cabe acudir a la experiencia común, que nada puede decir sobre eventuales conexiones causales desconocidas precedentemente por el hombre. En este campo sólo la ciencia puede determinar si el nexo causal está efectivamente presente.

La discusión pericial del problema dentro del proceso penal se caracterizó por la existencia de contrastes entre los profesionales científicos, contrastes que suponen la falta de base cierta de la afirmación de la causalidad por el Tribunal. Esta situación plantea la cuestión no sólo de su significación procesal, sino previamente de su significado jurídico material. La consideración jurídico penal del problema muestra que existen procesos causales no susceptibles de determinación mediante recurso a la experiencia común, en los que es importante la acreditación de la existencia de una conexión científicamente determinada entre dos hechos (aquí la ingestión del fármaco y la existencia de malformaciones). En hipótesis en que no hay una *probatio plena* de la ley rectora del suceder causal, se plantea el problema de si la causalidad puede estimarse presente aunque falte la fundamentación científico natural, suplida —por ej.—, estadísticamente. Debe en todo caso advertirse que no son idénticas fundamentación y prueba procesal de la causalidad. En el sentido de una concepción materialista de la causalidad, ésta es un proceso real que se desenvuelve según leyes existentes. La ley preexiste a su descubrimiento científico. El descubrimiento científico acredita la existencia de la ley. Desconocida la ley científico natural rectora de la producción de modificaciones que desde la causa llevan al efecto, mal puede probarse en el proceso judicial su efectividad concreta. La experiencia común poco puede decir en principio aquí. Mal puede sostenerse que el problema de la prueba judicial no está sometido a las leyes objeto de las ciencias físico naturales y que en ese campo se trabaja con la libre apreciación del juez, en el sentido de la «libre valoración judicial de la prueba». Por el contrario,

(15) V. GIMBERNAT ORDEIG, E., *loc. cit.*; DÍAZ PALOS, F., *La causalidad material en el delito*, 1953; HUERTA FERRER, A., *La relación de causalidad en la teoría del delito*. 1948.

lo que se cuestiona aquí es el enlace ontológico general entre acción y resultado objeto de la prueba procesal.

El interés que como precedente de otros casos actuales y base del presente estudio posee la sentencia dictada por la Corte de Aquisgrán en 18-XII-1970 hace aconsejable mostrar los puntos cruciales de sus consideraciones jurídicas sobre el problema de la causalidad (16).

(16) El texto completo de la decisión, en *Juristenzeitung*, 1971, págs. 507 a 521. Ofrecemos una síntesis, remitiendo a su importante contenido total: «Para la imputación jurídico penal de las malformaciones apreciadas es preciso acreditar que han sido causadas por la ingestión de Talidomida por las mujeres gestantes. En virtud de la prueba procesal aportada, la Sala afirma que la Talidomida es una sustancia apropiada para causar en los niños tales malformaciones. A juicio de la Sala no se exige en el ámbito del Derecho una demostración equivalente a una prueba científico natural, es decir, a una certidumbre que en todo caso excluya la posibilidad de lo contrario. Basta más bien que la Sala, mediante consideración de todas las circunstancias, se encuentre plenamente convencida de la existencia del enlace causal. Para la afirmación de la causalidad, la Sala se basa en primera línea en los dictámenes coincidente de los peritos, profesores..., ..., ..., quienes tienen por acreditado un nexo causal entre ingestión de Talidomida y deformaciones, con base en sus propias investigaciones científicas, en conexión con los conocimientos de otros expertos. Sus dictámenes son convincentes en sí mismos y por la coincidencia que muestran» (*Es este pasaje, a nuestro juicio, el que posee importancia metódica mayor —y el que ha dado lugar a una crítica científico-filosófica más aguda—, según pone el texto de relieve*). La Sala, al tratar de los daños neurológicos padecidos por las mujeres gestantes toma también en cuenta el tema de la naturaleza filosófica de la prueba requerida y dice (pág. 510, col. 2): «Bajo la demostración propia del Derecho no puede entenderse la llamada demostración científico natural, que presupone una certeza matemática que excluya totalmente la posibilidad de lo contrario. La prueba decisiva para el enjuiciamiento jurídico penal es —solamente y ya— obtenida cuando el juez, tras el conjunto del proceso, está plenamente convencido de los hechos precisados de prueba. De conformidad con ello, descansa la prueba procesal, de acuerdo con la peculiaridad del conocimiento propio de las ciencias del espíritu —*existe aquí, sin duda, una confianza poco alertada acerca de la crítica a que las llamadas ciencias del espíritu han sido sometidas*—, no en un pensamiento inmediatamente racional, sino en el peso de un enjuiciamiento que pondera los motivos acerca de la conexión total del acontecimiento. En tal enjuiciamiento, es impensable una seguridad que excluya toda duda, incluso teórica. No importa, pues, la prueba objetiva preceptuada por las ciencias naturales, sino sólo la certidumbre subjetiva. Sin duda tienen que excluir la prueba las dudas más ligeras del juez, pero siempre tiene que tratarse de una duda real, mientras que las dudas abstractas o solamente teóricas no pueden ser objeto de consideración».

«Existe, por otra parte, afirma la Sala, una correlación estricta, digna de anotarse, entre el síndrome de Wiedemann y la utilización de Talidomida en lapsos de tiempo y ámbitos geográficos precisos. Mediante examen epidemiológico pudo establecerse que la frecuencia espacial y temporal del síndrome correspondía también a una dispersión temporal, espacial y cuantitativa semejante a la de la utilización de Talidomida. La presencia del síndrome en el ámbito espacio temporal cuestionado está limitada a los lugares en que ha sido distribuido el preparado Talidomida».

«En sus deliberaciones, no desconoce la Sala —dice la sentencia—, que como ha objetado el profesor..., las oscilaciones frecuentes en ambos sentidos impiden obtener la prueba cierta de una causa determinada. No pueden ser plenamente excluidas imprecisiones e inseguridades estadísticas. Las investigaciones epidemiológicas, como ha destacado también el profesor..., pueden

IV.—La sentencia del Tribunal de Aquisgrán forma su convicción mediante datos fácticos, epidemiológicos y científico periciales numerosos, pero concediendo la ausencia de una prueba terminante en sen-

sólo conducir a la sospecha de que sea responsable un factor exógeno. Pueden en todo caso existir factores endógenos, de modo que la supresión de la sustancia y la disminución simultánea de la onda de malformaciones no conduzca a prueba segura sobre la causalidad. En cualquier caso las objeciones de los peritos mencionados no pueden conmovir la convicción de la Sala, pues junto a la frecuencia epidémica del síndrome, se añaden otros puntos de vista que elevan la sospecha a una probabilidad rayana en la certidumbre, tanto por la correlación espacio temporal entre la ingestión de la droga y malformaciones, como porque las madres de niños malformados, tal como todavía puede con posterioridad establecerse, en el tiempo decisivo para la originación de las malformaciones —*se refiere la decisión al trimestre primero de la gestación*— habían ingerido Talidomida.

«También habla en favor del nexo causal la experimentación animal, tal como la realizada con monos, la cual —como informa el profesor...—, aun reconociendo que experimentos con animales no son decisivos para la especie humana, produce malformaciones semejantes a las del hombre, anteriormente no observadas en monos y otros primates. La virtualidad teratógena de la Talidomida ha sido verificada experimentalmente por otros científicos, presentándose malformaciones en ratas, ratones, especies de conejos, pollos y cerdos».

«Entre las objeciones formuladas se halla la de que se encontraban descritos teóricamente y eran conocidos los elementos particulares del síndrome de Wiedemann. Reconoce la Sala que malformaciones semejantes las ha habido siempre. Pero la prueba no resulta influida por ello, pues las combinaciones observadas de malformaciones externas e internas dependientes de la Talidomida antes de 1957 y después de 1962 no se habían producido».

«En especial no resulta, a juicio de la Sala, afectada la prueba porque no todas las madres que en la fase sensible han tomado Talidomida hayan dado a luz niños malformados. Esto corresponde a la experiencia de que no todos los individuos reaccionan de forma igual frente a la sustancia tóxica».

«La Sala no puede seguir tampoco a los peritos, profesores ..., ..., quienes expresan que el modo y especie de la evolución del embrión humano no es exactamente conocido, existiendo falta de claridad completa sobre el mecanismo de producción de los efectos de la Talidomida. Aunque la Sala estima que el conocimiento de la evolución humana o de la forma de actuación de la Talidomida ofrece una posibilidad para la aclaración del problema de la relación causal, ésta no es, sin embargo, la única. En diversas sustancias químicas y, en particular en medicamentos, es amplia o totalmente desconocido el mecanismo de actuación. Y a pesar de ello no se duda de que estas materias producen efectos determinados, sean indeseables o deseables».

«Tampoco puede tomarse en consideración que en unión de la Talidomida pueden influir otros fenómenos, como influjos genéticos, factores constitucionales, número de partos anteriores, abortos, enfermedades de la madre, intervenciones, o trastornos durante el embarazo. Es cierto que no se puede excluir una eficacia codeterminante de tales factores, más la causalidad de la Talidomida no sería excluida por la presencia de un tercer factor. Lo mismo cabe decir para posibles factores peristáticos, como el alcohol, tabaco, drogas, accidentes, factores domésticos, operaciones, narcosis, tratamientos radiológicos, exposición a otras radiaciones, etc.».

«Especialmente, no puede tampoco ser considerada la hipótesis propuesta por el profesor ..., aceptada ulteriormente por el profesor ..., de la posibilidad de que la Talidomida haya actuado conservadoramente, evitando el rechazo de un producto malformado mediante la supresión de una reacción inmunitaria. Contra esto hablan los experimentos en animales».

tido científico natural. Esta situación ha hecho surgir una diversidad de problemas y apreciaciones teóricas, jurídico materiales y procesales.

a) La doctrina penal alemana, en virtud de lo que hemos caracterizado como deslizamiento conceptual, ha venido identificando la cuestión material de la causalidad con el pensamiento propio de la *conditio sine qua non*. La cuestión de la existencia de la conexión causal era respondida afirmando que ese nexo estaba presente cuando una acción no podía suprimirse *in mente* sin que el resultado considerado desapareciera de forma simultánea. Armin Kaufmann ha orientado la investigación de este problema en el sentido de que la fórmula de la *conditio sine qua non* no es directamente aplicable como principio causal. Directamente aplicable —afirma— no es la fórmula de la condición: sólo las leyes causales que están detrás de ella, abarcadas por ella y experimentadas en ella, posibilitan la comprobación de cursos causales concretos (17). Con referencia al proceso de la Talidomida, el hecho de suprimir hipotéticamente la ingestión de la sustancia no informa acerca de si el resultado hubiese desaparecido (18). Habíamos indicado anteriormente que para Mezger el criterio de «no poder prescindir *in mente* de la condición» (la fórmula de la *conditio sine qua non*) proporciona un expediente infalible para determinar la conexión causal (19). El caso considerado por el Tribunal de Aquisgrán muestra, sin embargo, que la verificación de la causalidad no se consigue mediante recurso a la fórmula de la *conditio sine qua non* cuando se desconoce la legalidad general existente entre dos hechos, legalidad no constatada por la ciencia. El problema consiste en la posibilidad de la determinación de una dependencia material entre la ingestión del producto y la aparición de malformaciones. La investigación de tal ley es materia de las ciencias naturales (aquí de una investigación biológica multidisciplinaria, donde toman parte embriología, farmacología, etc.). La fórmula de la *conditio sine qua non* no fundamenta la causalidad. Es sólo medio para la comprobación posterior de su existencia.

La distinción entre causalidad material y ulterior contrastación de la existencia de esta relación causal puede hoy entenderse aceptada en la dogmática (20). Es en el fondo expresión del pensamiento propio de la actual teoría de la ciencia de que la científicidad de una

«Por todo ello llega la Sala a la convicción de que en atención al cuadro del fenómeno y a la rareza excepcional de síndromes comparables, en el caso particular es demostrable también la relación causal entre Talidomida y malformaciones, en el caso de que en el período crítico haya tomado Talidomida la mujer».

(17) V. KAUFMANN, A., *Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren*, en *Juristenzeitung*, 1971, pgs. 569 y ss. Traducción de FINZI, C. A., *Tipicidad y causación en el procedimiento Contergán*, en «Nuevo Pensamiento Penal», 1973, págs. 7 y ss., conforme a la que se hacen las citas.

(18) V. KAUFMANN, A., *loc. cit.*, pág. 28.

(19) V. MEZGER, E., *loc. cit.*, pág. 229.

(20) V. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal*, I, 1981, trad. de Mir Puig, S. y Muñoz Conde, F., pág. 383.

proposición depende de su capacidad para ser falsada, refutada o sometida a contrastación. Una ley científica es exacta en tanto pueda ser sometida a sucesivas refutaciones. La fórmula de la *conditio sine qua non* equivale a la contrastación en la situación concreta de la ley científica —o del principio de experiencia afirmativos de que en casos como el sometido a enjuiciamiento dado un hecho (A) se produce otro hecho posterior (R), es decir, de que entre acción y resultado típico existe efectivamente relación de causalidad.

b) Más problemático es el criterio de Armin Kaufmann de que las leyes causales penetran en la norma jurídica que reclama la dependencia causal entre una acción y un resultado. En los tipos de causación —cuyos modelos más plásticos son el homicidio y las lesiones— estas leyes forman parte de la «premisa mayor» bajo la que el hecho, «premisa menor», debe ser subsumido. A diferencia de otros principios de experiencia como puede ser la investigación de grupos sanguíneos, con los que se contribuye a proporcionar la base de la prueba, a juicio de Kaufmann la ley causal se refiere directamente a una característica del tipo (21). La consecuencia de esta posición sería que no estando asegurada en sentido científico natural la existencia de la ley causal no sería posible considerar típico el correspondiente comportamiento. La subsunción de la acción en los tipos de resultado supone una triple verificación, como actualmente reconoce la doctrina. En primer lugar, la existencia de la regla causal general. Aquí se trata de la cuestión de la causalidad general (por ej., de la regla de la gravitación universal). En segundo término, se ha de establecer la causalidad particular, consistente en la subsunción del hecho considerado en la ley científica general. La fórmula de la *conditio sine qua non* cumple ulteriormente una función aclaratoria o confirmativa. Su significación no va más allá de permitir la falsación del nexo causal, es decir, de establecer que el nexo ha sido contrastado (22).

En los campos donde las conexiones causales se pueden establecer únicamente en sentido científico natural, es decir, donde no bastan los principios de experiencia obtenidos en el trato práctico del hombre con el mundo, la tesis de Kaufmann pone de manifiesto una total rigidez: la característica *causación* está excluida si resultando precisa la subsunción del caso en un principio o ley científico natural existe desconocimiento o falta de claridad sobre su «vigencia». La ley causal, según Kaufmann, debe de ser objetivamente cierta; de aquí que falta de claridad signifique que no existe una ley causal reconocida bajo la cual sea posible subsumir (23). Correlativo con este criterio es el papel atribuido por Armin Kaufmann a la estadística. Esta no proporciona a su juicio leyes causales, por lo que tampoco una correlación estadística sumamente «significativa» consiente llegar a una conclusión referida a una ley causal (24).

(21) V. KAUFMANN, A., *loc. cit.*, pág. 27.

(22) V. CEREZO, J., *loc. cit.*, pág. 343.

(23) V. KAUFMANN, A., *loc. cit.*, pág. 23.

(24) V. KAUFMANN, A., *loc. cit.*, pág. 29.

La tesis propuesta por Kaufmann se desenvuelve básicamente en sentido jurídico material. Sus perspectivas jurídico procesales serán objeto de alusión posterior. Las leyes causales forman, a su juicio, parte de los tipos. Este punto de vista no es compartido en la literatura. Naucke, autor que se ha ocupado del problema de la causalidad con inusual profundidad (25), formula reparos frente a la idea de que las leyes científico naturales sean elementos de los tipos y estén por ello integradas en el ámbito de las normas que contienen la exigencia de la causalidad. De acuerdo con ello, indica Naucke, la causalidad supondría una doble verificación. En primer lugar, habría de comprobarse la existencia de la ley causal general rectora del suceder real en el campo considerado. Por ej., de que la ingestión de Talidomida causa malformaciones fetales. En segundo término, establecer la causalidad concreta, es decir, que en la situación enjuiciada la mujer X ingirió el producto, lo que determinó las malformaciones de su hijo Y. Contra tal construcción habla el hecho de que si las leyes causales pertenecieran a los tipos no se explicaría por qué el juez se sirve de peritos para la fijación de su existencia, lo que se hallaría en tensión con el principio *iura novit curia* (26). Esta observación constituye un argumento indirecto. En sentido directo, material, destaca Naucke, de acuerdo con la teoría de la ciencia, que la determinación de si entre dos hechos media un nexo causal nunca tiene carácter singular. Se refiere siempre a casos de *determinada especie*, es decir, a si existe una conexión regular en situaciones de igual naturaleza. De su existencia depende la predictibilidad (*Voraussagbarkeit*) y dominabilidad (*Steuerbarkeit*) de un acontecimiento. Lo que el juez decide es si el suceso concreto está comprendido entre los que la norma generalmente prohíbe o preceptúa, los cuales una persona puede sobredeterminar. Esto equivale a la comprobación de una estructura real a la que la norma ciertamente se refiere, pero que no es parte constitutiva suya. Esta estructura preexiste a la norma, pero no forma parte de ella (27). De acuerdo con esto no forman las leyes científicas parte de los tipos. Estos, sin embargo, presuponen el conocimiento científico, con lo que si no en la fundamentación, sí en los resultados a que conduce —dice Naucke—, la tesis de Kaufmann debe ser objeto de consideración. Las leyes científicas, como Max Planck ha declarado —afirma—, son correlaciones de nuestro espíritu, que fundamentan la armonía entre sujeto cognoscente y realidad. Por ello no puede el juez dejar de fundamentar en tales hipótesis teóricas su decisión (28). Con ello se transita ya a un área, la de la conducta del juez, que excede al problema de si la ley misma forma parte del tipo, área que será objeto después de breve consideración.

d) El problema jurídico material que suscitan los cursos causales no verificables ha sido también suscitado por Stella, quien previo ad-

(25) V. NAUCKE, M., *Kausalität und Strafrecht*, 1980, págs. 3 y ss.

(26) V. NAUCKE, M., *loc. cit.*, pág. 108.

(27) V. NAUCKE, M., *loc. cit.*, pág. 108.

(28) V. NAUCKE, M., *loc. cit.*, pág. 105.

mitir que la teoría de la *conditio sine qua non* es la más idónea para satisfacer las exigencias de la ley penal, destaca que la determinación del nexo causal no puede ser remitida a la libre apreciación subjetiva del juez. Debe, por el contrario, admitirse que la fórmula de la *conditio sine qua non* implica un reenvío a la explicación mediante leyes, o sea, a la noción nomológico funcional de causa. El nexo condicional es por ello requisito del tipo. No un requisito indeterminado o indeterminable, dado que debe ser establecido caso por caso con referencia a las leyes de la naturaleza que hacen posible explicar el resultado, es decir, de delimitar las condiciones empíricas antecedentes que constituyen la causa en sentido nomológico (29). Esta es la única forma de que el nexo causal reclamado por el Código penal italiano en su artículo 40 —afirma— esté taxativamente determinado en el tipo y de evitar que la norma pueda ser objeto de interpretaciones arbitrarias (30). Esta tesis equivale, por tanto, a considerar las leyes científicas como elemento tácito de los tipos de causación.

A nuestro juicio, el punto de vista de Stella difiere, sin embargo, en profundidad, del expresado por Kaufmann. Este opera con una noción de ley científico natural que no parece tener en cuenta la crítica propia de la actual teoría de la ciencia. La contribución de Kaufmann no plantea formalmente el problema, dándolo por sobreentendido, del concepto de ley científico natural. Dada la falta de consideración que atribuye al criterio estadístico —*la estadística no proporciona leyes causales; tampoco una correlación estadística sorprendentemente significativa consiente llegar a una conclusión referida a una ley causal, es posible que este nexo estadístico se atribuya a un nexo causal... (pero) esto lo demostrará la especialidad científica competente*, etc. (31)— y de la falta de declaraciones sobre la estructura probabilística de las leyes científicas, su posición parece presuponer una noción de ley causal próxima a la de la mecánica clásica, que como Naucke indica, es el prototipo del sistema físico determinista, es decir, de un sistema teórico caracterizado idealmente por una calculabilidad absoluta (32). En tal caso, su concepción diferiría de la física cuántica, en la que la idea de la determinación lineal del efecto por la causa ha cedido paso a la consideración de la causalidad como probabilidad (33).

La causalidad no es entendida por Stella como absoluta deductibilidad del efecto a partir de la causa o como implicación del *explanandum* por el *explanans* con necesidad inexorable, sino en el sentido de calculabilidad según leyes de probabilidad (34). La transposición al ámbito penal del pensamiento de que las leyes científicas poseen una estructura probabilística, conduce a que las hipótesis estadísticas per-

(29) V. STELLA, F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale (Il nesso di condizionamento fra azione ad evento)*, 1975, pág. 101.

(30) V. STELLA, F., *loc. cit.*, págs. 72 y ss.

(31) V. KAUFMANN, A., *loc. cit.*, pág. 29.

(32) V. NAUCKE, M., *loc. cit.*, págs. 22 y ss.

(33) V. NAUCKE, M., *loc. cit.*, págs. 20 y ss.

(34) V. STELLA, F., *loc. cit.*, pág. 280.

mitan la imputación jurídico penal del resultado sometido a consideración (35). Dado que ya las leyes científico naturales expresan conexiones de probabilidad, la aspiración a obtener una certeza deductiva, por definición no podría ser satisfecha: explicación científica —dice Stella— sería siempre explicación estadística, lo que lleva a desechar la idea de que las conclusiones basadas en la estadística no posean significado explicativo causal (36).

V.—La causalidad es elemento integrante del tipo de los delitos materiales o de resultado. La imputación objetiva del resultado supone que éste haya sido causado por la acción. El resultado natural forma parte de la materia prohibida, no es mera condición objetiva de punibilidad. En tales delitos carecería de sentido hablar de autoría respecto a quien no causó —o es dudoso si causó— el resultado típico. La causación es así característica abstracta del tipo. Pero éste no contiene, como elemento abierto a una determinación científico natural, una referencia a todos y a cada uno de los modelos causales posibles, sino una exigencia causal general, cuya concreción ha de entenderse en el sentido de una racionalidad crítica peculiar. La determinación de cuándo está presente este enlace causal es una cuestión de racionalidad no exclusivamente científica. La respuesta al problema de la causalidad es siempre función del campo material sometido a consideración. El tipo establece solamente que entre acción y resultado es imprescindible el enlace causal. Pero no señala en absoluto la concreta ley causal a tener en cuenta. La causalidad es elemento indiscutible del tipo y su fundamentación exige el recurso al pensamiento científico. Pero la regla científica, como acertadamente señala Naucke, a que se refiere la norma no es, contra las indicaciones de Armin Kaufmann, parte integrante de ella (37).

Una referencia al campo material objeto de consideración es imprescindible. Hay campos en que el conocimiento empírico, precientífico, de la realidad, es suficiente para la afirmación de la causalidad. Así sucede, como se ha indicado, en el delito de estafa. En otros, por el contrario, será vinculante la ley causal científico natural operativa en ellos. Esto ocurre tácitamente, por ej., en la imputación del homicidio causado mediante precipitación de la víctima, es decir, dentro de un campo en que opera elementalmente la ley de la gravitación (38).

Pero en otros espacios o ámbitos está en principio excluida la operatividad de una ley científico natural que previamente haya sido objeto de refutación, falsación o contrastación incontrovertibles. Pensamos que esto sucede en el área de cursos causales biológicos, donde una sustancia origina resultados de homicidio o lesiones. En ellos no es posible una verificación o una *probatio plena*, inductiva de la regla científico natural. Por principio, no puede procederse a suministrar a

(35) V. STELLA, F., *loc. cit.*, pág. 310.

(36) V. STELLA, F., *loc. cit.*, pág. 315.

(37) V. NAUCKE, M., *loc. cit.*, pág. 108.

(38) V. HENTIG, H., *La pena*, I, 1967 (trad. de Rodríguez Devesa, J. M.), págs. 364 y ss.

seres humanos la sustancia de que se trate, para inducir por vía experimental el criterio científico natural. No es posible reproducir exactamente en laboratorio el proceso causal sometido a valoración jurídico penal. La falsación o refutación de resultados se halla aquí sensiblemente excluida. Los resultados obtenidos experimentalmente con animales no pueden ser entendidos como comprobación definitiva o inimpugnable del principio científico. Pues queda siempre abierta la duda de si ese principio o hipótesis científica proporcionaría iguales respuestas al someterse al «test» de la experimentación en seres humanos. Queda de esa forma excluida la plena contrastabilidad científico natural de la premisa mayor en que deben ser subsumidos los casos reales concretos. Existe aquí una objeción a la tesis de Armin Kaufmann difícil de superar.

Por ello la formación del principio científico rector del tratamiento de la causalidad puede ser orientada en el sentido de una probabilidad estadística, como Stella propone (39). Trátase de probar la preexistencia de una *regla racional obtenida mediante recurso a todos los criterios científicos posibles*, regla indicativa de la conexión entre acción y resultado en términos probabilísticos. Como dice este autor, «no deberían existir dudas sobre la naturaleza de la explicación que el juez está llamado a proporcionar. Por definición está excluido que el juez pueda dar una explicación del *entero* mecanismo del fenómeno, en el sentido de descomponer el suceso en una serie de subresultados que se suceden regularmente de conformidad con leyes naturales. Esto implica determinadas asunciones tácitas no incompatibles con la afirmación de la causalidad» (40). De acuerdo con esto, causalidad es equivalente a credibilidad racional: la contraposición entre explicación causal y estadística, afirma Stella, debe ser abandonada: *para el Derecho penal, es causal la explicación basada en leyes estadísticas* (41).

Naturalmente, que esto exigiría que la legalidad estadística hubiese sido científicamente establecida. Entonces el problema de la causalidad equivale a la previsibilidad objetiva, científicamente fundamentada, en campos donde no opera sólo la experiencia general o el sentido común. En los delitos culposos, la previsibilidad objetiva se ha elevado por la doctrina contemporánea a momento constitutivo de lo injusto. El resultado debe ser efecto objetivamente previsible de la acción peligrosa. En campos materiales donde es evidente la insuficiencia de la previsibilidad por el participante medio en el sector, o del criterio del hombre prudente y diligente, es decir, donde sólo la investigación crítica del campo puede decidir si preexiste una relación de conexión entre varios hechos, una investigación probabilística exhaustiva podría proporcionar la regla a que remite el momento *causación* perteneciente al tipo.

Esta afirmación tendría que ser tomada en sentido estricto, equivalente a exigir una probabilidad tan intensiva que la exclusión de

(39) V. STELLA, F., *loc. cit.*, págs. 309 y ss.

(40) V. STELLA, F., *loc. cit.*, págs. 296 y ss.

(41) V. STELLA, F., *loc. cit.*, pág. 315.

casos particulares contrarios fuera racionalmente desechable. La fórmula de la probabilidad rayana en la certidumbre, debido a su utilización acrítica en otros campos —por ej., en los delitos de comisión por omisión— implica una cierta relajación contra la que hay que prevenir. Debería evitarse siempre cualquier tensión real con la concepción rigurosa del principio *in dubio pro reo*. Proponemos por ello —dentro de un área tan controvertible— que causación equivalga —ya que no conceptualmente— a permutabilidad racional entre causalidad científico natural y probabilidad prácticamente excluyente de imaginables hipótesis contrarias. De no darse esta situación sería prudente optar por el retroceso del Derecho penal. Tal conclusión permite pasar al último momento del presente trabajo. Con ella se proporciona una advertencia sobre las conductas judiciales de valoración de la prueba. En la práctica, el principio de la libre valoración judicial de la prueba ha significado arbitrio del juez para la valoración de la prueba, no susceptible de revisión —salvo los casos de contradicción con un documento auténtico (art. 849, 2.º, L. E. Crim.)— en virtud de la técnica del recurso de casación. Esta situación es actualmente objeto de corrección en virtud de la proyección sobre la valoración judicial de la prueba del postulado de presunción de inocencia acogido por el artículo 24, 2, de la Constitución. Sin proceder a discutir aquí si la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* son correlativos, debe destacarse que éste integra las garantías propias del Estado de Derecho. El principio *in dubio pro reo*, señala Wasserburg, no está reconocido en la Constitución alemana, pero posee igual rango que los derechos fundamentales, habiendo declarado el Tribunal Constitucional Federal que es expresión de normas centrales del Estado de Derecho (42). Procede, pues, interrogar sobre la conducta judicial valorativa de la prueba en los cursos causales no verificables.

En este sentido es sin duda correcta la rectificación de la tesis de Kaufmann. Este señala que la falta de prueba de la ley científico natural, en tanto es elemento del tipo, conduce a la afirmación de la atipicidad del comportamiento. La convicción judicial está sustraída a la ley natural sin tiempo —afirma— y está sustraída a la disponibilidad a través de la convicción subjetiva (43). Esta conclusión es correlativa a su comprensión de la función de las leyes causales dentro de los tipos. El punto de vista de Naucke toma en cuenta que el juez nunca puede contrariar la probada ley científico natural (44). Efectivamente, un juez de espaldas a principios científicamente establecidos no podría legitimar su actitud con el principio de la «libre» valoración de la prueba (45). Por el contrario, la ausencia de una certidumbre científica, revelada frecuentemente en el contraste entre dictámenes periciales positivos y negativos sobre el nexa causal, plantea una distinta situación. En tal hipótesis, Naucke sostiene que tampoco

(42) V. WASSERBURG, K., *loc. cit.*, pág. 923.

(43) V. KAUFMANN, A., *loc. cit.*, págs. 28 y 30.

(44) V. NAUCKE, M., *loc. cit.*, pág. 103.

(45) V. NAUCKE, M., *loc. cit.*, págs. 105 y ss.

resulta posible decidirse en favor de una de las tesis contrapuestas acudiendo a la libre valoración de la prueba puesto que la decisión del problema sólo puede ser efectuada científica, no jurídicamente. El juez solicita los dictámenes científicos precisamente porque carece de capacidad para formar opinión sin recurrir a ellos. En la hipótesis de que el criterio científico no haya sido procesalmente establecido, propone Naucke recurrir al principio *in dubio pro reo* (46).

(46) V. NAUCKE, M., *loc. cit.*, págs. 105 y ss.

Hacia una revisión de los postulados de la Criminología tradicional (*)

Por el Prof. Dr. D. ANTONIO GARCIA-PABLOS,
Agregado de Derecho Penal (Criminología) de la
Universidad Complutense y Subdirector del Ins-
tituto de Criminología.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Crisis y revisión actual de los planteamientos criminológicos tradicionales.—III. Postulados de la Criminología tradicional.—IV. Postulados de la moderna Criminología, con especial consideración de la denominada «criminología crítica».—V. Aportaciones al actual saber criminológico de las diversas teorías y concepciones: 1. Teorías «funcionalistas». 2. Teorías de las «subculturas criminales». 3. Concepciones psicoanalíticas. 4. Teorías del «etiquetamiento» o del «labellins approach». 5. El paradigma de conflicto». 6. Investigaciones en el ámbito de las ciencias penitenciarias.—VI. Tendencias y orientaciones dominantes en el pensamiento y experiencia criminológica contemporánea: 1. Reivindicación de mayores cuotas de autonomía. 2. Rechazo del modelo «positivista» de Ciencia Criminológica y aproximación a planteamientos sociológicos. 3. Ampliación de su objeto y acentuación de la importancia de la «reacción social». 4. Relativización y problematización del concepto de «delito» y de la «reacción social». 5. Preferencias temáticas por nuevas formas de criminalidad y por la «desviación expresiva». 6. Actitud de compromiso y crítica política del sistema social. 7. Escepticismo respecto a las explicaciones «causales» del crimen y crisis del propio paradigma «etiológico». 8. Renuncia a la meta utópica de exterminio total del crimen. 9. Contemplación crítica y matizada de las «estadísticas» oficiales sobre la criminalidad. 10. Postulados ideológicos dominantes: a) concepción pluralista del orden social; b) superación del principio de «diversidad» del delincuente; c) crisis del carácter «patológico» y «disfuncional» de la desviación; d) principio de la «ubicuidad» del crimen; e) revisión de los dogmas tradicionales de «igualdad», «culpabilidad», «intereses generales», «prevención» y «resocialización», etc.; f) balance final.—VII. Precisiones finales.

(*) Este trabajo coincide, en su esencia, con la comunicación dirigida por el autor al IX Coloquio Español de Criminología, celebrado en Madrid los días 18 a 20 de noviembre de 1982, preparatorio del Congreso que ha de celebrarse en Viena en otoño de 1983.

I

Asistimos en la actualidad a un momento de crisis profunda en el mundo de las ideas y de los valores, crisis que incide también en el ámbito penal y criminológico. Baste con recordar dos citas muy reconocidas: «La historia del Derecho penal clásico —se ha dicho recientemente— es la historia de su desaparición y ésta es cosa de tiempo» (1). A lo que se ha añadido: «Hemos llegado al punto cero de la Criminología» (2) y «el delito sigue siendo un acertijo» (3). Estas expresiones, más o menos afortunadas, reflejan, junto a la crisis mencionada, una sabia actitud de reserva y de moderado escepticismo, que caracterizan al saber penal y criminológico de nuestro tiempo, lejos de las explicaciones simplistas y monocausales del delito de otras épocas, así como de los esquemas «macrosistemáticos» y totalizadores de ciertos sectores de nuestra doctrina contemporánea (4).

Guste o no guste reconocerlo, lo cierto es que los sublimes y majestuosos edificios lógicos del pensamiento clásico, aparentemente sólidos y seguros, se tambalean. Es el momento de la reflexión serena. Debemos replantear las grandes preguntas de las ciencias penales y criminológicas y verificar racionalmente las opciones fundamentales en respuesta a las mismas. Permítaseme, por ello, que suscite dos cuestiones básicas: qué es el crimen y cuál es o debe ser la actitud social —la respuesta social— al mismo. ¿Es el delito un mal intolerable o se asemeja más la criminalidad a una epidemia difícil de evitar, o incluso a un «doloroso accidente social»? ¿Hay que erradicar el crimen de la faz de la tierra o debe la sociedad, por el contrario, asumirlo, comprenderlo y tolerar ciertos niveles razonables de comportamientos desviados? Ambas interrogantes constituyen un test muy significativo que condicionará el empleo, en uno u otro sentido, del arma penal, pues, en definitiva, el Derecho penal es un instrumento, por más que afirmara algún autor (5) que «los juristas humillamos la ley cuando buscamos su justificación fuera de la ley misma». Y siendo el Derecho penal un instrumento, cuestión previa será el análisis y diagnóstico del problema o conflicto social hacia a cuya solución se orienta.

(1) STRATENWERTH, G., *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1.^a ed., 1977 (cuaderno 134), MÜLLER, *Juristischen Verlag*, págs. 5 a 7.

(2) Así, KUTSCHINSKY, cfr. KAISER, G., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*, Madrid, 1978 (Espasa Calpe), pág. 161.

(3) Así, LANGE, cfr. KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 153.

(4) Frente a la más realista y posible meta de «asegurar un mínimo de conocimientos», se alza la tentación de desplazar exclusivamente el centro de interés al «macrosistema», tentación de la que debe liberarse la Criminología. Así, TIEDEMANN, K., Estado actual y tendencias de la ciencia juridicopenal y de la Criminología en la República Federal Alemana (C. P. Cr., 14 (1981), página 276.

(5) Así, BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretungen*, II, Leipzig (1914-1916), págs. 369 y ss.

Mi propósito es reflexionar sobre las dos principales respuestas históricas a los problemas antes apuntados, contraponiendo —aún a costa de la inevitable simplificación y generalización que ello significa— dos modelos: el de la criminología *tradicional* y el de la denominada criminología *crítica*, si bien esta última carece propiamente de una estructura unitaria y homogénea y de un soporte ideológico y filosófico unívocos.

II

Se ha experimentado un giro importante en las concepciones tradicionales sobre el crimen, que coincide con la crisis de los presupuestos ideológicos y de los valores de la llamada «sociedad del Derecho y el Orden». Asistimos al declive de la criminología tradicional, que era una criminología volcada hacia el delincuente y sometida al sistema o marco legal positivo; criminología que cede, poco a poco, ante una nueva concepción del saber, celoso de su propia autonomía frente al sistema legal, que no se resigna a desempeñar el papel meramente auxiliar de los modelos integradores y correccionales y que, en su idealismo sin fronteras, quiere presentarse como una teoría absoluta y radical de la desviación (6).

Durante mucho tiempo se concibió el crimen como mero conflicto individual con la norma, propio de una minoría asocial y desviada. El delincuente era el «otro», una persona distinta de las demás, en términos cualitativos, un producto ajeno a la propia sociedad y externo a la misma; procedente, desde luego, de las clases de más baja extracción social (7). Las causas del comportamiento criminal se buscaron siempre en determinados factores individuales biofísicos (8) o biopsíquicos, sin que sea necesario recordar ahora el conocido estereotipo lombrosiano de delincuente. El crimen aparecía, naturalmente, como comportamiento disfuncional, nocivo, patológico —fruto, incluso, de la propia «patología social» (9)— que la sociedad tenía que extirpar como cuestión de supervivencia.

(6) Matizando el trasfondo ideológico y criminológico que subyace a la imprecisa teoría de la «desviación», y en términos muy críticos: LÓPEZ-REY, M., *Criminología, II (Criminalidad y planificación de la política criminal)*, Madrid (Aguilar), 1978, págs. 12 y ss.

(7) Cfr. GARCÍA-PABLOS, A., *El actual saber juridicopenal y criminológico*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid», núm. 63, págs. 9 y ss. Cfr. ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Conocimiento y orden social: criminología como legitimación y criminología de la liberación*, Universidad de Zulia, 1981, pág. 15.

(8) Sobre las teorías biológicas, en general, vid. LÓPEZ-REY, M., *La criminalidad, un estudio analítico*, Madrid (Tecnos), 1976, págs. 205 y ss.

(9) Sobre patología social y delito, vid. LÓPEZ-REY, M., *La criminalidad*, cit., págs. 166 y ss.

Hoy día, sin embargo, se piensa de un modo bien distinto. La delincuencia de cuello blanco, la de tráfico, la problematización creciente del campo oscuro de la criminalidad y el incremento de la criminalidad juvenil, evidencian que cada vez es mayor el número de ciudadanos «normales» que trasgreden la norma (10). El crimen se caracteriza como comportamiento desviado, pero «normal»: la otra cara de la ley, la sombra inevitable de la convivencia humana. Un fenómeno social más que individual, mayoritario y esparcido en todas las capas de la pirámide social (ubicuo); unido inseparablemente a las estructuras de cada forma de sociedad y capaz de cumplir, incluso, importantes funciones en el equilibrio y desarrollo de aquélla. Hasta el punto de que algún autor ha recordado que cada sociedad suele tener «la delincuencia que necesita y merece» (11). Por otra parte, es difícil cuestionar en nuestros días que el único objetivo racional y posible, desde un punto de vista de política criminal, no es aniquilar la delincuencia, sino controlarla y someterla a índices tolerables.

Pero veamos cómo pueden contraponerse los dos modelos criminológicos cuyas directrices acabo de apuntar; y el estado actual de la polémica.

III

La *criminología tradicional* parte de tres postulados: el de la *diversidad* del delincuente (el delincuente es, cualitativamente, un ciudadano distinto, responde a un determinado prototipo, es un sujeto asocial, que pertenece a una minoría), el del carácter *patológico* del crimen (éste tiene siempre un impacto negativo en el cuerpo social) y el del *paradigma etiológico* (la función científica consiste en indagar las causas del comportamiento criminal). Profesa, además, desde un punto de vista ideológico, una «imagen consensual» del orden social, que se autodefine como un todo armónico, monolítico, unitario, previamente dado en virtud de una especie de pacto social, de llamativo acuerdo sobre las definiciones de lo «convencional» y de lo «desviado», sólo cuestionado por una minoría rebelde y hostil a dichos valores generales e incuestionados. La «desviación», en consecuencia, es el comportamiento anormal de un grupo marginado, que opera en los confines de la sociedad y se identifica con sus más bajos estratos. Pero ni el «delito», ni la «reacción social» tienen carácter problemático (12).

La criminología tradicional contempla al sujeto desviado como

(10) Cfr. KAISER, G., *Criminología*, cit., págs. 152 y 153. Cada vez son más los ciudadanos «normales» que transgreden la norma.

(11) Así, SCHUR, en *Abweichendes Verhalten*, I (1975), Frankfurt, pág. 73.

(12) Cfr. YOUNG, *Criminología de la clase obrera*, en «Criminología crítica», por Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young, Editores Siglo Veintiuno, páginas 91 y ss. Sobre el «modelo consensual», vid. SZABO, D., *Criminología y política en materia criminal*. Siglo XXI, edit., 1980, págs. 44 ss.

producto patológico de una insuficiente socialización, que le deja fuera del consenso y le regala al mundo de lo asocial! Por ello, el comportamiento del «desviado» carece de sentido —ninguna persona «normal» lo comprendería—, no procediendo de una «opción» genuina y válida del mismo, sino que le viene fatalmente impuesto a aquél, que se verá impelido a su desviación (13).

Por otra parte, el denominado «paradigma etiológico» positivista acentúa la importancia de la «socialización primaria» en el momento de explicar el propio comportamiento desviado y sus raíces últimas. La desviación estaría determinada, fundamentalmente, por factores que operan desde el pasado remoto del individuo, trazándose con ello una brecha muy significativa entre el tiempo real y el tiempo presente. El tiempo «real» tendría significado «causal», situándose en los traumas o privaciones del pasado del individuo, que operan repetidamente sobre su futuro. El tiempo «presente», sin embargo, sólo importaría en cuanto portador de unas circunstancias que desencadenan las «predisposiciones» del sujeto. De este modo, al presente se le concede una importancia tangencial, a lo sumo; mientras que la explicación del crimen se individualiza y proyecta en la historia pretérita del agente mirado como ser solitario, hasta el punto de que la opción del individuo dentro del mundo social, se reduce a propensiones fijas, psicológicas, fisiológicas o genéticas; y la desviación se convierte en producto de tales «esencias», careciendo de todo significado fuera de una estructura psíquica o somática atomizada. Por ello mismo, la criminología tradicional conduce a un notorio divorcio entre el «agente» y su «víctima». Aquél se encuentra impulsado por sus tendencias esenciales, mientras la víctima es el primer átomo social con el que, accidentalmente, choca. Pero nada puede pretender «racionalmente» el desviado de su víctima, pues queda descartada de antemano la hipótesis de cualquier posible «conflicto» entre ambos (14).

Finalmente, el «correccionalismo» de la criminología tradicional obliga a ésta a exaltar el cientifismo de los análisis «causales» del comportamiento desviado y el carácter terapéutico y bienhechor de la reacción social.

La reacción social pretende y consigue un efecto terapéutico y bienhechor en el desviado. Porque se prescribe «científicamente» y pondera como resultado de una evaluación neutra sin condicionamiento alguno (15).

Sintetizando, puede afirmarse que los presupuestos ideológicos de la criminología tradicional se resumen en seis *principios*: 1) El delito significa un daño incuestionable para la sociedad. El delincuente es un factor negativo y disfuncional en el sistema

(13) Cfr. YOUNG, op. cit., págs. 91 y ss.

(14) Cfr. GARCÍA-PABLOS, A., *El actual saber*, cit., págs. 10 y ss.

(15) Cfr. YOUNG, op. cit., pág. 93. Resaltando la función «real» de la «reacción social», reproduciendo y consolidando el sistema, a través de las «everday theories», vid. ANIYAR DE CASTRO, Lola, op. cit., págs. 16 y 17.

social. Por tanto, el comportamiento delictivo representa el «mal», la sociedad, el «bien». 2) Principio de culpabilidad.—El hecho punible es la expresión de una actitud interior reprobable del sujeto, quien pudiendo y debiendo ajustar su conducta a las exigencias de la norma jurídica, infringe, conscientemente, los valores sociales que aquélla tutela. 3) Principio de legitimidad.—El Estado como expresión de la sociedad, se encuentra legitimado para reprimir la criminalidad. Tal represión se lleva a cabo a través de las instancias oficiales de control del Derecho penal (legislación, policía, magistratura, instituciones penitenciarias), instancias que interpretan fielmente el sentido comunitario y representan la legítima y necesaria reacción social, dirigida al rechazo y condena del comportamiento desviado individual y a la reafirmación de los valores y normas sociales. 4) Principio de igualdad.—El Derecho penal es igual para todos. La reacción penal se aplica de igual manera a todos los autores de delitos. 5) Principio del interés social y del delito natural.—El núcleo central de los delitos previstos en todos los Códigos, entraña, por definición, un atentado insostenible a las condiciones esenciales de la existencia de cualquier sociedad. El ordenamiento penal protege intereses comunes a todos los ciudadanos, aceptados socialmente como tales. Solamente una parte muy reducida de los hechos penales tipificados en los Códigos responde a la conveniencia de determinados grupos políticos o económicos, o se orientan a la consolidación de ciertas estructuras (delitos «artificiales»). 6) Principio de la prevención.—La pena no tiene exclusivamente la función de «retribuir», sino también la de «prevenir» el crimen. Es un resorte justo y eficaz. Como sanción abstracta prevista en la ley, persigue crear una correcta y adecuada «contramotivación» al comportamiento delictivo. Pero, como sanción concreta, ejerce una función «resocializadora» del delincuente (16).

IV

La moderna *criminología*, sin embargo, no puede ser ajena a las actuales concepciones metodológicas, que se han ido imponiendo en otros sectores del saber científico, como consecuencia, fundamentalmente, del auge de las ciencias sociales. Ya en el ámbito penal se ha experimentado un giro estructural, sociológico: un giro hacia lo concreto (17). En la «teoría de las *normas*», por ejemplo, concebida tradicionalmente como teoría de la estructura, origen e interpretación de éstas, la cibernética y el funcionalismo han puesto el acento más en la dinámica de la norma que en la norma

(16) Así, BARATTA, A., *Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*, en «Papers, Revista de Sociología publicada por la Universidad de Barcelona (1980), núm. 13, págs. 17 y ss.

(17) Cfr. GARCÍA-PABLOS, A., *El actual saber*, cit., págs. 33 y ss.

misma; en su proceso de concreción a la realidad en el marco de los sistemas sociales, en lugar de apelar a la interpretación de la norma, entendida como operación lógicoforma! de subsunción. También en la teoría de la *pena* se ha experimentado una evolución paralela hacia lo real, hacia el hombre concreto. Hoy no interesa tanto la pena como consecuencia jurídica de un hecho pasado, inserta en la teoría de las normas, sino como control social y pieza maestra de una política social que mira al futuro. No preocupan tanto, por ello, sus fines abstractos, su fundamentación teórica, como sus efectos, sus límites, su proceso de ejecución e individualización, su incidencia real en el hombre concreto y su posible sustitución por otros controles sociales menos estigmatizadores. Esto es, el centro de gravedad se está desplazando de perspectivas jurisdiccionales —de la pena— a los controles sociales y al campo previo de la prevención: del delincuente potencial a las relaciones sociales criminógenas. El propio *Derecho* acusa también este giro hacia lo social. De una contemplación tradicional estática como «ordenamiento», es decir, como conjunto de normas, se ha pasado hoy día a una perspectiva atenta más a la dinámica de los sistemas sociales, concibiéndose como complejo de estrategias, mecanismos y controles sociales. Y, por ello, frente a un Derecho penal clásico que mira sólo al pasado y agota las relaciones individuales entre autor y víctimas, se propugna en nuestros días un Derecho penal que mire al futuro e incida positivamente en aquéllos: no un Derecho penal autónomo y monopolizador de la respuesta del Estado al crimen, sino un Derecho penal inserto en el Derecho de planificación social, que arbitre los mecanismos de compensación de ese doloroso accidente social que es el delito.

Algo semejante ha sucedido con la *criminología*. La moderna criminología ha ampliado y redefinido su propio objeto, buscando la independencia del mismo frente a las definiciones legales y ampliando su centro de investigación a los controles sociales, procesos de selección, etc.; ha problematizado el propio concepto de delito y el de la reacción social; y reclama para sí no una función puramente auxiliar y legitimadora del sistema oficial (17 bis), sino una función crítica, en el marco del análisis del comportamiento desviado, abandonando los esquemas causales y positivistas de otros tiempos. Quiere ser no una disciplina académica, de profesores, sometida a la dogmática positivista, refugiada en las estadísticas oficiales y en los siempre equívocos «datos», sino una teoría social de la desviación, científica, crítica, autónoma e interdisciplinaria.

La moderna criminología parte, por ello, de otros postulados. Por de pronto, sustituye la imagen consensual del orden social de

(17 bis) Sobre la función «legitimadora» de la Criminología tradicional, cfr. ANIYAR DE CASTRO, Lola, op. cit., págs. 9 y ss. y 21 y ss., quien, resalta cómo la criminología tradicional aporta al sistema oficial ese «touch of science» que la legitima y refuerza.

la criminología «positivista» por una visión «plural» del mismo. Como se ha dicho (18): mientras el criminólogo ortodoxo ha tendido a caracterizar el orden social como consensual y monolítico, con una minoría de individuos en los márgenes de la sociedad, el teórico de la desviación sostiene la existencia de una diversidad de valores ubicados en la plétora de subculturas, que existe en el seno de una sociedad industrial. El orden social, en esta nueva concepción, aparece, pues, como una «colección de *guettos normativos*, que tratan de abrirse paso a empujones para conseguir su espacio social», aunque sólo uno de ellos consiga finalmente imponer a los demás sus propios valores. Se propugna, en consecuencia, como «*modus vivendi*» para esta sociedad estructuralmente antagónica y estratificada, una «cultura de la civilidad», que permita y tolere la diversidad esencial de los grupos que la componen: una especie de «contrato social» integrado al servicio de la «diversidad» y la «coexistencia» (19).

En este marco, la desviación tiene un sentido bien diferente. Pierde, naturalmente, su significado «patológico» tradicional, desde el momento en que en una sociedad pluralista todas las personas están potencialmente «desviadas» (20), todas experimentan «impulsos desviados». Cada vez son más los ciudadanos «normales» que infringen las normas penales (21).

En último término —se piensa— la desviación no puede entenderse como inherente al comportamiento realizado. No tiene un sustrato «real», «ontológico», sino «definitorial». No es la «cualidad» (negativa) que «pertenece» a ciertas acciones (delitos), sino la que se «atribuye» a las mismas a través de ciertos mecanismos y procedimientos sociales de «definición» y «selección» (22). Delincuente no es todo aquel (cualesquiera que) que infringe la ley, sino sólo aquel que es etiquetado como tal por las instancias criminalizadoras y adquiere dicho «estatus». Pero, en definitiva una persona como las otras, normal. No responde a ningún prototipo, determinado cualitativamente, ni a un sector minoritario o anormal de la población (23).

(18) TAYLOR, WALTON, YOUNG, *Criminología crítica*, cit., pág. 22.

(19) Cfr. YUNG, op. cit., pág. 94.

(20) Cfr. YOUNG op., cit., pág. 94.

(21) Cfr. KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 152; TIEDEMANN, K., *Estado actual y tendencias de la ciencia juridicopenal y de la criminología en la República Federal Alemana*, en C. P. Cr., núm. 14 (1981), pág. 275, insistiendo en la «cifra negra» como expresión de la «normalidad» y «ubicuidad» del crimen. Sobre la «criminalidad desconocida», cfr. LÓPEZ-REY, M., *La criminalidad*, cit., págs. 33 y ss.

(22) Cfr. GARCÍA-PABLOS, A., *El actual saber*, cit., pág. 14 y nota 20. Sobre la conexión del pensamiento de DORADO MONTERO con las teorías criminológicas de la «criminalización», vid. COBO DEL ROSAL-BACIGALUPO, *Desarrollo histórico de la criminología en España*, en C. P. Cr., núm. 11 (1980), páginas 34 y 35).

(23) De algún modo, estas ideas se mantuvieron ya, entre nosotros, por DORADO MONTERO y SALILLAS, como han demostrado COBO DEL ROSAL y BACIGALUPO (op. cit., págs. 34 a 39).

Si la criminología moderna «relativiza» y «problematiza» el concepto de delito (24), puede afirmarse, también que problematiza la propia «reacción social». Esta deja de ser incuestionable. Antes bien, se considera que mientras la desviación trata de resolver los conflictos sociales, la reacción los mantiene y exagera, los acentúa. El control estatal del comportamiento desviado es intrínsecamente irracional en su modo de operar y, de hecho, produce el impacto contrario al realmente deseado. En primer lugar, porque lejos de eliminar el crimen, de prevenirlo y de resocializar al delincuente, no suele hacer otra cosa que estigmatizar al desviado, potenciar la desviación y fijar al agente en su «estatus» de «desviado». Pero, además —y sobre todo— porque la selección de «chivos expiatorios» que llevan a cabo los mecanismos e instancias criminalizadoras es claramente arbitraria y discriminatoria. Operan según falsos prejuicios positivistas, olvidando que el comportamiento desviado se encuentra en todos los tramos y sectores de la estructura social (principio de la «ubicuidad» del crimen) y que el estereotipo criminal que así se genera — como individuo perteneciente a los estratos sociales menos dotados— poco tiene que ver con la tendencia «real» al crimen. Con el ulterior inconveniente de que de este modo se engendran, paradójicamente, las etiologías positivistas que se querían atacar y los mecanismos de control social se dirigirán de forma preferente a las personas que ostenten las características del estereotipo criminal mencionado, creándose un inadmisibles «círculo vicioso» (25).

En la moderna teoría de la desviación, el tiempo presente y la socialización imperfecta del «desviado» desplazan del centro de investigación al examen de la socialización «primaria» y al de las «causas» determinantes del comportamiento desviado. El tiempo presente pasa a un primer plano. El pasado del agente, su propio cuerpo, se desvanece. Su conciencia de sí mismo, por el contrario, adquiere una gran continuidad con su medio ambiente subcultural. Porque el desviado es un individuo racional y consciente, libre de todo determinismo físico o psíquico por acontecimientos pretéritos y enclavado en una subcultura homogénea y normativamente coherente. No posee ningún rasgo «esencial» que le predisponga a la desviación, sino que su comportamiento es teleológico, abierto a todas las posibilidades y no puede reducirse a meros procesos somáticos o subconscientes. En consecuencia, más que la socialización imperfecta o el concepto de «desorganización social», im-

(24) Como gráficamente afirma RÜTHER, W., *La criminalidad..., a través de las definiciones sociales...*, C. P. Cr., 1979 (8), pág. 53): «No hay criminalidad como existe un trozo de hierro, pues éste se presenta como un objeto físico, independiente de la valoración y la descripción... la criminalidad, en cambio, existe preponderadamente, en los presupuestos normativos y valorativos de los miembros de la sociedad...». ANIYAR DE CASTRO, L., op. cit., pág. 6.

(25) Cfr. YOUNG, op. cit., págs. 94 a 96; ANIYAR DE CASTRO, Lola, op. cit., págs. 15 y ss.

portará destacar la diferente socialización de los individuos que dependerá de su proximidad o pertenencia a una determinada organización social normativa, dentro de la pluralidad de organizaciones que componen la sociedad (26).

En la moderna criminología el delincuente cede su protagonismo a la conducta desviada, a la socialización y a los controles sociales (27). Y los esquemas «funcionalistas» de la criminología ortodoxa, a los del «conflicto» de la teoría de la desviación y de la subcultura, desplazándose el centro de gravedad desde tesis biológicocriminales a perspectivas psicocriminales, sociopsiquiátricas y sociologicocriminales (28). Se profesa una concepción idealista y romántica del universo social. Se exalta la imagen del hombre «bueno», la «autenticidad» de las subculturas, se reniega de las estadísticas oficiales; y, al destacarse el carácter arbitrario y criminógeno de la propia reacción social, se predica el catecismo de la no intervención; la no ingerencia del Estado; en definitiva, la teoría y praxis de la calma, propias de una auténtica «cultura psicodélica». Por otra parte, la moderna criminología traslada su centro de investigación del denominado crimen utilitario o convencional, a la «desviación expresiva»: interesa más el consumo de marihuana que el hurto; la prostitución que el homicidio; la psicopatía y la esquizofrenia que la neurosis y la histeria, poniéndose el acento, como gesto de altruismo, en el crimen «sin víctima» (29) y (30).

De este modo, la moderna criminología propugna un método «intuitivo» con el que pueda comprenderse el contenido y autenticidad de las respectivas subculturas; y al propio hombre, cuya imagen más cabal —se dirá en una actitud verdaderamente romántica— se encuentra en los confines y márgenes del mundo social (31). Idealismo, pues, relativismo, sociologismo, antiutilitarismo, serán características inseparables de una nueva actitud criminológica, que terminará por superar no ya los esquemas naturalistas —monocausales o plurifactoriales— sino el propio «paradigma etiológico», esto es, la preocupación de indagar las «causas» del crimen (32).

(26) Cfr. YOUNG, op. cit., págs. 96.

(27) Cfr. KAISER, G., *Criminología*, cit., págs. 157 y 160. Resaltando, también, la progresiva menor incidencia del examen de la personalidad del delincuente; TIEDEMANN, L., *Estado actual*, cit., pág. 276. Una concepción de la criminología, como «teoría crítica del control social» en ANIYAR DE CASTRO, op. cit., pág. 48.

(28) Así, KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 154.

(29) Cfr. GARCÍA-PABLOS, A., *El saber actual*, cit., págs. 34 y 35. Con razón lamenta LÓPEZ-REY el olvido tradicional por parte de los «criminólogos» de ciertos sectores de la delincuencia, afirmando que en cierto sentido aquéllos se ocupan del crimen menos aún que los juristas (*Criminología*, cit., II, páginas 9 y 10).

(30) De particular interés, sobre la criminalidad no convencional, cfr. BERTSTAIN IPIÑA, A., *La criminología comparada y su aportación a la política criminal: una reflexión tercermundista*, en C. P. Cr., 10 (1980), pág. 102.

(31) YOUNG, op. cit., págs. 96 y 97.

(32) Cfr. RÜTHER, W., *La criminalidad*, cit., págs. 51 a 53.

Presenciamos, pues, la sustitución de las teorías de la «criminalidad» tradicionales por las de la «criminalización» de las metodologías interaccionistas (33). A ello han contribuido, ante todo, las ciencias sociales, destacando las funciones «reales» que cumple el crimen; el modo de operar de los mecanismos sociopedagógicos de aprendizaje e interiorización de las normas y la «efectiva» desigualdad del ciudadano en los procesos sociales. Esa desigualdad que permitió afirmar, con amarga ironía, a Anatole France: «la ley penal, en su majestuosa igualdad, prohíbe por igual al rico como al pobre, robar pan para alimentarse, pedir limosna para comer, o dormir bajo el puente» (34).

V

Pero este cambio esencial de las concepciones criminológicas, precedido naturalmente de una correlativa «relativización» en el mundo de los valores, es fruto de un lento proceso y de aportaciones científicas de muy diverso origen y procedencia (35); aportaciones que, debidamente coordinadas, han ido desmoronando, poco a poco, los pilares sobre los que se cimentaba el majestuoso edificio de la criminología «tradicional». Pienso, concretamente, en la sociología, en la psicología, el psicoanálisis, en las ciencias penitenciarias, etc. Pero, veamos el significado de algunas de ellas (36) y cómo contribuyen a la imagen más dinámica e interaccionista de la criminología actual (37):

1. Las teorías «funcionalistas», en primer lugar, han cuestionado, esencialmente, el principio «clásico» del «bien y el mal», al explicar cómo las causas de la desviación no deben buscarse en la patología social ni en la patología individual, por ser el crimen no un comportamiento «patológico», sino un comportamiento «normal», «mayoritario» e «inherente» a toda estructura social. Es más, un comportamiento que cumple importantes funciones en

(33) Sobre la contraposición: teorías de la criminalidad-teorías de la criminalización, cfr. NAUCKE, W., *Las relaciones entre la criminología y la política criminal*, en C. P. Cr., núm. 5 (1978), págs. 95 y ss.; ANIYAR DE CASTRO, Lola, op. cit., págs. 5 y ss.

(34) Cfr. GARCÍA-PABLOS, A., *El actual saber*, cit., pág. 16.

(35) Así, por ejemplo, la importancia de la «cifra negra» o de la «desigual» aplicación efectiva de la ley penal o de la delincuencia «no convencional», se destacan por LÓPEZ-REY, sin necesidad de compartir las premisas ideológicas y metodológicas de la denominada «Criminología crítica» (vid. *La criminalidad*, cit., págs. 35 y ss.; y *Criminología*, II, págs. 10 y ss. y 239 y ss., respectivamente).

(36) Muchas de estas tesis son de clara procedencia marxista. Tal vez por ello cobra sentido la paradoja resaltada por LÓPEZ-REY, que precisamente en países comunistas no sean aceptadas por la doctrina oficial (concretamente, respecto a la teoría de la desviación, vid. *Criminología*, cit., II, pág. 13).

(37) Como advierte KAISER, G. (*Criminología*, cit., pág. 160), refiriéndose a las características de la criminología actual.

la estabilidad y evolución de aquélla, por su naturaleza innovadora, siempre que no rebase ciertos límites (teoría de la anomia) (38).

Es cierto que las teorías *funcionalistas* no siempre ofrecen una explicación satisfactoria del complejo fenómeno criminal, sobre todo en el caso de determinadas manifestaciones singulares del mismo, que se comprenden mejor a la luz de otros esquemas teóricos. Como toda «macroteoría», no pueden evitar ciertas dosis de abstracción y ambigüedad, arropadas con formulaciones descaradas, y con un criptolenguaje equívoco y enigmático. El neutralismo sociológico, por otra parte, el prescindir a menudo de toda referencia a «valores», corre el riesgo de presentar como «normal» cualquier conducta desviada; e incluso de no poder explicar el cambio social. La estrecha conexión de la criminalidad con las estructuras sociales, no siempre aclara el porqué ni el para qué de la función «integradora» que aquélla, sin duda, cumple; ni es viable, a priori, determinar la relación existente entre una determinada estructura social y la desviación inherente a la misma. Ahora bien, la existencia de la desviación a partir de procesos sociales ordinarios, cotidianos, en el marco de un orden social «intacto» —no anómico— es una aportación decisiva del funcionalismo (normalidad, funcionalidad y ubicuidad del crimen). Y, aunque las concepciones funcionalistas no son excluyentes (no prejuzgan la eventual relevancia, en el caso concreto, de otros factores en la desviación), constituyen, a mi juicio, un valioso punto de partida. Fundamentalmente, si se admite que la criminalidad no es sólo un enfrentamiento individual y aislado con la norma, sino un fenómeno social, complejo, dinámico y colectivo (38 bis).

2. Las teorías de las *subculturas criminales* (39), por su parte, han dirigido sus críticas al principio de «culpabilidad» (40). Según estas teorías, en una sociedad pluralista, como la actual, altamente estratificada y antagónica, no existe un único código normativo, sino una multiplicidad de subórdenes axiológicos todos ellos legítimos, que el individuo interioriza, además, a través de los mismos mecanismos de socialización que explican la interiorización y asunción de los valores mayoritarios del grupo por los ciudadanos no desviados. Como, por otro lado, queda fuera del poder la decisión del individuo —y, por tanto, de su «responsabilidad moral»— el hecho

(38) Sobre el posible entronque del pensamiento de DORADO MONTERO y SALILLAS con la concepción del crimen como hecho «normal», cfr. COBO DEL ROSAL-BACIGALUPO, *Desarrollo histórico*, cit., págs. 34 a 39. En cuanto a la tesis de DURKHEIM, vid. *La Sociología y reglas del método sociológico*, Santiago de Chile, 1957, pág. 215. Cfr. GROSSO GALVÁN, M., *Nueva Criminología y dogmática juridicopenal*, en C. P. Cr., 10 (1980), págs. 57 y ss.

(38 bis) Sobre las muy diversas críticas formuladas a las teorías «funcionalistas», vid., por todos, GÖPPINGER, H., *Criminología*, Reus, 1975 (traducción de M.^a L. Schwarck y I. Luzárraga), págs. 44 y ss.

(39) En cuanto a la posibilidad de encontrar en el pensamiento de SALILLAS un antecedente de las teorías de las subculturas, vid. COBO DEL ROSAL-BACIGALUPO, *Desarrollo histórico*, cit., pág. 39.

(40) Cfr. BARATTA, A., *Criminología y dogmática penal*, cit., pág. 20 y nota 12.

de participar o no en una u otra determinada subcultura, aprendiendo el correspondiente sistema de valores o los modelos de comportamiento desviado o técnicas de neutralización alternativas (41) a los criterios oficiales, resultarían desmentidos los presupuestos de la ficticia concepción normativa de la culpabilidad.

Las teorías *subculturales* están llamadas a explicar, fundamentalmente, ciertas formas concretas de la criminalidad (de los grupos marginales, minorías, jóvenes, etc.); de la llamada «desviación expresiva», ante todo. No parece satisfactoria la generalización de sus postulados más allá del ámbito específico al que deben circunscribirse. Ahora bien, en éste son insustituibles. ¿Cómo puede desconocerse, por ejemplo, que en el mundo de las subculturas la desviación no se explica por una supuesta ausencia o derrumbamiento de valores, sino porque el desviado proyecta y afirma los suyos propios a través de su conducta irregular. Y que la subcultura es una cultura de «recambio» —una reacción negativa a la cultura oficial, o una evasión positiva frente a ésta— con la que el desviado compensa su falta de participación en la misma; en definitiva: un mecanismo sustitutivo! Aunque de aquí no pueda desprenderse, sin más, la legitimidad de todas las subculturas, ni el tratamiento de las mismas, su recta comprensión obliga a aceptar, como punto de partida, estas explicaciones analizadas (41 bis).

3. Las concepciones *psicoanalíticas* de la criminalidad (42), por otro lado, han contribuido eficazmente a minar el soporte mismo del principio de «legitimidad» sobre el que descansaba la ideología penal tradicional. Pues, en efecto, sostienen que la reacción penal no cumple la función real de eliminar la criminalidad, sino la de satisfacer ciertas necesidades sociales; y que el comportamiento desviado es, por tanto, útil, necesario, inextirpable, dados los cometidos que desempeña. El crimen —se dirá— realiza una «función liberadora» y «consolidadora». La sociedad necesita del no integrado, para descargar sobre él —con independencia de los méritos reales del delincuente— su agresividad y frustraciones («Cada sociedad tiene la delincuencia que necesita y merece»). Aquél —el desviado— no es más que la víctima fungible y aleatoria, manipulada, de pseudorracionalizaciones de fenómenos que subyacen en la psique humana y en la «sociedad sancionadora».

(41) Sobre tales «técnicas de neutralización», cfr. BARATTA, A., refiriéndose a las aportaciones de GRESHAM M. SYKES y DAVID MATZA, en *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, extracto de «la questione criminale», núm. 1, 1975, Bolonia, págs. 21 y ss.).

(41 bis) Es obvio, como apunta COHEN, (*The Sociology of Crime and Delinquency*, 2.ª ed., Nueva York, 1970, edit. por N. Johnston, págs. 286 y ss.), que, en un marco subcultural, el delito de hurto, por ejemplo, «está lejos de representaciones como el provecho o el lucro, antes bien, es una actividad valorizada, que está frecuentemente unida a la fama, el valor y la satisfacción profunda». Para una síntesis de las principales objeciones doctrinales a las teorías de las subculturas, vid. GÖPPINGER, H., *Criminologia*, cit., págs. 47 y ss.

(42) Cfr. LÓPEZ-REY, M., *La criminalidad*, cit., pág. 196 y ss.

Con ello, pues, es evidente que estos mecanismos de «proyección» y «expiación» (la proyección de la culpa y del mal en el chivo expiatorio), contradicen el fundamento ético y la finalidad preventiva de la función penal (43).

La rica gama de teorías *psicoanalíticas* han problematizado la reflexión científica sobre el fenómeno criminal. Pienso, sin embargo, que las más divulgadas —como por ejemplo, las del llamado «control interior» (43 bis) y otras afines— son paradójicamente las de menor interés para los fines de este trabajo. Bien porque no aporten explicaciones del crimen privativas del psicoanálisis, bien porque puedan dirigirse a las mismas las objeciones que estimo válidas con relación a otras teorías. Prefiero resaltar, por ello, como aportación básica del Psicoanálisis el examen de la «psicología de la sociedad sancionadora», y de la «función estabilizadora» del crimen y su castigo. En todo caso, soy consciente de las críticas que suelen formularse a aquél. Pues, aunque demuestre que la sociedad necesita al no integrado; y haya propiciado una actitud crítica y humanitaria, al desenmascarar lo que de irracional y arbitrario hay en el castigo, deja sin explicar convincentemente por qué funcionan, de hecho, como lo hacen —en la forma en que lo hacen— los concretos procesos de proyección y selección. Y trata por igual, sin distinguos, cualquiera de las formas de manifestación de la criminalidad. En el pensamiento sacro y mágico de la antigüedad, era el «destino» o la «fatalidad» quienes decidían el envío de la «víctima» al desierto; en la criminología «tradicional», el desvalor ontológico de su «acción»; o la propia «personalidad» patológica y diferencial del autor. El psicoanálisis no da contestación alguna.

4. Las teorías del *etiquetamiento* (44) o de la reacción social («labelling approach») han refutado, ante todo, la vigencia del principio de «igualdad», al poner de manifiesto que la desviación y la criminalidad no son entidades ontológicas preconstituidas —cualidades negativas de la acción criminal en sí, inherentes a la misma— sino etiquetas que determinados procesos de definición y selección, altamente selectivos, por cierto, colocan a ciertos sujetos, de forma muy desigual y a través de complejos mecanismos de

(43) Cfr. GARCÍA-PABLOS, A., *El actual saber*, cit., págs. 17 y ss. (y nota 36).

(43 bis) Sobre las llamadas teorías del «control interior», de REISS, A. J. (*Delinquency as the Failure of Personal and Social Controls*, en «American Sociological Review», 16, 1951) y las teorías del «concepto de sí mismo» («self concept»), de RECKLESS, W. C. (RECKLESS, W. C., DINITZ, S. y MURRAY, E., *Self Concept as an Insulator against Delinquency*, en «American Sociological Review», 21, 1956), de honda raigambre psicoanalítica, aunque con claras connotaciones cibernéticas, también, vid, por todos: GÖPPINGER, H., *Criminología*, cit., págs. 52 y ss.

(44) Sobre el «constructivismo social», en general, vid. GROSSO GALVÁN, M., *Nueva Criminología*, cit., págs. 61 y ss.; exposición y crítica del «labelling approach», recientemente, CUELLO CONTRERAS, J., *La definición de «criminalidad»*. *Competencias del Derecho Penal y de la Ciencias*, en C. P. Cr., núm. 15 (1981), págs. 445 y ss.

interacción, que siguen los mismos criterios de distribución de los restantes bienes sociales positivos: el «roll», el «estatus» y sin que el concreto comportamiento del estigmatizado explique el desencadenamiento de aquellos procesos, ni merezca la etiqueta recibida (45). Dado, pues, que la reacción social desempeña una función «constitutiva» y «configuradora» de la propia criminalidad (46); que la «minoría» criminal no es sino el resultado de unos procesos de definición y selección —oficiales y no oficiales— claramente desiguales (el crimen es un comportamiento «mayoritario», pero las «chances» de llegar a ser «etiquetados» se distribuyen de forma muy discriminatoria y selectiva), la negación del principio de «igualdad» se halla en la propia esencia de la metodología del «labelling approach» (47).

5. Las teorías de la criminalidad que, orientadas sobre la base del conflicto (47 bis), se desarrollan a partir del «labelling approach» han atacado duramente el principio de los intereses sociales y del delito natural, al localizar las variables del proceso de definición en las relaciones de poder de los grupos sociales, tomando en cuenta la «estratificación social» y los «conflictos de intereses». En efecto, en tales relaciones han pretendido encontrar estas teorías no ya la base de la desigual distribución de los «estatus» de criminal, sino también la de la desigual distribución entre los diversos grupos sociales del poder de definición, del cual aquellos «estatus» y las propias «definiciones» legales dependen. Según esto, en el origen de los procesos de criminalización «primaria» (creación de la ley) y «secundaria» (aplicación de la misma), no habría intereses generales, fundamentales para todos los ciudadanos y para la sociedad misma, sino intereses de los grupos en conflicto que detentan el poder («políticos» lo serían todos los delitos y no sólo los «artificiales») (48).

Una radical sustitución —como pretende el «labelling approach»— de las teorías de la «criminalidad» por las de la «criminalización» no se comparte por la doctrina criminológica mayoritaria, porque probablemente empobrecería la investigación científica. En

(45) Una reseña bibliográfica sobre estas tesis, en GARCÍA-PABLOS, A., *El actual saber*, cit., págs. 18 y 19, nota 37.

(46) «Es el control social el que lleva a la desviación o la crea» y no a la inversa. Cfr. GROSSO GALVÁN, M., *Nueva Criminología*, cit., pág. 62, citando a WALTON; ANIYAR DE CASTRO, Lola, op. cit., pág. 5.

(47) Aunque desde otros postulados y premisas se puede llegar a conclusiones semejantes. Así, DORADO MONTERO partía de la realidad del «delito» como realidad «impuesta» (cfr. COBO DEL ROSAL-BACIGALUPO, *El desarrollo histórico*, cit., pág. 35).

(47 bis) Sobre el modelo de «conflicto», vid. BARATTA, A., *El modelo sociológico y las teorías del conflicto acerca de la criminalidad*, en «Doctrina Penal», 1979, págs. 355 (traducción de J. Gutiérrez, revisada por R. Bergalli). También: SZABO, D., *Criminología y política en materia criminal*. Siglo XXI, edit., 1980, págs. 52 y ss.

(48) Cfr. GARCÍA-PABLOS, A., *El actual saber*, cit., págs. 19 y ss. Sobre la influencia de ciertos grupos de presión, como objeto de examen preferente en la moderna criminología, cfr. TIEDEMANN, K., *Estado actual*, cit., pág. 276.

efecto, el «labelling approach» no contempla, siquiera, la «desviación primaria». No ofrece respuesta al problema de la desviación misma desde una perspectiva etiológica. Ni se preocupa por problemas básicos, como los del control y prevención del delito o la resocialización del delincuente. Parece interesada, tan solo, por describir y criticar la acción del control penal y de sus instancias criminalizadoras, prescindiendo de toda referencia valorativa y matizada al muy distinguido significado de los hechos que desencadenan aquél. No obstante, y a pesar de una imagen tan desesperanzadora, el «labelling approach» contiene un principio de investigación válido, y una poderosa y fecunda instancia crítica. Ha provocado la irreversible ampliación del objeto de investigación criminológico, tradicionalmente circunscrito a la persona del delincuente, demostrando que no se puede prescindir ya del análisis de la propia reacción social (aunque no se quiera atribuir a ésta el valor «constitutivo que pretende el "labelling approach"»). Que no hay «criminalidad» sin «criminalización». Y, sobre todo, ha denunciado con rigor y acierto la actuación altamente selectiva del control social penal, evidenciando la efectiva desigualdad real del ciudadano ante la ley (48 bis).

6. Finalmente, las numerosas investigaciones llevadas a cabo los últimos años sobre la efectividad del Derecho penal y sus consecuencias jurídicas (49) —ante todo, sobre la pena privativa de libertad— («desviación secundaria», «reincidencia», etc.), han desmitificado el supuesto impacto bienhechor rehabilitador y resocializador de la pena reina, y con él, el principio de prevención de la criminología tradicional. Tales investigaciones han demostrado, antes bien, que no castigamos para resocializar. Que no es éste el motivo de que se criminalicen ciertos comportamientos desviados. Todo lo contrario: que la pena no resocializa, sino que estigmatiza; no limpia, sino mancha (¡como tantas veces se recordó a los expiacionistas!). Y que, a menudo, es más el hecho de haber cumplido una pena que la propia comisión del delito, lo que implica el mayor demérito a los ojos de la sociedad. Que debía ser ésta, en puridad, y no el delincuente, la necesitada de resocialización (50).

(48 bis) Una ponderada valoración del «labelling approach», en KAISER, G., *Criminología*, cit., págs. 85, 86 y 150. Una crítica de «labelling approach», en GARCÍA-PABLOS, A., la supuesta función asocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XXXII, fascículo 3, 1979, páginas 691 a 694).

(49) La moderna criminología tacha de «subalterna» e «insuficiente» la atención que había prestado a este problema la criminología tradicional. Cfr. TIEDEMANN, M., *El estado actual*, cit., pág. 275.

(50) Sobre la problemática de la resocialización, vid. GARCÍA-PABLOS, A., *La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, XXXII (1979), páginas 680 y ss.

VI

Hasta aquí, muy resumidamente, la contraposición de *dos modelos criminológicos*: el de la criminología «positivista» (así califican al saber criminológico tradicional los partidarios de la teoría de la desviación moderna) y el que se autodenomina «criminología "crítica", o nueva criminología».

Como toda contraposición, peca, naturalmente, de simplismo. Pues no existen dos bloques compactos de doctrina enfrentados, ni pueden enunciarse con nitidez sus respectivos planteamientos metodológicos o sus postulados. Puede incurrirse, desde luego, en el riesgo de caricaturizar, en lugar de describir, falseando la realidad con notorio maniqueísmo.

Pero es probable que de las páginas anteriores vayan perfilándose algunas «tendencias» en la evolución del pensamiento criminológico contemporáneo. Parece difícil hablar de algo más que de «tendencias», pero éstas creo que sí pueden constatarse a pesar de la rica y compleja policromía de escuelas y direcciones criminológicas actuales y de lo que Kaiser ha denominado muy expresivamente «pluralismo casi errático en lo metodológico» de la criminología occidental (51).

1. Cabe apreciar, en primer lugar, un movimiento que reivindica legítimamente mayores cuotas de *autonomía* para las ciencias criminológicas. Mayores cuotas de autonomía frente a las definiciones legales y, fundamentalmente, frente al Derecho penal. La moderna criminología, por ejemplo, se presenta como una teoría radical y absoluta de la desviación: como una teoría crítica del control social (52). El problema, pues, no es tanto un problema «orgánico», profesional, como ideológico, sustantivo. Se cuestiona el papel tradicionalmente «auxiliar» asignado al saber criminológico, al servicio del Derecho penal, que encontraba en las valoraciones legales —no cuestionadas— una pauta segura y firme. Esta pretensión de autonomía corre paralela, naturalmente, con un significativo desplazamiento del centro de gravedad de las investigaciones y problemas hacia la *sociología*, hacia las ciencias sociales, los sistemas sociales (terreno, por otra parte, nada pacífico en nuestros días).

2. En segundo lugar, puede constatarse un claro *rechazo* hacia lo que podríamos denominar abreviadamente «*modelo positivista de ciencia criminológica*». Y sobre la caracterización de ésta como mera disciplina «académica» y «descriptiva». Al igual que el mundo del Derecho —e incluso en la propia «dogmática penal»— se

(51) *Criminología*, cit., pág. 49.

(52) En este sentido, expresamente, ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Conocimiento y orden social: criminología como legitimación y criminología de la liberación*, Universidad de Zulia, 1981, pág. 48. Propugnando una «teoría radical de la desviación», por todos, I. TAYLOR, P. WALTON y J. YOUNG, *Criminología crítica en Gran Bretaña; reseña y perspectivas*, en «Criminología Crítica», Siglo XXI Editores, 1977, cit., pág. 21.

ha operado un giro hacia lo concreto y lo real, hacia lo social y lo estructural, en la moderna criminología puede observarse un fenómeno paralelo. Se denuncia, por ejemplo, la función meramente «legitimadora» que ha desempeñado el saber criminológico auxiliar e «integrador». Este —se dice— no ha hecho históricamente, más que reforzar y ratificar con su «touch of science» (53) decisiones politicocriminales adoptadas de antemano: el empirismo cumpliría, entonces, una simple y pobre función de coartada, amparándose en su cientifismo y aparente neutralidad. Por ello se reivindica un modelo criminológico «crítico» frente a las bases axiológicas mismas del propio sistema y «autónomo» frente a las valoraciones y definiciones legales. Por ello la moderna criminología quiere ser sólo una teoría radical de la desviación, una teoría crítica del control social y no un refrendo pseudocientífico de las definiciones legales oficiales o un instrumento refinado para perpetuar el injusto «status quo», a través del suministro de valiosas informaciones y técnicas de control a los poderes públicos.

Esta redefinición o autodefinición de su cometido, funciones y objeto ha precipitado el mencionado desplazamiento de la investigación criminológica desde perspectivas *biológicas* o *psicológicas*, a planteamientos *sociopsiquiátricos* y *sociologicocriminales* (54). La tendencia, probablemente parcial y arriesgada, a configurar la criminología como un apéndice de la sociología es muy acusada en las más modernas orientaciones, de signo crítico; tentativa que, por otra parte, pugna con la necesidad ampliamente sentida de plantear el control del comportamiento desviado como meta *interdisciplinar* e *interprofesional* coordinada.

3. En tercer lugar, junto a este esfuerzo significativo de la actual criminología por acotar su propio objeto, con plena autonomía frente a las definiciones legales y el sistema oficial, cabe anotar una progresiva ampliación de aquél: una *notoria ampliación de su objeto* (55). Tradicionalmente los criminólogos centraban sus investigaciones en la persona del delincuente. Este ocupaba un claro protagonismo casi excluyente. Este hecho se debe al positivismo que inspiró tradicionalmente el quehacer criminológico, y a la actitud «correccionalista», «utilitaria» que se asignó, en consecuencia, al saber criminológico. En las más recientes orientaciones criminológicas *ha cedido el protagonismo del delincuente* y, en general, las investigaciones sobre la personali-

(53) Una denuncia radical a la función «legitimadora» de la criminología tradicional en ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Conocimiento y orden social*, cit., pág. 21, y bibliografía citada. Desde una perspectiva ideológica distinta, rechazando la actitud criminológica meramente defensora del «status quo» a que conduce, por ejemplo, la tesis de LEFERENZ: KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 25.

(54) Sobre el giro hacia la Sociología, cfr. KAISER, G., *Criminología*, cit., págs. 154 y 159.

(55) Así, KAISER G., *Criminología*, cit., pág. 157.

dad (56). En el análisis criminológico se incluyen, hoy día, temas como el de la víctima del delito, denunciante, policía, marcha del procedimiento penal, etc. Desde los años sesenta cobra progresivo interés para la criminología el estudio de los *procesos y mecanismos del control social*, con el auge de las ciencias sociales y el acusado giro hacia lo estructural, la criminología moderna tiende a convertirse, según conocida expresión de Kaiser (57) en la «ciencia universal de la realidad para el Derecho penal». A ello ha contribuido decisivamente el «Labelling» o «social reaction approach», que ha destacado hasta términos incluso no deseables el valor y significado de la «reacción social» en la configuración de la criminalidad, y el modo concreto de actuar de los procesos de selección y criminalización (58).

4. Una cuarta característica muy acusada en el moderno pensamiento criminológico es la *relativización y problematización del concepto de «delito»* (se prefiere hablar del «comportamiento desviado»); e, igualmente, el hecho de que *se cuestione la propia reacción social* y su incidencia supuestamente favorable desde el punto de vista de la prevención general y de la prevención especial. Ya no se aceptan, sin discusión —como antes— el concepto de delito y las instituciones del control del mismo (59).

La problematización del concepto de «delito» (60) trasciende al dato histórico, fácilmente constatable y constatado, de la circunstancialidad y aleatoriedad de algunas figuras penales. La denuncia es mucho más profunda. Se trata, en puridad, de una grieta que han abierto en el edificio lógico y monolítico tradicional las modernas concepciones de las «subculturas», del «conflicto», del «psicoanálisis» y del «labelling approach». Con ellas se degrada el principio de «culpabilidad», que fundamenta el propio ilícito penal; se critica y cuestiona la legitimidad de las definiciones legales, presuntamente dirigidas a la protección de intereses generales; y se desmitifican dogmas como el de la «igualdad» ante la ley, invocando la actuación altamente selectiva de los mecanismos e instancias del control social y del control penal. El concepto tradicional de «delito» se relativiza, perdiendo toda su sustancia y contenido material. Deviene «problemático». Los autores más críticos se refieren a la «lotería penal» y al delito como mera «etiqueta», destacando que la ilicitud penal no es la «cualidad negativa» inherente a un comportamiento, sino una valoración social «atribuida» al

(56) Como reconoce, también, KAISER, G., *Criminología*, cit., págs. 154 y 160, aunque el propio autor resalta el interés de los «estudios longitudinales» sobre la personalidad del delincuente que se llevan a cabo en la actualidad (op. cit., pág. 154).

(57) *Criminología*, cit., pág. 157.

(58) Sobre el «labelling approach», por todos, vid. BERGALLI, R., *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Barcelona (1980), págs. 224 y ss. Aceptando lo que tiene de positivo el «labelling approach», vid. KAISER, G., *Criminología*, cit., págs. 24 y 85 y ss.

(59) Sobre el problema, cfr. GARCÍA-PABLOS, A., *El actual saber*, cit., pág. 14.

(60) Sobre el tema, cfr. KAISER, G., *Criminología*, cit., págs. 24 ss.

mismo; y que el castigo no es la consecuencia lógica de una conducta contraria a la ley, sino el resultado incluso caprichoso de la actuación selectiva de las instituciones y procesos de criminalización. La etiqueta de «delincuente», para los partidarios de la teoría del «labelling», no es más que un «bien negativo»; bien negativo que la sociedad distribuye con arreglo a los mismos criterios con que reparte los otros bienes «positivos»: el estatus social, el rol, etc. (61). Esta crítica desmitificadora termina por censurar la metáfora clásica que veía en el Código penal el «mínimo ético» indispensable y que establecía el conocido correlato entre los preceptos de aquel y el Decálogo (62). En tal contexto es lógica la supremacía del paradigma de *conflicto* sobre el «funcional» propio de la criminología tradicional (63)-

Pero la propia *reacción social* también se cuestiona y problematiza en la moderna criminología.

Para la criminología tradicional no era un hecho desconocido el eventual impacto negativo de la pena. Pero se concebía como hecho aislado, circunstancial, y, en todo caso, incomparable con el efecto bienhechor (por razones de prevención general y especial) atribuido a la «reacción social» que, en sí misma, no se cuestionaba (64). En las investigaciones criminológicas contemporáneas parece concluirse todo lo contrario, operándose un importante proceso clarificador y desmitificador. En cuanto a la incidencia de la pena en el hombre concreto que la experimenta, resulta obvio que aquella no resocializa, sino que *estigmatiza*. Que, a menudo, es más el hecho de haber sufrido una «pena» —y no el haber cometido el delito— lo que descalifica socialmente al individuo. Por otra parte, contemplado el problema desde una perspectiva «social», no es extraño que los sectores doctrinales más avanzados afirmen que la reacción social no resuelve los conflictos, sino que los exacerba, los mantiene y acentúa, *potenciando la desviación* (65); y que la actuación selectiva de los procesos de criminalización genera, a su vez, las etiologías positivistas que pretenden combatirse, perpetuando al desviado en su condición o rol de tal (66). Los trabajos ya numerosos sobre la denominada «desviación secundaria» demuestran hasta qué punto el penado interioriza y asume el estigma de la pena, identificándose en lo sucesivo con el «rol» (delincuente) que se le asigna (67).

(61) Ponderando la aportación valiosa del «labelling approach», vid. BARRATA A., *Criminología liberale*, cit., pág. 33. Del mismo, *Criminología y dogmática penal*, cit., pág. 33, nota 30.

(62) Sobre el problema, y refiriéndose a las obras de WÜRTEMBERGER, von WEBER, LANGE y otros, vid. KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 24.

(63) Invocando la supremacía del paradigma del conflicto, de base existencial, vid. *Criminología crítica*, cit. (Introducción), pág. 17.

(64) Cfr. GARCÍA-PABLOS, A., *El actual saber*, cit., págs. 14 ss.

(65) En este sentido, JOCK YOUNG, *Criminología de la clase obrera*, en «Criminología Crítica», cit., pág. 95.

(66) Así, JOCK YOUNG, *Criminología de la clase obrera*, cit., págs. 95 y 96.

(67) Sobre la «desviación secundaria», vid. BERGALLI, R., *La recaída en el delito*, cit., págs. 267 y ss. También, con completa indicación bibliográfica,

Estas reflexiones críticas, muy positivas, conducen sólo a una minoría radical a propugnar la «no injerencia penal» (68) del Estado, la «teoría y praxis de la calma» o el denominado «catecismo de la no intervención» (69). El pensamiento mayoritario sigue siendo consciente de que la pena —hoy por hoy— es una «amarga necesidad», pero ha comprendido la necesidad histórica de enfrentarse al problema humano y social del castigo con realismo, sin prejuicios ni metáforas sublimes. La idea de que una sociedad moderna debe ir renunciando progresivamente a la pena, sustituyéndola por otros controles sociales menos destructivos y estigmatizadores, gana día a día terreno (70).

5. En quinto lugar, creo puede resaltarse la *preferencia temática* del actual pensamiento criminológico por ciertas formas de delincuencia y criminalidad. Formas inevitablemente unidas a los modos de vida y signos de nuestro tiempo, y, por ello no analizadas por la criminología tradicional (como puede ser la llamada «criminalidad del bienestar», del «progreso», de la «sociedad de consumo» o «del ocio»). O bien, manifestaciones delictivas que responden a la sugestiva «criminalidad expresiva», objeto de análisis preferente por parte de la moderna criminología. Esta estudia, por ejemplo, con más interés el crimen de los poderosos (71), que el llamado «crimen utilitario» o convencional. O el delito sin víctima (72), que el atentado contra el patrimonio. La obsesión casi romántica por la «desviación expresiva» (73), conduce a un análisis interesado de los nuevos tipos sociales «desviados» o «marginados», de ciertas minorías (74). Lógicamente, a los sectores doctrinales más radicales, preocupa más el problema de las drogas que el de la protección del patrimonio; más el fenómeno social de la prostitución, que la problemática de los delitos contra la vida; más los cuadros psicopáticos y esquizofrénicos que las neurosis e histerias (75).

BARATTA, A., *Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la Ciencia Penal*, en «Papers, Revista de Sociología», núm. 13 (1980), pág. 23 y nota 20.

(68) Así, EDWIN M. SCHUR, *Radical non-intervention*, Englewood Cliffs, N. J., Prentice Hall, 1973.

(69) A la «teoría y práctica de la calma» se refería en términos caricaturescos GOULDNER, cfr. JOCK YOUNG, *Criminología de la clase obrera*, cit., página 99.

(70) En este sentido, GARCÍA-PABLOS, A., *El actual saber*, cit., pág. 42.

(71) Vid. *Los crímenes de los poderosos*, por F. PEARCE, «Nueva Criminología», Siglo XXI, 1980; ANIYAR DE CASTRO, Lola, *La realidad contra los mitos, reflexiones críticas de criminología*, Maracaibo, 1982, págs. 123 a 153.

(72) Sobre el denominado «crimen sin víctima», vid. JOCK YOUNG, *Criminalidad de la clase obrera*, cit., pág. 98 y nota 20. También IAN TAYLOR, JOCK YOUNG y PAUL WALTON, *Criminología crítica en Gran Bretaña*, cit., pág. 34.

(73) Sobre la denominada «desviación expresiva» de la criminología calificada de «antiutilitaria» (de la teoría de la desviación) y su tendencia a sustituir el enfoque científico y empírico del conocimiento por la búsqueda «intuitiva» del significado de los fenómenos, cfr. IAN TAYLOR, JOCK YOUNG y PAUL WALTON, *Criminología crítica en Gran Bretaña*, cit., págs. 34 y ss.

(74) La teoría de la desviación pone el acento en el análisis significativo

La criminalidad de los poderosos, la criminalidad de la ganancia (sobre todo, la figura del «delincuente de cuello blanco») o con abuso de cargo público, la denominada «criminalidad desconocida u olvidada», la de la «sociedad de consumo», el delito «masa», son manifestaciones delictivas objeto de examen preferente en las más modernas investigaciones (75 bis).

6. Lógicamente, la elección de esta temática y el interés que la misma revela, descubre una clara actitud de *crítica política* hacia el modelo de la sociedad capitalista, y una preocupación más acentuada en los sectores doctrinales radicales por «*comprometerse*» que incluso por la búsqueda de la verdad y la ampliación de conocimientos (76).

Esta «polarización» producida en las ciencias criminológicas es consecuencia inevitable de la problematización del concepto de «delito» y del «control» del mismo; y de la acentuación en los últimos decenios del análisis crítico de la «práctica» y la «política» como objetivos preferentes de la criminología, que conducen a propugnar un cambio profundo de las relaciones sociales (77) En nombre de una criminología «sin intereses» —según fórmula de Sack (78)— se incurre, a veces, en excesos sectarios, cumpliendo el empirismo una pobre función de sucedáneo, de coartada de decisiones ideológicas; y en una crítica sistemática del «status quo», particularmente acusada en las corrientes sociológicas (79).

Tal actitud *crítica*, por otra parte, puede entenderse como reacción a la denunciada «función legitimadora» del saber criminológico tradicional, que amparándose en su supuesta neutralidad y cientifismo, vino a reforzar el «status quo», legitimando el sistema de definiciones y valoraciones legales oficiales con el respaldo «ontológico» de su empirismo (80). Es más, el giro sociológico y el

de ciertos tipos sociales «desviados» minoritarios: «cool cats», «beats», «swingers», «hippies», «acid heads», «drop-outs», etc., cfr. IAN TAYLOR, JOCK YOUNG y PAUL WALTON, *Criminología crítica en Gran Bretaña*, cit., pág. 33.

(75) Sobre el tema, gráficamente, JOCK YOUNG, *Criminología de la clase obrera*, cit., págs. 97 y 98, quien resalta el «antiutilitarismo», «romanticismo» y «voyeurismo» de la teoría de la desviación, partidaria más de lo «expresivo» y «significativo» que de lo útil y práctico. IAN TAYLOR, JOCK YOUNG y PAUL WALTON advierten cómo la teoría de la desviación hace revivir la tradición romántica que ve en los marginados («lumpenburguesía» o «lumpenproletariado») seres existencialmente superiores, más puros y auténticos (*Criminología en Gran Bretaña*, cit., pág. 35).

(75 bis) Sobre la «delincuencia de cuello blanco» y la llamada por VERSELE «cifras doradas» de la delincuencia, vid. ANIYAR DE CASTRO, Lola, *La realidad contra los mitos, reflexiones críticas en criminología*, Maracaibo, 1982 (pág. 18).

(76) La «politicización» de la filosofía social es uno de los signos más destacados de nuestro tiempo, según se recoge en la Introducción de la obra tantas veces citada: *Criminología crítica* (pág. 15). Ponderando las ventajas e inconvenientes de tal politicización; KAISER, *Criminología*, cit., pág. 158.

(77) Cfr. KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 158.

(78) Cfr. KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 158.

(79) Cfr. KAISER, G., *Criminología*, cit., págs. 158 y 159.

(80) Según BARATTA, el saber criminológico sirvió para dar un fundamen-

sesgo político de las más modernas orientaciones son una respuesta o rechazo contundentes a los planteamientos abstractos y ahistóricos de la criminología tradicional. Pues ésta decía perseguir un examen «objetivo», que negaba toda significación al comportamiento desviado, y, sobre todo, desdeñaba el análisis de la sociedad global, enfocando el significado «subjetivo» de la desviación con un detalladísimo microscópico (81). Es lógico que la moderna criminología, de corte sociológico, pretenda integrar la teoría de la desviación en el marco de una «teoría social», en unas concretas coordenadas históricas y locales. Que se presente, en sus formulaciones más progresivas, como una teoría «radical de la desviación» o como una «teoría crítica del control social» (82).

7. En los últimos decenios se constata, también, un *prudente escepticismo* en cuanto a la posibilidad de explicar científicamente el comportamiento desviado, y de controlarlo de forma eficaz. Los planteamientos clásicos, simplistas y estereotipados, se han *problematizado*, resaltando las más modernas investigaciones la complejidad del tema y la necesidad de una experiencia más dinámica e interaccionista.

El esquema tradicional: predisposición-medio ambiente se ha visto superado desde los años cincuenta (83). Lo mismo que los pretensivos paradigmas «causalistas». Porque en el propio mundo empírico ya no se busca la «certeza», sino la «probabilidad». Se resaltarán neutralidad y ambivalencia de todo «dato» —necesitado siempre de una teoría, de una interpretación—, apuntándose la doctrina a explicaciones mucho más complejas del fenómeno criminal. En ciertos sectores, incluso, reina el pesimismo, hasta el punto de que algún autor afirma que estamos llegando al nivel cero en el conocimiento criminológico y que el delito sigue siendo hoy un enigma, un acertijo (84). Las corrientes radicales no imputan a la sociedad —y a sus estructuras— la causalidad del comportamiento desviado, sino que renuncian, incluso, a los esquemas «etiológicos». Aunque no sea una tendencia mayoritaria, sí puede constatarse en estos sectores una sustitución de las teorías de la «criminalidad» (etiológicas) por las de la «criminalización» (interaccionistas y definitoriales). En el resto de la doctrina parecen imponerse concepciones «plurifactoriales» que renuncian, en todo

to «ontológico» y «naturalista» a la tarea de construcción conceptual y sistematización que llevaría a cabo la dogmática partiendo de las decisiones y valoraciones de la ley positiva (*Criminología y dogmática penal*, cit., pág. 15).

(81) En este sentido crítico, vid. IAN TAYLOR, JOCK YOUNG y PAUL WALTON, *Criminología crítica en Gran Bretaña*, cit., pág. 24.

(82) En este sentido («acceder a una teoría social de la conducta desviada»), en nuestra doctrina: GROSSO GALVÁN, M., *Nueva Criminología y Dogmática jurídico penal*, en C. P. Cr. (1980), núm. 10, pág. 73. Resaltando la función «crítica» de la moderna criminología, BARATTA, A., *Criminología y Dogmática penal*, cit., págs 26 y 27.

(83) Cfr. KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 152.

(84) Sin compartir tal pesimismo, KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 161.

caso, a una explicación «causal» e integradora del complejo y pluridimensional fenómeno delictivo (85).

8. En cuanto a la *lucha —mejor «control»— contra la criminalidad* también cabe anotar un cierto cuerpo de doctrina mayoritariamente compartido por el pensamiento criminológico contemporáneo.

Pues, en principio, sólo desde la teoría oficialista de los «rudimentos» o de la «desviación ideológica» se ve en el «crimen» una consecuencia histórica y accidental, inherente a determinadas estructuras socioeconómicas (las de la sociedad capitalista), extirpable, por completo, cuando se instaure un nuevo orden socialista (86).

Una acentuación, tan simplista y utópica, de lo «estructural» no es compartida por el pensamiento criminológico occidental. Se piensa, por el contrario, que si determinadas estructuras tienen un innegable efecto «criminógeno» (las capitalistas, sin duda), de algún modo todo modelo social genera su propia y específica delincuencia. El crimen, como fenómeno social, es inseparable del hombre; es la otra cara inevitable de la convivencia. No se puede eliminar, ni siquiera es legítimo y deseable hacerlo, porque sólo la «paz de los cementerios» (o de las estadísticas falsas) de una sociedad intransigente y uniforme es capaz de terminar con el comportamiento «desviado» (87). La utopía, en este campo, desconoce que la libertad tiene su precio. Es más, que un alto nivel delictivo puede ser «índice del bienestar», del mismo modo que existe una criminalidad específica del «desarrollo y de la abundancia». Que hay que aceptar un «budget des crimes» constante o incluso en aumento. Que la lucha más eficaz contra la delincuencia implica un control más intenso, de forma que si el modelo utópico es un todo cerrado que no quiere saber de «conflictos» y «problemas», se concebirá al «desviado» como algo patológico ajeno al sistema y se potenciarán las instancias del control social hasta límites axfisiantes, próximos al terror (88).

Considero, pues, mayoritaria la tesis de quienes propugnan un control racional de la criminalidad, manteniendo a ésta dentro de cuotas que hagan tolerable la convivencia. Y, sobre todo, un control «racional» que vaya sustituyendo progresivamente la pena por otros instrumentos y resortes menos estigmatizadores.

9. En la actual criminología se aprecia, también —y ello en el ámbito metodológico y en el instrumental— una contemplación crítica y matizada de las estadísticas oficiales sobre el delito. Se trata, probablemente, de una orientación conciliadora, realista que aparece como síntesis final de una polémica tensa y conflictiva. De una postura equidistante entre la fascinación por el dato de

(85) Cfr. GÖPPINGER, H., *Criminología*, cit., págs. 54 ss.

(86) Cfr. GÖPPINGER, H., *Criminología*, cit., págs. 36 y ss.; KAISER, G., *Criminología*, cit., págs. 48 y ss.

(87) Cfr. GARCÍA-PABLOS, A., *El actual saber*, cit., pág. 21.

(88) En este sentido, KAISER, G., *Criminología*, cit., págs. 55 y 56.

la criminología positivista y el rechazo indiscriminado del empirismo tradicional de la llamada teoría de la desviación.

Esta última criticó severamente el pseudocientifismo con que la *Administración tradicional* arrojaba sus decisiones ideológicas, acudiendo a la coartada deslumbrante de las estadísticas. Para John I. Kitsuse y Aaron V. Cicourel (89), por ejemplo, las estadísticas oficiales de la criminalidad son «*imposturas*» que, en el mejor de los casos, nos ofrecen un cómputo cuantitativo de quienes han resultado, de hecho, etiquetados; y, en el peor, según J. Douglas no hacen sino refrendar y confirmar «*mistificaciones*» del Estado, que encubren la inexistencia de norma generalizada alguna capaz de generar esas cifras con algún significado (90). Sin embargo, el rechazo global de las estadísticas descalifica absurdamente al teórico de la desviación para participar en la controversia sobre el significado de la tasa de la criminalidad, su aumento o descenso y su consiguiente control; o para investigar cualquier problema, comparativamente, dentro de unas coordenadas temporales o culturales; y le deja desprovisto de todo dispositivo conceptual en la discusión sobre las tasas de «criminalidad extraoficial» o de la criminalidad de los poderosos. Curioso sociólogo industrial —se ha advertido irónicamente (91)— sería el que rechazara las cifras sobre huelgas, alegando que no son sino pruebas de etiquetamiento y reacción social. Por ello, incluso desde las posturas más radicales de la criminología crítica se ha revisado el rechazo indiscriminado de las estadísticas oficiales. Estas —se dirá— proporcionan un cuadro «borroso pero útil» del grado de respeto por la propiedad y del alcance de la desorganización social y el conflicto en la sociedad en cuestión, aunque deban analizarse con cautela porque en definitiva son «el resultado final del despliegue de las instituciones de control social por los poderosos» y nunca captarán «el significado del delito para el agente, ni mucho menos el contexto etiológico del acto» (92).

De las más recientes investigaciones sobre «estadística criminal» y «delincuencia registrada» (93); y sobre el «campo oscuro» de la criminalidad (94) y la «cifra negra», se desprende de forma meridiana la complejidad del problema. Realizar e interpretar una estadística es cometido prácticamente reservado a los especialistas. Los juristas debíamos ser más conscientes de nuestras limitaciones. Por otra parte, principios o postulados como el de la «normalidad» del delito; la «ubicuidad» y «funcionalidad» del comportamiento desviado y la «cifra negra» obligan a una lectura e inter-

(89) *The Social organisation of juvenile justice*, New York, John Wiley, 1968.

(90) Cfr. JOCK YOUNG, *Criminología de la clase obrera*, cit., pág. 96, nota 16.

(91) Criticando al radicalismo de la teoría de la desviación, JOCK YOUNG, *Criminología de la clase obrera*, cit., págs. 102 y 103.

(92) Así, JOCK YOUNG, *Criminología de la clase obrera*, cit., págs. 121 y 122.

(93) Cfr. KAISER, G., *Criminología*, cit., págs. 119 y ss.

(94) Cfr. KAISER, G., *Criminología*, cit., págs. 136 y ss.

pretación mucho más cautelosa y modesta de las estadísticas oficiales, sin las pretensiones y simplismos de otros tiempos; y a completar éstas, en todo caso, con otras prospecciones y análisis expresivos que reflejaran algo más que la insuficiente faceta «cuantitativa» del crimen (95).

10. En la esfera de las «ideas», como puede desprenderse de las páginas precedentes, son también importantes los cambios y nuevas perspectivas que las modernas aportaciones criminológicas han introducido. Aunque la generalización conduce a un simplismo insatisfactorio, tal vez podrían resumirse los *postulados ideológicos* más significativos en los siguientes términos:

a) Crisis de la concepción monolítica y consensual del orden social, que da paso a una comprensión *pluralista, conflictiva, antagónica* y estratificada del mismo, más acorde con la esencia de la sociedad dinámica y democrática de nuestro tiempo (96). Esto no significa necesariamente que el «paradigma de conflicto» se acepta unánimemente por el pensamiento criminológico contemporáneo, pero sí que haya ganado terreno frente al «funcionalista» de la criminología «ortodoxa». Porque la moderna criminología no cree ya en esa supuesta armonía entre el sistema oficial y los valores éticos de la comunidad que se pensó aprobaba la teoría convencional del delito y su configuración como el correlato a las infracciones del Decálogo. Antes bien, las actuales investigaciones empíricas parecen demostrar todo lo contrario: que el tipo de legitimación que obtiene el sistema de Derecho penal por medio de las valoraciones y de las actitudes de la opinión pública no es ni total ni homogénea con respecto a los diversos grupos sociales. Y que dicha legitimación dista mucho de ser un efectivo consenso basado en el conocimiento real de la actuación efectiva del sistema y en su valoración racional. Por el contrario, como ha demostrado Popitz (96 bis), suele asentarse en una «ausencia de conocimiento» y en imágenes parcialmente ficticias del sistema. La denominada «teoría expresiva» del Derecho penal, por tanto —propia más de la ideología de la defensa social— merece actualmente una clara reacción crítica (96 dos).

b) Crisis del principio de «*diversidad*» del delincuente que ve en éste una persona distinta de los demás ciudadanos «normales», desde un punto de vista cualitativo, y le identifica con los sectores sociales de más baja extracción. Hoy, por el contrario, la «problematización» del concepto de delito expresa la evidencia de que el crimen no descansa, en general, en ningún defecto ge-

(95) Vid. Ponencia presentada por C. VILADÁS al XI Coloquio de Criminología, celebrado en Madrid los días 18 y 20 de noviembre de 1982, preparatorio del de Viena.

(96) Sobre la imagen plural del orden social, vid. GARCÍA-PABLOS, A., *El actual saber*, cit., pág. 13.

(96 bis) POPITZ, H., *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, cit. por BARATTA, A., en *Criminología y dogmática penal*, cit., pág. 44, nota 56.

(96 dos) Cfr. BARATTA, A., *Criminología dogmática penal*, cit., pág. 44.

néticamente prefijado de la personalidad, sino que es la sociedad estatalmente organizada la que determina qué comportamiento nocivo para la misma debe ser enjuiciado como delito (97). De modo que toda teoría del crimen presupone, de algún modo una teoría de la criminalización (98). Es más, la experiencia diaria demuestra que cada vez son más los ciudadanos socialmente integrados —«normales»— que infringen la legalidad. Prueba de ello son los índices de delincuencia de tráfico, la delincuencia juvenil, la de cuello blanco, la elevada cifra negra de ciertos crímenes, etc. (99).

c) Crisis del carácter necesariamente «patológico» y «dysfuncional» de la desviación. La contraposición clásica: delincuencia/sociedad, o si se prefiere: de los principios del «mal» y del «bien», respectivamente, también se halla cuestionada. Sin necesidad de aceptar, sin más, posiciones funcionalistas (100), ni postulados de la teoría de la desviación, con su romántica llamada a la criminalidad «expresiva» o el significado de ciertas minorías (101), lo cierto es que hoy es ampliamente compartida la tesis de que el comportamiento desviado —y su control— dan claridad a la norma y contribuyen de forma positiva a la estabilidad social (102). Carece de sentido cualquier declaración, indiscriminada y sin matizar, de guerra contra toda conducta «innovadora». El crimen, en definitiva, es un comportamiento «normal», la otra cara inevitable de la convivencia. Su completa erradicación no es posible sin imponer un sistema de terror.

d) Principio de «ubicuidad» del crimen. Frente al estereotipo de delincuente elaborado por el positivismo, parece hoy obvio, por el contrario, que el delito es un comportamiento localizable en cualquier segmento de la pirámide social y no privativo ni específico, desde luego, de las clases sociales menos privilegiadas. Otra cosa muy distinta es que las personas de hecho estigmatizadas, etiquetadas como «delincuentes», pertenezcan preferentemente a aquéllas, como consecuencia de la conocida actuación selectiva de los mecanismos e instituciones del control social. El delito es «ubicuo» (103), porque la infracción de la ley lo es también. Precisa-

(97) Sobre el problema del alcance de la teoría de la «configurabilidad» del delito, vid. KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 24.

(98) Así, KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 24.

(99) Así, KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 152.

(100) Sobre el significado de las concepciones funcionalistas, cfr. BARATTA, A., *Criminalidad y dogmática penal*, cit., pág. 20; GARCÍA-PABLOS, A., *El actual saber*, cit., págs. 16 y 17 y biografía allí citada; GROSSO GALVÁN, M., *Nueva criminología*, cit., págs. 57 y ss. En general, sobre las tesis de Durkheim y Merton, vid. GÖPPINGER, H., *Criminología*, cit., págs. 41 y ss.; BERGALLI, R., *La recaída en el delito*, cit., págs. 185 y ss.

(101) Cfr. JOCK YOUNG, PAUL WALTON e IAN TAYLOR, *Criminología en Gran Bretaña*, cit., págs. 33 a 35.

(102) Por todos, KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 56.

(103) Sobre la «ubicuidad» del crimen como comportamiento «mayoritario», vid. SACK, F., *Neuen Perspektiven in der Kriminalsoziologie*, en SACK, F. y KÖNIG, R. (edit), *Kriminalsoziologie*, Frankfurt a. M., pág. 463.

mente esta contradicción, constatable en todos los países y sistemas, explica los esfuerzos de la moderna criminología por examinar la *criminalidad de los poderosos*, de las clases privilegiadas, denunciando la vigencia meramente formal del principio de igualdad. Se trata, de algún modo, de restablecer el principio de «igualdad de oportunidades» y de ampliar el círculo de personas tradicionalmente afectadas por el Derecho penal (104). De ahí el auge e interés de las investigaciones sobre la denominada «delincuencia de *cuello blanco*» (105).

e) Estos nuevos postulados implican, por su parte, la *profunda revisión de principios básicos para la criminología tradicional* de corte positivista. Del principio de culpabilidad, del de igualdad ante la ley, del de legitimidad del castigo, del de los «intereses generales», del de prevención y resocialización. Las modernas orientaciones antes expuestas (teorías del conflicto, de las subculturas, funcionalistas, psicoanalíticas, interaccionistas y del «labelling approach», etc.) han desmitificado, unas veces, desmoronado, otras, viejos principios y convicciones, trazando una drástica frontera entre el «deber ser» y la amarga realidad. Será necesario replantear, desde nuevas perspectivas y partiendo de un saber interdisciplinario y totalizador, los problemas de siempre.

No obstante, sería ingenuo desconocer el carácter fundamentalmente «sectorial» de muchas de las investigaciones que se enmarcan en la denominada «criminología crítica» o «nueva criminología»: la ausencia, en definitiva, de un «sistema» completo, del que, desde luego, no carecía la represiva y mistificadora criminología positivista. No en vano se ha reconocido que la criminología crítica vive aún su infancia (106). Como tampoco se puede ignorar que, a diferencia de lo que sucedía con la criminología «correccionalista», la más moderna «teoría de la desviación», por ejemplo, ha producido escasos manuales con indicaciones valiosas para una *lucha práctica y eficaz contra el delito* (107) y que sirviera de base a una praxis coherente y de orientación a una compleja acción policial. A veces el análisis teórico conduce a un no intervencionismo que deja demasiados problemas sin resolver, o a una llamada angustiosa a la reforma de las estructuras que tarda demasiado en llegar.

f) Como *balance final* puede afirmarse, con Kaiser (108), que

(104) Así, refiriéndose a la finalidad real del concepto de «delincuente de cuello blanco», KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 211.

(105) Sobre la «delincuencia de cuello blanco» en Latinoamérica, vid. ANIYAR DE CASTRO, Lola, *El delito de cuello blanco en América Latina. Elementos para una investigación comparada*, en «La realidad contra los mitos», cit., págs. 153 y ss. En general, una reseña bibliográfica sobre el problema, en GARCÍA-PABLOS, A., *Maquinaciones para alterar el precio de las cosas*, cit., pág. 222, nota 9.

(106) *Criminología crítica*, cit. (Introducción), pág. 19.

(107) JOCK YOUNG, *Criminología de la clase obrera*, cit., pág. 98. El autor utiliza el término «voyeurismo» para caracterizar a la «teoría de la desviación».

(108) *Criminología*, cit., pág. 160.

el pensamiento criminológico se ha hecho más dinámico e interaccionista en sus conceptos fundamentales, enfoques e investigación empírica. Que dicha tendencia puede constatarse por la mayor integración de una problemática que afecta a las relaciones víctima-delincuente, el campo oscuro y la denuncia, los modelos de actuación de la policía y los problemas de selección en el procedimiento penal. Pero que también ideas sociológicas básicas, como socialización y control social, han enriquecido la discusión criminológica. Como contrapartida, sin embargo, se han vuelto poco seguros el pronóstico criminal y los medios de terapia. Y han tenido efecto correctivo la posible autodinámica de las predicciones sociales (las llamadas «self-fulfilling-prophecy») y los procesos de estigmatización, así como la defectuosa eficacia de la terapia jurídico-criminal. Con el autor hay que reconocer que el pensamiento criminológico se ha hecho más rico, amplio, variado, dinámico sociológico y político (109). Y que ha progresado notablemente en los últimos lustros a pesar de que la persona del delincuente haya pasado a un segundo plano en la investigación criminológica, y las investigaciones sobre el «campo oscuro» de la criminalidad y los «procesos de selección» fundamenten una comprensible actitud de escepticismo y relativización.

VII

Forzoso es concluir con algunas *precisiones finales*. ¿Qué es, pues, el «crimen»? ¿Cuál debe ser la actitud social ante el mismo? No puedo fundamentar ahora mi punto de vista, detenida y matizadamente. Pero no debo, tampoco, eludir el compromiso de tomar postura al respecto. Siete afirmaciones resumen mi punto de vista:

1) Ante todo, me parece necesario aceptar, como positivo el *pluralismo metodológico* en la investigación y explicación del crimen. Es una consecuencia de la naturaleza «interdisciplinaria» de la Criminología, y, al propio tiempo, expresión y garantía del progreso científico, que exige continuos tanteos y rectificaciones.

Ni la Biología, ni la Psicología, ni la Sociología pueden monopolizar el saber criminológico, secuestrándolo. Del mismo modo que, en el modelo «integrador» e «interdisciplinario» exigido por el paradigma científico, no es correcto presentar la Criminología como sucedáneo, sustitutivo o alternativa de la Ciencia Penal

Evidentemente, ninguna teoría hasta hoy ha sido capaz de ofrecer una respuesta global e integradora al complejo fenómeno del crimen. Pienso, por ello, que sólo desde un nefasto monolitismo dogmático y arrogante, ajeno a sus propias limitaciones y amparado en un empirismo pseudocientífico como mera coartada ideológica, cabe desprestigiar el pasado, ignorando que el progreso se construye paso a paso y que nadie está ni estará en posesión de

(109) KATSER, G., *Criminología*, cit., pág. 160.

la verdad. No en vano las propias ciencias «exactas» han renunciado hoy a fáciles y simplistas esquemas monocausales.

2) La función del saber criminológico no se agota, desde luego, en la necesaria formulación de *esquemas teóricos*, capaces de ofrecer una explicación lógica del comportamiento criminal. La Criminología, como saber científico, es, también, una ciencia «práctica», que aporta conocimientos «garantizados», relativamente «seguros» y «verificados». Un saber, por lo tanto, «práctico» y «practicable». Parte del examen empírico de la realidad, y está avocado a retornar a ésta. Lo que constituye un reto para el teórico, pues la experiencia demuestra que los mejores sistemas fracasan cuando las instituciones no los comprenden y asumen, o si resultan impracticables. Ahora bien, tal finalidad «práctica» no prejuzga el uso y destino de los datos suministrados por esa «Central de Información» («Clearing»), que es la Criminología. Se degradaría ésta, a mi juicio, si se entiende que su misión no es otra que la de ponerse al servicio de la lucha contra el delito a través de la «pena». La Criminología no puede convertirse en un poderoso instrumento de represión de la conducta desviada, o de mera conservación del «estatus quo». Antes bien, el saber criminológico ha de proporcionar datos y conocimientos que permitan un diagnóstico científico del fenómeno social del crimen, y la búsqueda de estrategias racionales y efectivas para hacer frente al problema de la desviación, sin acudir al sistemático y demoleedor empleo de la «pena».

3) El delito es un fenómeno «social» y como tal fenómeno social debe analizarse. Estimo desacertada esa óptica estrecha que contempla el delito como un «acontecimiento individual», como suceso aislado en la vida de una persona. Ahora bien, un fenómeno social que hace referencia obligada a «valores». No es un hecho social «neutro», «aséptico». La delincuencia no puede contemplarse como una plaga o epidemia; ni como un «accidente social», ni como síntoma —sin más— de vitalidad y sana rebeldía y disconformidad, propios de una estructura joven, dinámica. El delito —la criminalidad— debe analizarse y afrontarse, además, como «problema». A mi modo de ver, con la sola ayuda de las ciencias del dato, no podremos obtener nunca una imagen global e integradora del crimen. Es necesaria una actitud «valorativa» que interprete, oriente y trascienda el dato. Asistimos hoy, precisamente, a un proceso de desmitificación del dato, de problematización del dato. Porque cada vez somos más conscientes de que no existen los «bancos de datos» como zona neutra, aséptica, inequívoca. Todo lo contrario. Se quiera o no se quiera, el dato, también, requiere de una teoría y de una interpretación (110), sin las que sería material inservible, apto sólo para el «cementerio de cifras». El dato, en sí, no dice nada: un mismo dato —el de la elevada cifra negra, por ejemplo, en el delito de aborto se invoca

(110) Así, KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 253.

para fundamentar la descriminalización, mientras que en el de cohecho o el de fraude fiscal, sirve para clamar por un perfeccionamiento de las técnicas de control y persecución del crimen (111). Por ello tampoco estará de más desenmascarar la trampa propagandística de quienes apelando al cientifismo y a la objetividad del dato no persiguen sino ratificar unos postulados ideológicos predeterminados de forma que la verificación del dato no cumple más que la pobre función de coartada (112).

4) El importante y oportuno subrayado «social» y «estructural» que ha destacado la moderna criminología, debe evitar el simplismo de quienes pretenden explicar el crimen olvidándose del hombre. Porque, en definitiva, ningún fenómeno «espiritual», «social» y «cultural» —y el «delito» lo es— tiene sentido marginando a su inevitable protagonista, creador y víctima: el ser humano (113). Pero no ya ese hombre «racional», «ideal» (el de los «clásicos»), sino ese hombre concreto, animal irracional y absurdo, también, torpe o genial, que es capaz, a menudo, de anteponer el honor a la vida, o su estatus patrimonial al mismo instinto de conservación.

5) Debemos tener presente que entre el desarrollo de las teorías criminológicas y la *seguridad del conocimiento empírico*, existe en la actualidad un significativo abismo; que los esquemas «monocausales» han sido sustituidos por planteamientos «plurifactoriales» más relativizadores y modestos; y la explicación «causal y explicativa» por «teorías», «hipótesis», «relaciones», «conexiones», «correlaciones», «covariantes», «modelos», «postulados» y «generalizaciones empíricas» más aptos para comprender los fenómenos de las ciencias humanas y sociales, con notoria ausencia del consenso paradigmático que caracteriza la seguridad del conocimiento empírico (114) y sin otras aspiraciones que el asegurar unos conocimientos mínimos (115).

6) Es necesario renunciar a trasnochados prejuicios y ambiciosas metas —ilícitas e inviables, pienso yo— como las de «terminar con el crimen», «extirpar el delito de la faz de la tierra». Porque la paz de una sociedad sin delincuencia, es la paz de los cementerios, o de las estadísticas falsas (116). Hemos de acostumbrarnos, poco a poco, a tolerar y asumir una dosis mayor de comportamientos desviados del consenso general, construyendo

(111) Demostrando la imposibilidad de derivar decisiones de política criminal directamente de la observación criminológica, prescindiendo de valoraciones ideológicas, ZIPE, H., *Kriminal-Politik, Eine Einführung in die Grundlagen*, 1973, pág. 9.

(112) Así, críticamente, KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 158. Llamando la atención sobre el peligro de convertir el «delito» en «nuevo pretexto de crítica y reforma social», TIEDEMANN, K., *El estado actual*, cit., pág. 275.

(113) En cuanto al papel de «actor» y «creador» del individuo en la criminología socialista, vid. LÓPEZ-REY, M., *La criminalidad*, cit., pág. 226.

(114) Así, KAISER, G., *Criminología*, cit., págs. 143 y 144; TIEDEMANN, K., *El estado actual*, cit., pág. 275.

(115) Así, TIEDEMANN, K., *El estado actual*, cit., pág. 277.

(116) GARCÍA-PABLOS, A., *El actual saber*, cit., págs. 21 y ss.

una *sociedad más libre, racional y tolerante*. El crimen es la «otra cara» de la convivencia «social». Por ello, acompañar indefectiblemente al ser humano y a cualquier estructura social. No es posible terminar con el delito, ni deseable siquiera, por más que la *criminología socialista* no quiera resignarse a aceptar estas ideas. Es más, dentro de ciertos límites, el crimen cumple, también, sus funciones. Da claridad a la norma, garantiza la estabilidad social; y refuerza la conciencia social sobre la vigencia de los valores. Lo recomendable es, por tanto, «controlar» la delincuencia, mantenerla en determinados niveles tolerables. ¡Cómo negar la evidencia de que la libertad tiene un precio y de que existe una criminalidad del progreso, índice inseparable del propio bienestar (117)! Eliminarla por completo sólo sería posible acudiendo a técnicas de control alternativo. Pero con ello entramos en el mundo de la utopía. De la utopía que no se aviene a aceptar la experiencia; que agudiza, ciertamente, la conciencia del problema, que relativiza la realidad, pero que termina exhortando, solo, a una mejora del mundo que tarda demasiado en llegar, o que no llega nunca. Y sabido es que el pensamiento utópico, importante motor del progreso, cuando no quiere saber de problemas, crea entorno a sí un mundo rígido y de terror, elevando a una tensión asfixiante el impacto de las instancias de control social. No es difícil captar las actitudes y conciencia jurídica del ciudadano, dirigiendo atentamente los procesos de socialización. De este modo, puede reducirse drásticamente la criminalidad. Sin embargo, soy partidario de una actitud comprensiva hacia la «normalidad» del delito, y del delincuente, renunciando a pretenciosas e inadmisibles declaraciones recíprocas de guerra e intolerancia. Sería lamentable pagar un precio tan alto —el de la pérdida de la libertad— en nombre de una eficaz lucha contra el crimen, fomentando una omnipresente acción vigilante de los controles sociales, cuyo único resultado sería el de una sociedad uniforme y uniformada (118).

7) Por último, deseo insistir en una idea no siempre practicable. En la lucha por un control racional del crimen corresponde al *Derecho penal un papel secundario*, subsidiario, conforme al principio de la llamada *intervención mínima* (118 bis). Desde un punto de vista de política criminal, antes bien, el control racional de la delincuencia reclama el previo desarrollo de una justa y eficaz política social que incida a tiempo, en los factores que favorecen y configuran el crimen y busque la instauración de una sociedad más sana. Una sociedad que al enfrentarse a sus conflictos y contradicciones eduque a sus miembros más en el respeto a los bienes

(117) Así, KAISER, G., *Criminología*, cit., págs. 55 y ss.

(118) GARCÍA-PABLOS, A., *El actual saber*, cit., págs. 21 y ss.

(118 bis) La *Criminología*, por su parte, debe ser una fecunda «central de información» cuyos datos sirvan no sólo para refinar la represión de la conducta desviada, reforzándola, sino fundamentalmente para buscar y ofrecer cauces de solución a los conflictos sociales sin necesidad de acudir a la pena.

jurídicos y en la tolerancia de la desviación, que en el castigo, la intransigencia, la agresividad y el egoísmo. Más en la razón que en la pasión, en la libertad que en la pena. Una actitud libre de la doble moral de la sociedad de consumo; que, con una mano, impone un elevado standar de vida y, con la otra, criminaliza las frustraciones del ciudadano que no puede alcanzar aquel standar, precisamente porque esa misma sociedad le cierra el paso con sus injustas estructuras.

Con Radbruch, pues, creo debemos dar a nuestra sociedad no un mejor Derecho penal, sino algo mejor que el Derecho penal (119).

(119) RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, 5.ª ed. (1956), Stuttgart, pág. 269.

Evolución social, criminalidad y cambio político en España*

Por ALFONSO SERRANO GOMEZ
Universidad a Distancia (Madrid)

I

En España se han producido una serie de cambios sociopolíticos en los últimos siete años que han dado lugar a una modificación importante en el terreno criminológico. Este fenómeno se va a recoger en el presente trabajo, a través de un estudio de la realidad española del mundo del delito, con lo que se elude el grave riesgo que acecha a la criminología moderna, que se ocupa con exceso de estudios teóricos, olvidándose con demasiada frecuencia de tratar los fenómenos particulares de la criminalidad, presupuesto previo a cualquier medida que se quiera tomar en el terreno de la política criminal. La criminología teórica, o criminología de despacho, se aprovecha en buena parte de la labor de los criminólogos experimentales para llegar a algún tipo de conclusiones; sin trabajos de campo los teóricos nada, o muy poco, tendrían que hacer, y esta es la razón por la que se ha de dar más apoyo a esa labor de los criminólogos que estudian la realidad del mundo del delito.

En el presente estudio se van a exponer unas líneas generales de la evolución de la delincuencia en España en los últimos diez años, desde 1973 a 1982, ambos inclusive. En este período de tiempo se han producido tres fenómenos importantes: La muerte de quien personalizaba el franquismo, hecho que ocurre en noviembre de 1975, con lo que se pasa de un régimen autoritario a otro de iniciación democrática; la promulgación de la Constitución española, acontecimiento que se producía en los últimos días de 1978, y por último, la llegada al poder del Partido Socialista, en diciembre de 1982, tras las elecciones generales que tuvieron lugar en el mes de octubre del mismo año. Por tanto, el estudio se

(*) Este trabajo es la Comunicación presentada al IX Congreso Internacional de Criminología, que se celebrará en Viena del 25 al 30 de septiembre de 1983.

refiere a la época anterior al socialismo, lo que servirá también para conocer en el futuro cómo evoluciona el fenómeno de la criminalidad con el nuevo sistema.

El cambio político en España que supuso la caída de la dictadura llevó consigo una seria problemática criminológica (1), como consecuencia de diversos factores, de entre los que cabe destacar:

1. El indulto general de finales de 1975, que hizo bajar la población penitenciaria en un 43 por 100. Sin embargo, y como después se verá, la puesta en libertad de una serie de delincuentes mediante la aplicación del derecho de gracia no es tan grave como pudiera parecer.

2. Falta de estudios e información criminológica que debieron prever que la delincuencia es mayor en los países democráticos que en los autoritarios, por el abuso o mal uso que se hace de la libertad. En los regímenes dictatoriales se tiene más temor a la policía, al estamento político y a la administración de justicia en general. En los regímenes autoritarios, por otra parte, el aparato estatal delinque con mucha mayor frecuencia que en los democráticos, aunque sus delitos casi siempre quedan impunes, no pasando a las estadísticas.

3. Algunos miembros de las fuerzas de policía temieron por su depuración política, por lo que estaban en una situación psíquica que no les permitía rendir en su función. Esa depuración no llegó a producirse.

4. Los distintos cuerpos de policía no recibieron un trato demasiado alentador por parte de los dirigentes del cambio, pues las amnistías concedidas a sujetos que habían asesinado a buen número de aquéllos les produjo una grave situación de desconcierto de la que todavía no están plenamente recuperados.

5. Se cometió el error de nombrar a la casi totalidad de los nuevos dirigentes de la policía a funcionarios que habían servido en la rama política, por lo que no estaban en condiciones ni de ocuparse, ni de dirigir, la lucha contra la delincuencia común. La policía política, por otra parte, comenzó a perder aceptación entre los funcionarios, en los comienzos de la década de los años sesenta, los destinos casi siempre eran forzosos; en los últimos años de la dictadura pertenecer a la brigada político-social no suponía precisamente ningún prestigio entre los compañeros, sino todo lo contrario (2).

(1) Véase, SERRANO GÓMEZ, A., *Problemática criminológica del mutamiento político in Spagna*, en «Ressegna Penitenziaria e Criminologica», julio-diciembre, 1981.

(2) Véase SERRANO GÓMEZ, *Democracia y criminalidad*, en «Lecturas sobre la Constitución Española», II, Madrid, 1978, págs. 39 y ss.

6. Las garantías constitucionales del detenido van a influir también en el comportamiento del sistema tradicional de la policía judicial, que adolecía de una especialización adecuada, motivada, entre otras razones, por el bajo índice de criminalidad y por la preocupación gubernamental más de los enemigos del sistema que de la protección de los ciudadanos frente a la delincuencia común. Aunque ha mejorado la especialización de la policía, todavía es deficiente.

7. Estábamos ante una policía sin el suficiente número de mandos adecuados para afrontar un cambio político. Se pasa de una situación de libertad de actuación con escaso control a otra más controlada. La policía tampoco sabía en muchas ocasiones la forma correcta de actuar, por lo que lo menos arriesgado era abstenerse de hacerlo. En suma, que ante la situación de inseguridad y desconcierto bajó su eficacia.

8. En las prisiones se produjo una notable indisciplina, con pérdida de respeto a los funcionarios, quienes tenían incluso por su integridad física; los motines y destrozos eran frecuentes; en algunas prisiones se imponía la ley del más fuerte (3) (4). Lamentablemente la situación no parece haber mejorado mucho en algunos centros.

9. Algunos de estos fenómenos afectaron también a otras ramas de la administración de justicia, cuyo rendimiento fue inferior que en años anteriores.

Así las cosas, la criminalidad aumentó de forma alarmante en los años siguientes, es decir, a partir de 1976, por el abuso de algunos de ese bien supremo que es la libertad y por el poco temor que se tenía a una administración de justicia, que en algunos de sus sectores funcionaba deficientemente. El riesgo de ser detenido no era muy grande, por lo que había un sector de población a quienes compensaba el delito, ya que los beneficios eran mayores que el peligro que se corría. En todo caso, el equipo político de la transición fue poco afortunado en materia de política criminal (5).

Como el cambio político español ha transcurrido con plena normalidad, ha permitido que el fenómeno criminológico pueda estudiarse con plena objetividad, cosa que no hubiera sido posible en un cambio violento, por las muertes que lleva consigo, pillajes y criminalidad incontrolada de todo tipo.

El trabajo es eminentemente estadístico. Sin entrar en las posibles deficiencias de los datos que se facilitan, hay que tener

(3) Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, 1978, págs. 108 y ss.

(4) Véase *La violenza nelle sue implicazioni penitenziarie*, Centro Internazionale di Ricerche e Studi Sociologici, Penale Penitenziari, Messina, 1977.

(5) Véase SERRANO GÓMEZ, *Criminalidad y cambio político en España*, en «Jornadas Internacionales de Ciencias Penales Criminológicas», Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Caracas, 1982, págs. 345 y ss.

en cuenta que a nivel oficial no son muchos los esfuerzos que se han hecho para conseguir unas estadísticas con el menor número de errores posibles, pues los medios son deficientes; tampoco hay demasiado interés en algunos sectores por la actualidad de los resultados, valga como ejemplo señalar que las estadísticas judiciales, elaboradas por el Instituto Nacional de Estadística, llevan seis años de retraso, pues hasta ahora las últimas aparecidas son de 1978. Sin embargo, son puntuales las estadísticas penitenciarias y las que se recogen en las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo; también lo son las de la Policía y Guardia civil, que aunque no se publican se nos han facilitado, por lo que se agradece esta colaboración, en éstas se basa principalmente el trabajo.

10. No hay que olvidar que han sido también otros muchos factores los que han influido en el aumento de la criminalidad, como la crisis económica, paro obrero, pérdida del valor preventivo de algunos grupos primarios como la familia o la vecindad, movimientos migratorios, etc.

Los datos de los cuadros siguientes ponen de manifiesto que el fenómeno más importante se produce en la zona urbana, es decir en la parte de población controlada especialmente por la policía no uniformada (6), o sea, por el Cuerpo Superior de Policía, que viene a ser la mitad de la población nacional. Desde 1970 el incremento de la delincuencia de cada año, con respecto del anterior, venía a suponer un 10 por 100. Sin embargo, en 1976, es decir, al año siguiente de la caída de la dictadura, el aumento fue del 31,5 por 100, teniendo importancia las razones ya expuestas, aunque sin duda hubo otras. El porcentaje de aumento fue del 25 por 100 en cada uno de los dos años siguientes; en 1978, el número de delitos en la zona urbana superaba el 190 por 100 del año 1975, es decir, que en tres años se había duplicado.

Si en el año 1976 hay un notable aumento de la criminalidad, en base, especialmente, al mal uso y abuso de la libertad que comenzaba a concederse tras la dictadura, en el año 1979 vuelve a darse otro aumento muy superior al de la media de los dos años anteriores. Hay que recordar que en 1978 se elaboró y sancionó la Constitución, lo que tuvo lugar el día 27 de diciembre. Si en 1976 el aumento de los delitos conocidos en la zona urbana fue, en relación con el año anterior, de 41.278, en 1977 de 43.784 y en 1978 de 54.408, en el año 1979 esa cifra superó a la del año anterior en 86.832. Tal vez pueda pensarse que influyó en este

(6) Por tratarse de un trabajo para un congreso en el extranjero se hacen algunas aclaraciones que no son necesarias para el lector español, por lo que le parecerán superfluas. Por esta razón identificaremos Policía con zona urbana y Guardia civil con zona rural; esta distinción no es rigurosamente exacta, pues aunque la Policía controla capitales y poblaciones importantes, la Guardia civil también tiene grupos de investigación criminal, aunque reducidos, en ciudades y capitales de provincia donde hay Policía. Aproximadamente, cada uno de estos dos Cuerpos controla la mitad de la población española.

DELITOS CONOCIDOS POR LA POLICIA
(Zona urbana)

DELITOS	1973	1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982
Seguridad exterior Estado	—	—	—	—	—	—	—	27	23	25
Seguridad interior Estado	1.593	1.669	1.917	2.034	1.902	1.865	2.628	3.106	3.956	4.794
Falsedades	506	598	466	683	533	738	1.170	1.746	1.617	792
Administración de Justicia	121	81	106	123	101	206	233	313	429	524
Riesgo (*)	540	685	659	892	1.077	2.250	3.995	3.620	5.100	5.422
Juegos ilícitos	115	82	104	77	167	378	283	320	337	318
Funcionarios	12	64	29	25	18	30	74	63	53	39
Personas	7.972	8.716	8.894	9.828	11.605	14.090	16.946	11.316	9.514	7.146
Honestidad	2.600	3.097	2.676	2.967	2.822	2.974	2.986	4.030	4.299	3.973
Honor	67	105	127	97	306	360	421	191	121	125
Estado civil	330	369	428	598	222	329	454	98	59	44
Libertad y seguridad	4.388	3.813	3.939	5.029	3.217	6.591	7.943	15.262	16.532	17.218
Propiedad	87.403	97.266	108.426	147.294	189.923	238.523	318.292	280.619	289.470	308.690
Imprudencia punible	3.162	2.922	3.048	2.759	2.315	2.573	2.470	1.850	2.482	2.225
Legislaciones especiales	1.208	185	1.617	1.513	1.290	1.403	1.247	1.700	2.022	1.762
Otros	—	—	—	—	—	—	—	3.153	4.150	4.550
<i>Total</i>	110.017	119.652	132.436	173.714	217.498	272.310	359.142	327.414	339.714	357.647

(*) Hasta 1978 figura este epígrafe bajo la rúbrica «Delitos contra la salud pública».

El número de delitos conocidos por la Policía en 1969 fue de 92.905, en 1970 (97.317), en 1971 (108.825) y en 1972 (112.700).

El número de infracciones de menor gravedad, constitutivos de faltas, conocidas por la Policía, fue: 1980 (63.099), 1981 (83.284) y 1982 (95.725).

DELITOS CONOCIDOS POR LA GUARDIA CIVIL
(Zona rural)

DELITOS	1973	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982
Seguridad ext. Estado ...	—	—	—	—	—	—	21	19	27
Seguridad int. Estado ...	572	859	916	694	409	436	501	572	801
Falsedades	363	324	370	445	373	641	760	1.023	793
Administración Justicia...	97	136	111	159	159	125	184	248	324
Riesgo	3.603	4.539	4.638	4.817	6.236	7.136	8.109	10.328	14.225
Juegos ilícitos	100	95	84	100	184	136	60	120	62
Funcionarios	33	45	37	43	52	38	45	82	64
Contra personas	3.275	3.989	4.308	4.658	4.724	4.253	3.831	3.132	2.395
Contra honestidad	1.777	1.047	1.079	1.011	862	548	583	729	683
Contra el honor	59	48	71	58	53	67	42	94	47
Contra estado civil	125	49	38	28	20	13	28	58	40
Libertad y seguridad	1.426	1.240	1.433	1.702	1.514	1.260	1.188	1.406	1.411
Contra la propiedad	25.701	31.803	38.968	49.522	58.659	58.367	61.528	68.725	66.345
Imprudencia punible	854	637	592	562	535	490	540	411	337
Legislaciones especiales..	4.050	1.813	2.053	1.281	2.250	3.942	1.324	1.621	2.251
	—	—	—	—	—	—	2.789	1.210	58
<i>Total</i>	42.070	46.624	54.747	65.080	76.030	77.452	81.533	89.778	89.863

El número de infracciones de menor gravedad, constitutivos de faltas, conocidas por la Guardia civil. 1980 (9.970), 1981 (12.416) y 1982 (12.740).

incremento la euforia de las libertades constitucionales, primero discutidas en el Parlamento, y posteriormente plasmadas en el texto constitucional. Parece que se vuelve a repetir, en parte, el fenómeno de 1976, con el abuso del ejercicio de las libertades, no respetándose por algunos ciudadanos los derechos de los demás. Incluso en el año 1978, período de elaboración, se aprecia ya un aumento de la delincuencia superior a la media de los años anteriores (7). Sin embargo, pasado el primer momento de euforia, situada la realidad en su punto medio y asimilada la Constitución, cabría interpretar ahora, que esa fue una de las múltiples razones que llevó a una disminución de la criminalidad en el año 1980, en donde hubo en la zona urbana 31.728 delitos menos, para volver a una evolución ascendente, pero lenta, en los años 1981 y 1982.

Cabe destacar que en los años 1978 y 1979 hay un ascenso muy importante en los delitos contra las personas, para descender a partir del año siguiente y situarse en 1982 en cifras más bajas que en 1973. El mayor índice de aumento se da en los delitos contra la libertad y seguridad, con un ascenso también muy importante en los años 1978 y 1979, para casi triplicarse en 1982 con respecto a 1978.

De los diez años que se contemplan cabe hacer especial referencia a que casi se triplican los delitos contra la seguridad interior del Estado (7 bis), juegos ilícitos (8) y delitos contra la

(7) Sin duda influyeron las garantías del artículo 17 de la Constitución, que eran muy necesarias. Estas garantías eran: 1) el plazo máximo de la detención no podrá durar más de setenta y dos horas; 2) el detenido debe ser informado inmediatamente después de la detención de sus derechos y razones de la misma; 3) el detenido no puede ser obligado a declarar; 4) asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales; 5) «habeas corpus», y 6) se fijará el plazo máximo de la prisión provisional. Por su parte, en el artículo 24 se recoge el derecho a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.

Por Ley de 4 de diciembre de 1978 se modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en la nueva redacción que se le dio al artículo 520 se recogen las garantías del detenido. Véase SERRANO GÓMEZ, *La detención. Garantías del detenido en la Constitución española de 1978*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1978, págs. 545 y ss.

(7 bis) Dentro de este epígrafe, que corresponde a los delitos recogidos en el Título II del Libro II del Código penal, se incluyen: Delitos contra el Jefe del Estado, su sucesor, altos órganos de la nación y forma de gobierno; Delitos cometidos por los particulares y los funcionarios con ocasión, o contra, el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes y delitos contra la libertad religiosa; rebelión y sedición; Atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, resistencia y desobediencia; Blasfemias; Desacatos, insultos, injurias y amenazas a la autoridad, e insultos, injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios; Desórdenes públicos; Tenencia y depósito de armas o municiones y de la tenencia de explosivos.

El resto de los epígrafes de los cuadros se corresponden, respectivamente, con los Títulos del Libro II del Código penal, a excepción del último que se ocupa de los delitos contra las legislaciones especiales.

(8) Los juegos ilícitos dejarán de ser delito en el Código penal, si no se modifica el Proyecto de Reforma urgente y parcial del Código penal. La de-

propiedad. Se multiplican por cuatro los delitos contra la administración de justicia y contra la libertad y seguridad, mientras que aumentan en diez veces los delitos contra la salud pública —riesgo—, donde se contemplan especialmente la tenencia y tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Sólo disminuyen los delitos contra el estado civil, sin duda por la nueva regulación en el Código civil de la materia relacionada con la separación y el divorcio. El aumento realmente importante está en los delitos contra la propiedad, que en esos diez años pasan de 87.403 a 308.690 (la Ley de 8 de mayo de 1978 que modificó cuantías en el Código Penal evitó que fuera mayor en ese año este tipo de delitos).

En la zona rural, es decir la controlada por la Guardia civil, los cambios que vimos para la zona urbana apenas si se aprecian, ya que la evolución de la criminalidad es bastante uniforme duplicándose entre los años 1973 y 1982, ya que se pasa de 42.070 delitos conocidos a 89.863. No obstante, también se aprecia un aumento importante a partir de 1976, aunque no se da el alza notable que se observa en 1979 para la zona urbana, sino todo lo contrario, pues casi se estabilizan las cifras del año anterior. En 1982 hay un ligero descenso con respecto del año anterior. Si es cierto que el cambio del régimen autoritario por otro de iniciación democrática tuvo alguna incidencia en la criminalidad de la zona rural, no puede decirse lo mismo con el texto constitucional, que sin duda se vivió con menor intensidad en su fase de elaboración y discusión.

Se multiplican por cuatro los delitos conocidos de riesgo —contra la salud pública—, pues hay que resaltar la importante función que en materia de tráfico de estupefacientes cumple la Guardia civil en los puestos fronterizos, puertos y aeropuertos. Igual que sucedía en la zona urbana el incremento de los delitos contra las personas se da entre los años 1977 y 1979, descendiendo en 1981 y 1982 a cifras inferiores a las de 1973. También disminuyen los delitos contra el estado civil, el honor, la honestidad, imprudencia punible y contra legislaciones especiales.

A diferencia de lo que sucede en la zona urbana, los delitos contra la libertad y seguridad se mantienen casi sin variaciones durante los diez años. Como en la zona urbana, la clave del aumento radica igualmente en los delitos contra la propiedad, que pasan de 25.701 casos conocidos en 1973, a 66.345 en 1982, siendo la cifra más elevada la del año anterior, con 68.725.

Hay que tener en cuenta, tanto para la zona urbana como para la rural, que la calificación de la conducta como delictiva, y su inclusión dentro del epígrafe correspondiente, la hace la policía o la Guardia civil. Aunque normalmente la calificación es correcta, no sucede así en todos los casos, ya que es el juez o el

rogación se sigue manteniendo en el Dictamen de la Comisión, por lo que es prácticamente segura su derogación.

Tribunal correspondiente quienes en definitiva han de decidir pudiendo no coincidir en la calificación o incluso en la gravedad del hecho, terminado en infracción leve lo que en principio se consideró como grave.

En todo caso hay que tener en cuenta el número de delitos desconocidos, por falta de denuncia de las víctimas; en muchas ocasiones no se ha hecho porque no se confía en la administración de justicia, o por las molestias que su denuncia lleva consigo (9).

De los cuadros de personas detenidas tanto en la zona urbana como en la rural se deduce, en principio, que junto con el aumento de la criminalidad paralelamente se ha producido también un incremento del número de detenidos como presuntos culpables, pues la decisión final está en manos del Juez o Tribunal que conozca de cada caso. Esos cuadros ponen de manifiesto que la policía y Guardia civil han seguido trabajando, pese a los problemas que tuvieron en los momentos posteriores a la caída de la dictadura, que de no haber sido así posiblemente su labor hubiera sido más eficaz.

En la zona urbana se observa una disminución del número de detenidos, en relación con el de delitos conocidos, a partir del año 1976, situación que baja un poco más en el año 1979, para volver a índices normales en los tres últimos años, con lo que se aprecia una recuperación en la efectividad. En la zona rural, donde el cambio político tuvo menor incidencia en la evolución de la criminalidad, el número de detenciones disminuye ligeramente en 1976, un poco más en el año siguiente, para situarse en los índices más bajos en los años 1978 a 1981 y volver a la recuperación en 1982.

Si tenemos en cuenta que las plantillas de ambos cuerpos por lo menos en el número de funcionarios dedicados a la investigación criminal, en ese período de diez años, apenas si ha variado, ha sido muy importante la labor realizada tanto por la policía como por la Guardia civil, pues ya se vió el gran aumento de la delincuencia y, no obstante, con casi el mismo número de hombres la cifra de detenidos pasa en la zona urbana de 31.173 en el año 1973, a 88.403 diez años más tarde y en la zona rural la evolución fue de 26.132 a 41.195.

En los dos cuadros se aprecia que tanto en la zona urbana como en la rural las mayores dificultades se encuentran en descubrir al delincuente contra la propiedad, ya que suele ser el más especialista, se organiza mejor y deja pocas pruebas que sirvan para su localización y posterior detención.

Aunque de los cuadros se desprende una mayor proporción de detenidos, con respecto a los delitos conocidos, en la zona rural

(9) Recoge la Memoria de la F. T. S. de 1982: «No sería honrado ocultar que más de un Fiscal hablan también de un posible aumento de la «cifra negra», derivado de una cierta desconfianza de muchos ciudadanos respecto al éxito de sus denuncias» (pág. 102).

PERSONAS DETENIDAS POR LA GUARDIA CIVIL

(Zona rural)

DELITOS	1973	1975	1975 (*)	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982	1982 (*)
Contra seguridad exterior del Estado ...	—	—	—	—	—	—	—	15	31	34	1,25
Contra seguridad interior del Estado ...	896	1.473	1,71	1.690	1.125	509	521	572	923	981	1,22
Falsedades	375	308	0,95	338	343	346	624	550	1.035	781	0,98
Contra administración justicia	96	141	1,03	106	149	153	133	161	238	344	1,06
Contra salud pública	3.813	4.860	1,07	5.108	5.425	7.040	8.066	8.900	11.017	14.995	1,05
Juegos ilícitos	221	356	3,74	192	190	271	163	83	207	149	2,40
De funcionarios públicos	28	47	1,04	37	39	50	39	48	90	54	0,74
Contra las personas	1.919	2.105	0,52	2.482	2.584	2.413	1.669	1.997	1.978	1.778	1,10
Contra la honestidad	1.745	1.112	1,06	1.284	1.023	859	473	579	730	757	0,89
Contra el honor	41	43	0,89	42	48	32	33	17	47	42	0,89
Contra el estado civil	71	24	0,48	15	24	9	3	12	34	20	0,50
Contra libertad y seguridad	1.074	892	0,71	1.345	1.593	1.116	906	760	818	859	0,60
Contra la propiedad	11.213	13.337	0,41	14.202	14.924	17.066	15.604	15.878	16.691	17.115	0,25
Imprudencia punible	622	517	0,81	505	429	343	365	362	316	263	0,78
Contra legislaciones especiales	4.018	1.315	0,72	1.986	1.628	1.091	3.286	1.039	1.690	2.176	0,96
<i>Total detenidos</i>	26.132	26.530	—	29.332	29.428	31.298	31.885	33.633	37.166	41.195	—
N.º detenidos por delito conocido	0,62	0,56	—	0,53	0,45	0,41	0,41	0,41	0,41	0,45	—

(*) Número de detenidos por delito conocido.

En 1980 se incluyen en las cifras totales 2.660 detenidos que lo fueron por delitos sin especificar; en 1981 fueron 1.690, y en 1982 de 847.

PERSONAS DETENIDAS POR LA POLICIA

(Zona urbana)

DELITOS	1973	1974	1975	1975 (*)	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982	1982 (*)
Contra seg. ext. del Estado ...	—	—	—	—	—	—	—	—	29	34	34	—
Contra seg. int. del Estado ...	1.937	2.092	2.551	1,3	1.766	2.410	2.217	3.148	3.783	4.614	5.262	1,09
Falsedades	345	350	315	0,75	383	311	536	650	837	783	578	0,72
Contra administración justicia.	62	80	95	0,55	140	93	223	238	252	303	336	0,64
Contra salud pública	1.065	1.203	1.253	1,90	1.491	2.014	4.281	6.221	4.555	5.814	6.530	1,20
Juegos ilícitos	323	433	701	6,71	457	464	465	558	580	685	665	2,09
De funcionarios públicos	16	20	33	1,13	21	9	23	47	47	36	24	0,61
Contra las personas	6.565	6.830	6.794	0,76	7.590	7.584	8.467	7.255	5.128	4.079	3.431	0,48
Contra la honestidad	2.695	3.063	2.623	0,98	2.699	2.348	2.538	2.498	3.084	3.340	2.832	0,71
Contra el honor	61	72	86	0,67	50	132	49	137	111	68	60	0,48
Contra el estado civil	172	196	220	0,51	164	105	136	95	27	36	16	0,36
Contra libertad y seguridad ...	1.831	1.077	2.187	0,55	2.309	2.629	3.048	3.373	6.168	4.986	4.295	0,25
Contra la propiedad	13.595	16.347	17.671	0,16	21.402	23.532	30.948	40.478	46.665	47.392	47.237	0,15
Imprudencia punible	1.568	1.367	1.557	0,51	1.379	1.010	1.427	1.303	1.127	1.107	1.108	0,50
Contra legislaciones especiales.	939	848	1.454	0,89	1.379	1.140	1.360	1.207	1.823	2.161	1.830	1,03
<i>Total detenidos</i>	31.174	33.976	37.540	—	41.928	43.780	55.718	67.208	78.793	85.264	88.403	—
N.º detenidos por delito conocido	0,28	0,28	0,28	—	0,24	0,20	0,20	0,18	0,24	0,25	0,25	—

(*) Número de detenidos por delito conocido.

En 1980 se incluyen en las cifras totales 4.577 que fueron detenidos por delitos sin especificar; en 1981 fueron 9.983, y en 1982 de 14.163.

que en la urbana, no hay que interpretar que la Guardia civil sea más eficaz que la policía. En este punto hay que tener en cuenta muchos factores, como son el número de personas dedicadas a la investigación criminal, medios, dificultades de la investigación, etcétera. A este respecto hay que señalar que normalmente la investigación resulta, por lo general, más complicada en la zona urbana que en la rural por una serie de razones, entre las que cabe señalar: mayor anonimato del autor en la gran urbe que en una pequeña población, y por esta razón dificultad de conocer y localizar a los presuntos delincuentes; las bandas están más organizadas en la zona urbana (10); el camuflaje, tras la comisión de los hechos, es más fácil en la gran ciudad; cambio de zona entre el lugar de residencia y el de la comisión del delito, etc. Por estas y otras razones, no se puede conocer la realidad de la eficacia en la investigación de la zona rural y urbana.

II

DELINCUENCIA JUVENIL

También aquí, como en el resto de los temas que se tratan en el presente trabajo, se van a recoger una serie de datos generales, sin profundizar en el tema, ya que se pretende hacer una exposición muy genérica de la evolución y su realidad actual (11).

En relación con el cuadro en donde se refleja la evolución de los datos referentes a la participación de la juventud en el mundo del delito, hay que hacer dos puntualizaciones: 1.º Los menores de dieciséis años quedan fuera de la jurisdicción penal ordinaria, ya que la mayoría penal comienza a esa edad, por lo que son competentes los Tribunales Tutelares de Menores cuando un menor de dieciséis años comete un hecho que realizado por un mayor de esa edad sería delito o falta (12), y 2.º En las cifras generales aparecen incluidos jóvenes que no han cometido ninguna infracción penal, como sucede con los que abandonan el domicilio de sus padres y son reintegrados posteriormente (13),

(10) Véase SERRANO GÓMEZ, *Criminología de las asociaciones ilícitas*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, págs. 53 y ss.

(11) Para más detalle véase SERRANO GÓMEZ, *Delincuencia juvenil en España. Estudios criminológico*, Madrid, 1970; *Delincuencia juvenil. Estudio de su problemática en España* (en colaboración con otros autores), Madrid, 1972; *Delincuencia juvenil*, en «Revista de Información Jurídica», enero, 1974; *La delincuencia juvenil en España y su evolución*, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 5, 1978.

(12) Dispone el art. 9.º, 1, A) de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores que la competencia de estos Tribunales se extenderá a conocer: «De las acciones u omisiones atribuidas a los menores, realizadas antes de cumplir los dieciséis años, que el Código penal o Leyes especiales califiquen como delitos o faltas».

(13) Fueron localizados por la policía, por fuga de domicilio: 1973, 1.186 menores de dieciséis años, 716 de dieciséis y diecisiete y 273 de dieciocho a veinte; en 1974 el número fue de 1.221, 709 y 324, respectivamente; en 1975

JOVENES DETENIDOS POR LA POLICIA

(Zona urbana)

A Ñ O S	Menores 16 años			de 16 a 17 años			De 18, 19 y 20 años			TOTAL		TOTAL
	Varones	Mujeres	Total	Varones	Mujeres	Total	Varones	Mujeres	Total	Varones	Mujeres	
1973	5.510	591	5.701	2.574	522	3.096	2.128	355	2.483	9.812	1.468	11.280
1974	5.088	684	5.772	2.508	522	3.030	1.928	380	2.308	9.524	1.586	11.110
1975	5.309	764	6.073	2.685	536	3.221	2.272	337	2.609	10.266	1.637	11.903
1976	5.488	819	6.307	2.941	580	3.521	2.446	386	2.832	10.875	1.785	12.660
1977	5.932	947	6.879	3.535	640	4.175	2.660	367	3.027	12.127	1.954	14.081
1978	6.811	866	7.677	4.560	750	5.310	3.515	396	3.911	14.886	2.012	16.898
1979	9.535	1.217	10.752	5.507	676	6.183	4.542	330	4.872	19.584	2.223	21.807
1980	10.765	1.257	12.022	8.438	872	9.310	8.412	549	8.961	27.615	2.678	30.293
1981	10.322	1.099	11.421	8.311	671	8.982	7.588	848	8.072	26.221	2.618	28.875
1982	9.022	978	10.000	7.632	624	8.256	7.092	508	7.600	23.746	2.110	25.856

JOVENES DETENIDOS POR LA GUARDIA CIVIL

(Zona rural)

1980	2.731	138	2.869	3.045	157	3.202	2.983	152	3.135	8.759	447	9.206
1981	2.661	165	2.826	3.186	137	3.323	3.594	176	3.770	9.441	478	9.919
1982	2.304	135	2.439	2.536	104	2.640	3.166	159	3.325	8.006	398	8.404

así como infracciones leves constitutivas de falta. Por otra parte, aunque la referencia es a detenidos, por razones de mejor exposición, en realidad con los menores de dieciséis años lo que se hace realmente es ponerlos a disposición de los citados Tribunales de Menores.

El fenómeno de la delincuencia juvenil es tal vez el más importante de todos, por la sencilla razón de que parte de los jóvenes que se inician en el delito seguirán su carrera criminal, por lo que un país con problemas de delincuencia juvenil en un futuro muy cercano los tendrá de criminalidad adulta. Este fenómeno es mundial y se ha venido agravando en los diez últimos años, teniendo su incidencia en España. Sin embargo, en nuestro país era excepcional, hace diez o doce años, encontrar jóvenes delincuentes de quince años (14), ahora, por el contrario, son muy frecuentes, incluso de catorce, trece y aún de edades más bajas. Que cada vez tenemos delincuentes más jóvenes es una realidad que no ofrece la menor duda, y es una constante que se ha venido observando desde hace años (15).

Los jóvenes están participando en muchos robos con violencia o intimidación en las personas en las más diversas modalidades (16), en bancos (17), establecimientos comerciales, personas en la vía pública, en domicilios particulares, etc. Y lo más grave es que en buena parte de los casos lo hacen para con el dinero conseguido comprar estupefacientes o psicotrópicos o efectuar un cambio cuando son objetos de valor. Según los datos generales de zona urbana y rural, fueron detenidos por tenencia o tráfico ilegal de estupefacientes: Menores de dieciséis años: 1975 (38), 1976 (14), 1977 (48), 1978 (108), 1979 (127), 1980 (116), 1981 (95), 1982 (124); tenían dieciséis a dieciocho años: 1975 (335), 1976 (356), 1977 (761), 1978 (1.656), 1979 (1.585), 1980 (1.423), 1981 (1.345).

(1.272, 787 y 325); en 1976 (1.332, 729 y 318); 1977 (1.440, 802 y 329); 1978 (1.412, 996 y 349); 1979 (1.612, 708 y 172); 1980 (1.732, 678 y 124); 1981 (1.546, 557 y 91), y 1982 (1.132, 329 y 44).

En la zona rural fueron: 1980 (121, 50 y 7); 1981 (153, 51 y 10), y en 1982 (127, 44 y 8).

Se aprecia cómo las fugas del domicilio son más frecuentes a menor edad, así como el fenómeno es propio de la zona urbana, teniendo pequeña incidencia en la rural. La disminución que se observa en los últimos años obedece, especialmente, entre los de más edad, la mayor libertad que cada día existe en que los jóvenes se marchen y los padres lo acepten, no denunciando la situación; unos regresan y otros no. Cuando un joven se marcha de casa es muy probable que termine en el mundo del delito o la prostitución.

(14) Véase SERRANO GÓMEZ, *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, cit.

(15) Véase SERRANO GÓMEZ, *La delincuencia juvenil en España y su evolución*, cit.

(16) Véase GARRIDO GUZMÁN, L., *Evolución y tendencias de la criminalidad en España*, en «Anales de la Universidad de Alicante», Facultad de Derecho, núm. 1, 1982, págs. 145 y ss.

(17) El 40,33 por 100 de los autores detenidos por participar en atracos en entidades bancarias entre 1974 y 1978 tenían menos de veintiún años. SERRANO GÓMEZ, *Problemas de seguridad en entidades bancarias*, Madrid, 1979, pág. 203.

De los datos referentes a la zona urbana se desprende que el número de detenciones prácticamente se triplica entre los años 1975 y 1980, para descender en los dos siguientes. Sin embargo, en la zona rural el fenómeno apenas si tiene valor en los años 1980, 1981 y 1982, no obstante, se aprecia un descenso en el último. Aunque estos datos no reflejan con exactitud cuál ha sido la evolución de la delincuencia juvenil —pues el número de detenciones no sólo está en función del volumen de la criminalidad, sino también en la eficacia policial—, sin embargo, no cabe la menor duda que refleja el fenómeno con carácter general.

La tendencia al aumento de la criminalidad juvenil, que se desprende de los cuadros policiales, se confirma en las estadísticas penitenciarias.

JOVENES INGRESADOS EN PRISION DE 16 A 20 AÑOS

AÑO	Hombres	Mujeres	Total
1974	8.464	575	9.039
1975	9.319	637	10.156
1976	8.865	638	9.503
1977	9.927	584	10.511
1978	12.662	718	13.380
1979	16.387	888	17.275
1980	19.295	1.097	20.392
1981	18.832	1.098	19.930
1982	16.268	1.005	17.273 (18)

Se recogen en este cuadro el total de jóvenes ingresados de edades comprendidas entre dieciséis y veinte años, ambos inclusive, durante todo el año. Hay que tener en cuenta que algunos en el mismo año quedan en libertad, por ser la condena relativamente corta. Aparte de su notable participación en los robos con violencia o intimidación en las personas, también los jóvenes tienen una notable intervención en los robos con fuerza en las cosas, en donde aprovechan el vigor físico propio de la edad (19). Al

(18) Los ingresados de veintiún a veinticinco años fueron: 1974 (8.590), 1975 (9.386), 1976 (8.256), 1977 (8.989), 1978 (10.464), 1979 (12.954), 1980 (15.220), 1981 (16.117) y 1982 (15.909); en el resto de las edades la participación es mucho menor para los de veintiséis a treinta años: pasan de 6.901 en 1974 a 10.960 en 1982; los de treinta y uno a cuarenta de 7.191 a 7.710; los de cuarenta y uno a sesenta de 5.466 a 4.535, y los de más de sesenta años de 545 a 343.

(19) En la edad juvenil el uso de la violencia es más frecuente que entre los adultos. Véase SERRANO GÓMEZ, *Tipología del delincuente español*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1970, págs. 49 y ss.

utilizar con más frecuencia armas de fuego o blancas, nuestra juventud delincuente se está convirtiendo cada vez más agresiva y peligrosa (20).

III

DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

Si su evolución en la zona rural no tienen mucho valor, pues tras un ligero aumento terminan en 1982 por situarse en cifras inferiores a las de 1973, sin embargo, en la zona urbana hay un aumento muy importante en los años 1978 y 1979, aunque también en 1982 descienden a cifras similares a las de 1973.

DELITOS CONTRA LAS PERSONAS CONOCIDOS POR LA POLICIA (Zona urbana)

	1973	1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982
Parricidio ...	30	24	37	37	33	45	47	55	86	76
Asesinato ...	24	18	25	24	42	50	52	112	111	90
Homicidio ...	62	75	77	94	103	156	218	261	270	433
Infanticidio...	10	5	11	11	7	14	11	10	8	14
Aborto	120	114	49	101	67	49	62	51	37	40
Lesiones	6.819	7.544	7.973	8.765	11.353	13.387	14.841	10.784	8.966	6.659
<i>Total</i>	<i>7.065</i>	<i>7.780</i>	<i>8.172</i>	<i>9.032</i>	<i>11.605</i>	<i>13.701</i>	<i>15.230</i>	<i>11.316</i>	<i>9.514</i>	<i>7.106</i>

Del cuadro anterior se desprende una evolución notable de las lesiones, que tras un incremento importante desde 1979, se inicia un descenso a partir del año siguiente, volviendo a las cifras de 1973 en el último año. Mientras el infanticidio, con cifras de escaso valor, se mantiene, descienden considerablemente el número de abortos, casi a la cuarta parte, pese a ser un delito muy frecuente, la cifra de los desconocidos es muy grande; de los 37 casos conocidos en el último de los años cabe pensar que sólo se descubrió en la zona urbana un aborto de cada diez mil cometidos. Parece ser que hay una mayor tolerancia a este respecto en muchos sectores de la población respecto de años anteriores.

El incremento de los delitos más graves, como el parricidio y asesinato, aun siendo importantes apenas si tienen valor, pues también se juega con cifras realmente bajas, y lo mismo puede decirse de los homicidios. Los asesinatos se estabilizan en los dos últimos años, mientras que los parricidios descienden en 1982. Es-

(20) En el año 1982 los menores de dieciséis años cometieron veintiún homicidios; los de dieciséis y diecisiete, 22. Véase BARBERO SANTOS y otros, *La violencia en la sociedad actual*, Madrid, 1982.

tos bajos índices de criminalidad en asesinatos y parricidios, dos delitos que llevaban consigo la pena de muerte, antes de su abolición en 1978, siguen demostrando que la erradicación de dicha pena no ha tenido ningún efecto criminológico (21). La evolución de los delitos contra las personas en la zona rural durante los últimos tres años tampoco es significativa, apreciándose una línea descendente (22).

IV

TERRORISMO

El tema del terrorismo en España no se incia con el cambio político, aunque se agrave, pues ya existía. Los factores originarios del mismo se han ido enrareciendo y caben destacar los de índole regionalista, políticos, internacionales y los profesionales. Estas razones ponen de manifiesto las dificultades que existen para combatirla.

El número de muertes ocasionadas por el terrorismo fue de 18 en el año 1975; en 1976, 22; en 1977, 31, elevándose en el año 1978 a 115, en 1979 pasaron a ser 131, en 1980 fueron 121, descendiendo en los años siguientes a 58 en 1981 y 49 para el año 1982; el número de heridos en los tres últimos años fue de 279 en 1980, 105 en 1981 y 49 en el año 1982 (23). Los detenidos por actividades terroristas fueron 1.377 en el año 1980, 1.116 en 1981 y 998 en el año 1982. Estas cifras son generales para todo el país. Para obte-

(21) Véase SERRANO GÓMEZ, *Consideraciones criminológicas sobre los efectos de la abolición de la pena de muerte en España*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1982, págs. 609 y ss.

(22) En la zona rural se conocieron, respectivamente, durante los años 1980, 1981 y 1982 los siguientes delitos: parricidios (23, 42, 31), asesinatos (110, 70, 71), homicidios (97, 110, 84), infanticidios (5, 14, 6), abortos (10, 17, 11), lesiones (2.419, 2.411, 2.136). No siempre se pueden dar completos datos de la zona urbana, pues la normalización de las estadísticas de Policía y Guardia civil no se produce hasta el año 1980, a partir del cual se centralizan y se hacen resúmenes conjuntos en el Ministerio del Interior.

(23) También para 1980 se da 147 como número de muertes. A partir de 1974, y hasta 1978, ambos inclusive, las víctimas fueron: Cuerpo Superior de Policía: 6 inspectores y 4 subinspectores; Guardia civil: 1 teniente, 1 subteniente, 1 brigada, 2 sargentos, 2 cabos y 40 guardias; Policía Nacional: 1 comandante, 1 capitán, 1 sargento y 26 policías; Policía municipal: 1 jefe, 7 guardias y 2 guardas jurados; Militares: 1 general de brigada, 1 teniente coronel y 1 capitán de corbeta; Autoridades civiles: Presidente del Gobierno, 1 Director general, 1 Magistrado del Tribunal Supremo, 2 Presidentes de Diputación, 1 cónsul extranjero, 2 alcaldes, 1 concejal y 1 juez de paz; Profesiones civiles: 4 abogados, 1 periodista, 1 bibliotecario, 8 empresarios, 25 empleados, 9 taxistas, 17 obreros de distintas ramas y 5 personas sin profesión (3 amas de casa y 2 pensionistas) (Memoria Fiscalía T. S., 1979, p. 68).

ner dinero el terrorismo ha cometido diversos secuestros de personas, que en la mayoría de los casos se ha obtenido un rescate (24).

V

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Como se desprende de los cuadros generales, los delitos contra la propiedad son los más frecuentes, pues vienen a representar una media del 85 por 100 del total en la zona urbana, teniendo su índice más alto en el año 1979, con el 88,62; en la zona rural el porcentaje es menor.

En los diez últimos años en la zona urbana aumentaron en un 353 por 100 y su límite más alto en 1979, con el 364 por 100, descendiendo en 1980, para volver a subir ligeramente en los dos años siguientes; en la zona rural el incremento fue del 258 por 100, y el límite más alto en 1981 con el 267 por 100 (25). El número de delitos contra la propiedad viene siendo en los últimos años unas cinco veces menor en la zona rural con respecto a la urbana.

Sin embargo, lo más preocupante es que las formas de mayor gravedad aumentan en proporciones mucho más elevadas. La evolución de los robos con violencia o intimidación en las personas se desarrolló de la forma siguiente: en la zona urbana en 1973 se registraron 1.432 casos, en 1974 (1.373), 1975 (2.201), 1976 (3.461), 1977 (6.813), 1978 (10.860), 1979 (20.339), 1980 (22.088), 1981 (21.344) y 1982 (19.608); en la zona rural, 1980 (2.632), 1981 (1.879) y 1982 (1.747). El tema ofrece especial gravedad en la zona urbana, multiplicándose por quince el número de casos entre 1973 y 1981 y por diez entre 1975 y 1981. Ante el incremento vertiginoso en 1979 que culmina en 1980, hay un descenso en los dos años siguientes, siendo significativo en 1982. También en la zona rural se aprecia un descenso de los dos últimos años.

Estos delitos se llevan a cabo en la zona urbana especialmente en establecimientos comerciales, descampados o lugares solitarios, farmacias, domicilios particulares, personas en la vía pública, etc., mientras que las preferencias de los autores en la zona rural son

(24) Desde 1970 se han cometido 49 secuestros. Cinco de los secuestrados fueron asesinados y ocho heridos. Fueron puestos en libertad, tras pagar el rescate, 34, en algún caso fueron puestos en libertad por las Fuerzas de Seguridad; en estos momentos todavía se desconoce la situación del último secuestrado. El problema comienza a agravarse en el año 1976, pues hasta entonces solamente se habían cometido tres secuestros en los años 1970, 1972 y 1973.

(25) Los datos que se recogen en los cuadros generales hacen referencia a delitos, no incluyéndose las infracciones de menor gravedad constitutivos de faltas, que en la zona urbana fueron: en 1980 (66.099), 1981 (83.284) y 1982 (95.725) y en la zona rural: 1980 (9.970), 1981 (12.416) y 1982 (12.740).

los establecimientos comerciales, gasolineras, descampados y lugares solitarios, domicilios, etc. (26).

El delincuente ha evolucionado y busca conseguir los mejores resultados en sus delitos, por lo que las entidades bancarias han sido el blanco de sus operaciones. Aquí se pueden conseguir grandes cantidades de dinero, viniendo a ser la media del botín conseguido en cada atraco de un millón de pesetas (27). Se obtiene dinero de forma directa, del que se puede disponer inmediatamente, no es lo mismo que el robo en una joyería donde después hay que buscar al receptor que compre los efectos del delito, se tarda más tiempo en conseguir la conversión en dinero, hay más intermediarios, por lo que el riesgo de la detención es mayor; por otra parte, es muy inferior lo que paga el receptor del valor real del objeto, cantidades que varían según la experiencia criminal de los autores, pudiendo incluso no superar el 10 por 100 del valor de la joya para su venta en joyería. A veces se hace cambio de las joyas por otra cosa, siendo frecuente el trueque por estupefacientes.

El número de robos con violencia o intimidación en las personas cometidos en bancos, cajas de ahorro y similares, incluyendo tanto la zona rural como la urbana, evolucionó de la forma siguiente: En 1973 se produjeron 95 casos, 1974 (100), 1975 (76), 1976 (111), 1977 (242), 1978 (535), 1979 (1.478), 1980 (2.345), 1981 (2.433) y 1982 (2.325).

Como casi en todos los delitos, se observa un aumento muy importante en el año 1979, que se inicia en 1978, aunque para otros delitos veíamos que también el año 1976 era significativo en relación con los anteriores. El aumento en los diez años que se consideran es nada menos que de veintitrés veces más, y si se comparan las cifras de 1982 con las de 1975, que es otro año de referencia, el incremento es de treinta veces; sólo entre 1979 y 1973 el incremento fue de diecinueve veces. No obstante, se aprecia una estabilidad en los últimos tres años, con un ligero descenso en el último.

(26) En 1982 los robos con violencia o intimidación en las personas se cometieron en la zona urbana: Establecimientos comerciales 3.820 casos, descampados o lugares solitarios (1.830), bancos, cajas de ahorros y similares (1.757), otros establecimientos (1.219), farmacias (843), domicilios (737), gasolineras (440), taxistas (326), pagadores y repartidores (294), loterías, quinielas y estancos (211), joyerías (186), transportadores de fondos y valores (77), garajes (69), casas de campo y chalets (31), agentes de la autoridad, serenos y otros (21), armerías (12), centros productores de energía (5), otros (9.509).

En la zona rural fueron: Bancos, cajas de ahorro y similares (568), descampados y lugares solitarios (268), establecimientos comerciales (228), gasolineras (216), domicilios (155), casas de campo y chalets (112), otros establecimientos (102), farmacias (66), taxistas (53), joyerías (38), transportadores de fondos y valores (35), loterías, quinielas y estancos (23), pagadores y repartidores (21), garajes (14), centros productores de energía (5), armerías (4), agentes de la autoridad, serenos y guardas (3), otros (268).

(27) Véase SERRANO GÓMEZ, *Problemas de seguridad en entidades bancarias*, Madrid, 1979, págs. 154 y ss.

La mayor peligrosidad de los autores en este tipo de delitos se basa en que cada vez con más frecuencia se están utilizando armas de fuego o de otros tipos para intimidar e incluso se hacen uso de ellas, ocasionando muertes o lesiones. En el año 1982 de los 1.757 atracos a bancos que tuvieron lugar en la zona urbana, sólo 40 autores no iban armados, aunque sí lo estaban otros de los componentes del grupo; en la zona rural en los 568 atracos todos los autores iban armados, a excepción de dos (28).

También se utilizaron armas en el resto de los robos con violencia o intimidación en las personas tanto en la zona rural como en la urbana (29). Hubo aquí siete autores muertos y 31 de las víctimas, mientras que los heridos se elevaron a 93 entre los autores y 1.784 entre las víctimas; en zona rural hubo un autor muerto y una víctima, mientras que los lesionados fueron todo víctimas, con un total de 144.

De lo expuesto se deduce que la mayor peligrosidad del delincuente en la zona urbana, así como una mayor participación en este tipo de infracciones, pues ya se apuntó que aproximadamente la población nacional a efectos de criminalidad se distribuye en dos mitades muy aproximadas de zona urbana y rural, controlada cada una por policía y Guardia civil respectivamente, aunque haya pequeñas interferencias especialmente por los últimos en la zona urbana. Si en los atracos a bancos la relación entre zona urbana y rural para 1982 fue de 1.757 y 568 casos respectivamente, en el resto de las infracciones con violencia o intimidación en las personas la diferencia es mayor: en 1980 la relación fue de 22.088 en la zona urbana frente a 2.632 en la rural, en 1981 fue de 21.344 y 1.879 y en 1982 de 19.608 a 1.747. La menor diferencia en los atracos a bancos obedece a que la casi totalidad de los que se cometen en zona rural es por autores que residen en la zona urbana que se desplazan a esos lugares (29 bis).

(28) En zona rural se detectaron: 180 armas de fuego largas y 401 cortas, 52 con arma blanca y 6 con otros medios peligrosos; en la zona urbana: 274 armas de fuego largas, 1.520 cortas, 113 blancas y 21 de otros medios peligrosos. Hubo ocho muertos, cuatro autores y cuatro víctimas en la zona urbana y dos víctimas en la rural; 15 autores resultaron heridos en la zona urbana y entre las víctimas y 14 autores, en la rural sólo dos heridos víctimas.

(29) Las armas que portaban los autores y que fueron detectadas por las víctimas o testigos de los hechos fueron para 1982, en la zona rural: de fuego largas (241), cortas (449), blancas (630), otros medios peligrosos (243), sin armas (299); en la zona urbana: largas (658), cortas (4.757), blancas (10.816), otros medios peligrosos (1.116), sin armas (4.366).

(29 bis) Este trabajo se ha realizado teniendo en cuenta preferentemente las estadísticas policiales y las de la Guardia civil, así como las de Instituciones penitenciarias, ya que son las únicas que ofrecen datos de actualidad. También se hace alguna referencia a los datos de la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo. Sin embargo, no se tienen en cuenta las estadísticas judiciales, ya que las últimas son del año 1978, y de las que nos hemos ocupado en el trabajo citado en la nota (1). Por la necesidad de tener que estar terminado este trabajo en el mes de mayo, puede que exista algún error, aunque en ningún caso tendrá importancia a efectos de conjunto, ya que en alguna ocasión se nos han facilitado datos provisionales.

VI

ESTUPEFACIENTES

Los datos que a continuación se recogen tienen valor a nivel nacional, pues comprende tanto la zona urbana como la rural.

DETENIDOS POR TENENCIA Y TRAFICO ILEGAL

	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982
Españoles	2.005	2.460	4.324	7.692	7.731	7.987	9.150	7.883
Extranjeros	934	894	1.095	1.166	1.310	1.179	1.432	1.391
<i>Total</i>	2.939	3.354	5.419	8.858	9.041	9.166	10.582	9.274

Del cuadro anterior se desprende la gravedad de este problema, pues entre 1975 y 1979 se triplica el número de autores detenidos, siendo 1978 el año de mayor incremento. La misma situación se refleja en las cantidades decomisadas.

SUSTANCIAS DECOMISADAS (30)

Kilos	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982
Grifa	230	371	135	609	147	316	3.345
Hachís	4.311	10.066	6.525	18.984	10.919	19.716	18.192
Aceite hachís ..	162	61	35	70	89	170	75,5
Cocaína	6,7	22,6	14,9	44,6	58,2	47	113,6
Heroína	0,15	7,4	7,2	12	6,1	34	67,5
LSD (dosis) ..	1.616	2.367	4.332	10.124	14.868	24.472	30.538

Cabe destacar del cuadro no sólo el incremento general, sino el de las sustancias más peligrosas como la cocaína y heroína, ya que los adictos a éstas participan cada vez con más frecuencia en la comisión de delitos graves, pues no hay que olvidar que algunos de ellos necesitan unas cincuenta mil pesetas diarias, o incluso

(30) Entre las sustancias decomisadas cabe destacar también 4.542 plantas de cannabis, diversos opiáceos, anfetaminas, barbitúricos, sedantes, estimulantes, etc.

más, para conseguir las dosis que necesitan, por lo que han de recurrir al delito o a la venta ilícita. Ante la necesidad imperiosa de obtener la dosis que cualquier drogadicto necesita ha de buscar la forma inmediata de conseguirla, y de no tener un procedimiento lícito lo hará a través del delito, siendo una de las formas de mayor rapidez los robos con violencia o intimidación en las personas, cuyo aumento ha sido realmente alarmante. Cuando se pretende conseguir dinero para períodos más largos se recurre a otro tipo de delito más rentable, que necesitan su preparación, y, salvo excepciones, actuar en grupo o banda organizada; esta es también una de las razones por las que el aumento en los robos con violencia o intimidación en los bancos ha sido muy alto.

Puede calcularse que alrededor del 80 por 100 de los atracos cometidos en entidades bancarias están relacionados con adictos a los estupefacientes o sustancias psicotrópicas. También se cometen otros delitos contra la propiedad, como robos o hurtos. Están apareciendo en el mundo del delito jóvenes que nunca hubieran seguido este camino si no fuera por los estupefacientes.

También los robos con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas se han incrementado considerablemente en las farmacias, especialmente para conseguir estupefacientes u otras sustancias análogas. La evolución de estos robos ha sido: En 1976 se cometieron 60, en 1977 (529), 1978 (828), 1979 (1900), 1980 (1.495), 1981 (1.127). En 1980 hubo treinta muertes por sobredosis y se sustrajeron y falsificaron 10.895 recetas médicas para conseguir estupefacientes (31). En 1982 el número de recetas sustraídas y falsificadas se elevó a 14.927, mientras que las muertes por sobredosis fueron 48 (32).

La disminución que se observa de atracos en farmacias obedece a que muchas de ellas han establecido medidas de seguridad, mientras que la mayoría han eliminado la venta de una serie de productos que eran los que buscaban los delincuentes (33).

(31) Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, 1981, págs. 80-81.

(32) Hubo otros fallecimientos: 11 por ajuste de cuentas entre drogadictos o traficantes; 10 suicidios; 2 por ingestión mezclada de drogas y alcohol, y 8 por causas desconocidas. Tres eran menores de dieciocho años; 35 estaban comprendidos entre los dieciocho y veinticinco; 17 entre los veintiséis y treinta; 10 entre los treinta y uno y cuarenta; cinco tenían más de cuarenta años, y se desconocía la edad de nueve.

En los cinco primeros meses de 1983, el número de drogadictos que habían fallecido en Italia por sobredosis de heroína se elevaba a 140, con un incremento del 20 por 100 con relación al mismo período del año anterior.

(33) Fueron robos con fuerza en las cosas: 1976 (60), 1977 (510), 1978 (570), 1979 (719), 1980 (523), 1981 (411) y 1982 (304); con violencia o intimidación en las personas, 1976 (0), 1977 (19), 1978 (258), 1979 (1.181), 1980 (972), 1981 (716) y 1982 (531). Se aprecia una mayor agresividad de los autores con el paso del tiempo, teniendo su cota más alta en 1979.

VII

LAS PRISIONES

Los problemas penitenciarios ni son de ahora ni eminentemente españoles (34). En el año 1972 comienza el movimiento carcelario en España, con un motín en Tarragona, que posteriormente irían extendiéndose a otras prisiones. El final de la dictadura agravaría la situación, pues también los reclusos pedían mejores condiciones en los establecimientos, más derechos y más garantías. La virulencia alcanza sus cotas más altas en el año 1978, tras la multiplicación de los motines y el asesinato del Director General de Instituciones Penitenciarias; la reforma era inaplazable (35). Como después se verá, la situación se agrava en los últimos años al aumentar el número de internos, pues a la deficiencia de los edificios hay que añadir la masificación, problema que en los momentos actuales es insostenible, pues la falta de previsión en la construcción de edificios suficientes ha provocado un caos general (36).

No estuvieron muy de acuerdo los internos con la forma en que se aplicó el derecho de gracia. Era difícil de entender para muchos que mientras solamente se beneficiaban parcialmente por los indultos generales de 1975 y 1977, la mayoría por la comisión de algún delito contra la propiedad, las amnistías de 1976 y 1977 ponían en libertad a quienes habían asesinado a defensores del orden público u otras personas.

Se hicieron muchas promesas —ante la imposibilidad de otorgar indultos generales, por no permitirlo el artículo 62, i) de la Constitución de 1978—, de reformar el Código penal, para que buena parte de los reclusos quedaran en libertad o se les rebajase la pena. Esta reforma posiblemente llegará el próximo mes de junio, pese a que en enero del año 1980 se publicaba el proyecto de nuevo Código penal en el «Boletín de las Cortes». Este proyecto, que ha sido olvidado, tuvo especialmente la finalidad política de apaciguamiento de las prisiones, que sólo conseguiría en parte.

(34) Véanse trabajos publicados en «Historia 16», extra VII, octubre, 1978: ESCUDERO, J. A., *Cinco siglos de cárceles*, págs. 5 y ss.; GACTO FERNÁNDEZ, E., *La vida en las cárceles españolas en la época de los Austrias*, págs. 11 y ss.; ALEJANDRE, A., *La función penitenciaria de las galeras*, págs. 47 y ss.; TELLECHEA IDÍGORAS, J. I., *Las cárceles inquisitoriales*, págs. 55 y ss. TOMÁS Y VALLENTE, F., *Las cárceles y el sistema penitenciario bajo los Borbones*, págs. 69 y ss.; FIESTAS LOZA, A., *Las cárceles de mujeres*, págs. 89 y ss.; VICTORIA KENT, *Las reformas del sistema penitenciario durante la II República*, págs. 101 y ss.; BUENO ARÚS, F., *Las prisiones españolas desde la Guerra Civil hasta nuestros días*, págs. 113 y ss.; BONET CORREA, A., *Arquitectura carcelaria en España*, págs. 139 y ss.

(35) Véase BUENO ARÚS, op. cit., págs. 126 y ss.

(36) La situación comienza a paliarse, en parte, por la reforma de los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regula la prisión provisional (Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril).

La propia Fiscalía del Tribunal Supremo hizo crítica de la situación durante un año (37), no volviéndose a ocupar del tema posteriormente, pese a que la gravedad subsistía y se mantiene en los momentos actuales.

Hubo un momento en que la situación fue tan grave que se hizo necesario que las fuerzas de orden público entraran en el interior de los establecimientos, contribuyendo con los funcionarios al mantenimiento del orden. Tampoco fue mucha la protección oficial que recibieron los funcionarios de instituciones penitenciarias, quienes eran objeto de todo tipo de vejaciones por parte de los internos; llegaron a tener miedo e incluso a temer por su propia integridad física (38), situación que todavía subsiste en algunos centros penitenciarios.

La Ley de Reforma Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979, en algunos aspectos mejora las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, como sucede en materia de tratamiento, asistencia postpenitenciaria, disposiciones relativas a los funcionarios, permisos, comunicaciones, etc., sin embargo, se trata de una ley muy cara —lo cual no es malo, pero los presupuestos nunca son suficientes— y de difícil aplicación en todo su contenido (39), por lo que en algunos puntos no podrá ser aplicada por lo menos en el presente siglo (40).

(37) Recogía la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1978: «El proceso de deterioro se inició años atrás y ha llegado a tal grado que los medios normales de corrección no parece que puedan ser suficientes para atajar el mal... En el año 1977 se produjeron más de cincuenta motines, nueve con grandes destrozos e incendios» (pág. 108). «Además se registraron once plantones, hubo un centenar de huelgas de hambre individuales, así como medio centenar de tipo colectivo. Más de cien internos se causaron lesiones a sí mismos, unos por su propia voluntad y otros coaccionados, produciéndose cortes o ingiriendo los más diversos objetos. En lo que va transcurrido del año 1978, hasta el momento en que redactamos este informe, ha seguido progresando el desorden. El plante, el motín, los destrozos, rebeldías y autolecciones se han hecho crónicos» (pág. 109).

(38) En la citada Memoria de la F. T. S. también se recogía: «muchos guardianes están desmoralizados y desconcertados. En algunas prisiones parece que no hay más autoridad que la de los presos y en ellas se impone la ley del más fuerte. En muchos casos sólo se domina la situación mediante la entrada de las brigadas antidisturbios y mientras permanecen en el interior del recinto» (pág. 109).

«Las evasiones son frecuentes y en circunstancias inverosímiles... En algunos establecimientos existen bandas que imponen su tiranía a los demás presos y les someten a abusos, vejaciones y malos tratos que no denuncian por temor a la represalia» (pág. 110).

En estas situaciones, en algunos casos estaría justificada la evasión, al amparo de la eximente de estado de necesidad.

(39) Véase SERRANO GÓMEZ, *Comentario a la Ley General Penitenciaria*, en «Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad a Distancia», número 5, 1979.

(40) Véase SERRANO GÓMEZ, *El trabajo penitenciario en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, en las del Consejo de Europa y en el Reglamento penitenciario español de 1981*, en «Actividad Laboral Penitenciaria», Boletín Información núm. 4, 1981.

Evolución de la población penitenciaria
(31 de diciembre)

AÑOS	Hombres	Mujeres	Total
1973	13.573	684	14.257
1974	14.099	665	14.764
1975	8.090	350	8.440
1976	9.576	361	9.937
1977	9.937	355	9.392
1978	10.101	362	10.463
1979	13.194	433	13.627
1980	17.669	584	18.258
1981	20.482	703	21.185
1982	21.233	709	21.942 (41)

Del cuadro anterior se desprende un considerable aumento de la población penitenciaria en los últimos tres años, lo que ha provocado un hacinamiento en los establecimientos penitenciarios, que es necesario resolver con urgencia. Si no da tiempo a habilitar edificios será necesario aplicar con la máxima urgencia la reciente reforma sobre prisión provisional de la Ley de Enjuiciamiento criminal, y los beneficios que se deriven de la inminente reforma parcial del Código penal.

Reclusos ingresados

AÑOS	Hombres	Mujeres	Total
1974	34.246	3.492	37.738
1975	35.369	3.692	39.061
1976	32.679	2.808	35.487
1977	33.394	2.596	35.990
1978	38.467	2.662	41.229
1979	45.276	3.143	48.419
1980	54.168	3.692	57.860
1981	55.711	4.106	59.817
1982	52.772	3.958	56.730

(41) Se recuerda que en los años 1975 y 1977 hubo indulto general. En estas cifras se incluyen internos españoles y extranjeros para todos los años. Teniendo en cuenta, por ejemplo, que la población reclusa extranjera era el 31 de diciembre de 1982 de 2.324, los españoles serían 19.618.

En las estadísticas penitenciarias no se hace referencia al Informe General de 1982 porque se encuentra en imprenta, que es de donde se toman todos los datos que se reflejan en este trabajo.

Las cifras que se recogen en el cuadro anterior hacen referencia al número total de personas que durante cada uno de los años que se especifican ingresaron en prisión (42). Hay que tener en cuenta que por aplicación de lo dispuesto en los artículos 92 y siguientes del Código penal —remisión condicional— bastantes de las personas condenadas por los tribunales a penas privativas de libertad que no excedan de un año, y excepcionalmente no superiores a dos, no ingresan en prisión. Estas cifras son más altas que las recogidas para el último día de cada año, que corresponden al número de internos que había en ese momento, pues quienes van cumpliendo su condena quedan en libertad, siendo frecuentes las condenas inferiores al año (43).

VIII

MEDIDAS DE SEGURIDAD

Aunque son necesarias las medidas de seguridad, sin embargo, la tipología de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970 no es muy afortunada, ya que mezcla medidas predelictuales con otras postdelictuales, hay duplicidad de figuras con el Código penal, no se ha dado un trato adecuado a los peligrosos, se les ha mezclado en la mayoría de los casos con los delincuentes comunes, etc. En fin, se trata de una Ley que ya debía estar derogada (44), por lo que es satisfactorio observar cómo cada vez es menor el número de internos en las instituciones penitenciarias españolas por aplicación de esa Ley, pues si en el año 1973 eran 1.095, pasan a sólo 115 en el año 1982 (45).

(42) Véase GARRIDO GUZMÁN, op. cit., págs. 167 y ss.

(43) De los 11.378 internos existentes en las prisiones españolas sobre los que había recaído sentencia, ésta era. 1.279 con arresto (pena hasta seis meses); 6.063 presidio o prisión menor (entre seis meses y un día y seis años); presidio o prisión mayor (entre seis años y un día y doce años); 840 reclusión menor (entre doce años y un día y veinte años); 304 reclusión mayor (entre veinte años y un día a treinta años); 129 condenas suspendidas y 17 conmutados de pena capital.

(44) Véase SERRANO GÓMEZ, *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1974, págs. 221 y ss.; *Reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», enero-diciembre 1974, págs. 163 y ss.

(45) Su evolución ha sido: 1973 (1.095), 1974 (982), 1975 (836), 1976 (763), 1977 (459), 1978 (392), 1979 (179), 1980 (136), 1981 (136) y 1982 (115). Estas cifras están referidas al 31 de diciembre de cada año.

IX

PRISION PROVISIONAL

La Ley de 22 de abril de 1980 que modificó los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, agravó la situación en materia de prisión provisional, por lo que ha sido necesario una nueva reforma de esos artículos, por Ley de 23 de abril de 1983, estableciéndose en el párrafo tercero del artículo 504 que dicha prisión tendrá una duración máxima de seis meses para delitos con pena de hasta seis años, y de dieciocho meses en los demás casos. Excepcionalmente se podrá elevar hasta treinta meses, o la mitad de la condena cuando la sentencia sea recurrida. Sin duda que contra esta nueva medida se levantarán voces diciendo que la puesta en libertad de un importante número de internos llevarán a un incremento de la delincuencia.

La medida es correcta y plausible. Los efectos de esas libertades no serán tan importantes como se pueda pensar, ya que el afecto será menor al que se expondrá al tratar del derecho de gracia. Caben, por otra parte, otros argumentos:

1.º La puesta en libertad de ciertos preventivos, todavía no condenados, no hace más que traer ahora un pequeño problema de aumento de la criminalidad, aplazando una seguridad posterior, pues si están unos meses en la calle hasta ser condenados, después prorrogarán su estancia en la prisión, por lo que la prevención que se pierde ahora se gana más tarde.

2.º Del retraso de la administración de justicia no tienen la culpa los jueces ni su personal colaborador, sino quienes no supieron en su momento prever el aumento de criminalidad, ampliando plantillas. A este respecto queremos señalar, que la relación entre número de jueces, causas y causas por juez, ha evolucionado de la forma siguiente: año 1838 (481 - 30.000 - 62,4), 1900 (495 - 83.582 - 168,9), 1920 (529 - 84.706 - 160), 1959 (929 - 106.532 - 114), 1970 (1.083 - 296.670 - 273,9), 1980 (1.103 - 738.016 - 669). En los últimos diez años se ha triplicado el trabajo de los jueces y Tribunales (46).

3.º El prolongar de forma indebida la prisión provisional puede llevar a situaciones irreparables, como puede ser, aunque resulte excepcional, que un tribunal se vea en el dilema de tener que imponer una pena mayor a la que realmente correspondería, para paliar el exceso de prisión preventiva, o imponer pena inferior al tiempo que se estuvo privado de libertad, que sería lo correcto.

(46) LAGUÍA ARRAZOLA, A., *Diagramas procesales de la justicia penal*, Centro Regional para la Enseñanza de la Informática, Madrid, 1982, pág. 140.

4.º En todo caso el criterio de justicia debe estar por encima de cualquier tipo de interés (47).

Hemos estado tradicionalmente con un número de preventivos superiores al de los países europeos más avanzados. En 1975 la relación entre sentenciados y preventivos era en Francia del 63 y 37 respectivamente, en 1976 en Inglaterra era del 80 y 20 en Bélgica del 70 y 30 y en España de 45 y 55 (48) (49).

En el mismo sentido favorable hay que aceptar la reforma parcial del Código penal, en cuanto suaviza la reincidencia y rebaja, en general, las penas en los delitos contra la propiedad, que resultaban realmente severas en el sistema anterior, y así había venido siendo reconocido por la doctrina y por los propios jueces, aunque necesariamente éstos tenían que respetar el texto legal.

Evolución de la población penitenciaria

(31 de diciembre)

AÑOS	Condenados			Preventivos
	Hombres	Mujeres	Total	
1973	7.548	334	7.882	6.375
1974	8.134	349	8.483	6.281
1975	3.608	124	3.732	4.708
1976	4.005	112	4.117	5.820
1977	3.644	96	3.740	5.652
1978	3.971	93	4.064	6.399
1979	5.224	112	5.336	8.291
1980	7.271	187	7.458	10.800
1981	9.831	239	10.070	11.115
1982	11.378	283	11.661	10.281 (50)

(47) Véase RODRÍGUEZ RAMOS, L., *La prisión preventiva y los derechos humanos*, en «Anuario de Derechos Humanos» 2, Madrid, 1983, págs. 475.

(48) Véase LÓPEZ-REY y ARROJO, M., *Consideración actual del tratamiento del delincuente*, en «Jornadas Internacionales de Ciencias Penales y Criminológicas», Caracas, 1982, pág. 616.

(49) En un trabajo no publicado, realizado por Tabera Benito sobre 459 internos en alguna prisión española, en el año 1976 habían estado en prisión preventiva 154.945 días, siendo la media de 338 días.

(50) Obtenemos estas cifras restando de los reclusos totales el número de los condenados, que nos dan la cifra de preventivos, aunque son ligeramente inferiores por la existencia de un pequeño número de detenidos, condenados por faltas, sometidos a medidas de seguridad y extranjeros pendientes de expulsión, se mantienen por no incidir en la proporción general entre condenados y preventivos.

Del cuadro anterior se desprende que desde 1975, y con la única excepción del año 1982, el número de preventivos internos en prisiones españolas ha sido superior al de condenados, esta situación hay que resolverla, y a esto va a contribuir la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1983 ya referida (51). El interno en una prisión, que espera ser condenado para hacer sus planes futuros en base a la condena que le fue impuesta, sufre con frecuencia serias crisis psíquicas (52).

X

CRIMINALIDAD DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Este tema viene teniendo especial interés en España desde hace tiempo, no sólo por ser un país eminentemente turístico, sino por los extranjeros que aquí residen (53).

Población reclusa extranjera

(31 diciembre)

A Ñ O S	Hombres	Mujeres	Total
1973	1.089	68	1.157
1974	1.224	101	1.325
1975	931	51	982
1976	1.130	62	1.192
1977	1.210	112	1.322
1978	1.307	72	1.379
1979	1.759	107	1.866
1980	2.134	131	2.265
1981	2.194	142	2.336
1982	2.198	126	2.324 (54)

Del cuadro anterior se desprende cómo se duplica la población penitenciaria extranjera reclusa en prisiones españolas. La disminución del año 1975 obedece al indulto general que hubo ese

(51) Véase *Memoria del Consejo General del Poder Judicial*, 1982, páginas 87 y ss.

(52) SERRANO GÓMEZ, *Prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Madrid, 1976, pág. 125.

(53) Véase SERRANO GÓMEZ, *Criminalidad y movimientos migratorios*, en «Revista Española de la Opinión Pública», núm. 17, 1969.

(54) De éstos estaban pendientes de expulsión del territorio nacional 109 hombres y tres mujeres.

año, situación que no se aprecia en el de 1977, ya que el incremento importante se inicia a partir de 1979.

La democratización del régimen español ha llevado consigo que pudieran entrar en España extranjeros que no les hubiera estado permitido en la dictadura, por sus antecedentes penales. Otros, por el contrario, huyendo de la dictadura de sus países, especialmente sudamericanos, también han sido aquí bien recibidos. lo que es muy loable. Sin embargo, junto con personas decentes se han camuflado verdaderos delincuentes profesionales, que han tenido su participación en la criminalidad española. En organizaciones criminales han cometido delitos realmente graves contra la propiedad, se han dedicado al tráfico de estupefacientes y a fomentar la iniciación en la heroína y cocaína, sustancias realmente graves; han creado amplias redes de trata de blancas, han montado grandes estafas, etc. En ocasiones han sido los maestros de algunos españoles poco expertos en el mundo del delito.

En el año 1982, por ejemplo, por cometer algún delito en la zona urbana, fueron detenidos 219 extranjeros por robos con violencia o intimidación en las personas; en los años 1973 a 1982 cometieron 105 homicidios en la zona urbana (55). Entre los detenidos en relación con materia de estupefacientes casi todos son por tráfico, ya que son profesionales de esta actividad delictiva (56).

De las estadísticas penitenciarias se deduce que los extranjeros que más delinquen en España son, por este orden, los marroquíes, alemanes, franceses, portugueses, italianos, colombianos, ingleses, argentinos, argelinos, etc. (57).

XI

DERECHO DE GRACIA Y CRIMINALIDAD

Ha sido tradicional pensar que los indultos generales provocan un notable aumento de la delincuencia. El razonamiento es lógico, ya que la puesta en libertad de buena parte de quienes se encuentran cumpliendo condena necesariamente ha de llevar a

(55) En 1982 la policía detuvo a 6.332 por supuestos delitos de: homicidio (34), lesiones (265), aborto (4), atracos (122), otros robos (768), hurtos (carte-ristas) (136), otros hurtos (411), estafas (300), otras infracciones contra la propiedad (506), infracciones contra la honestidad (371), estupefacientes (497), otros (2.918).

También fueron detenidos otros 441 por estar reclamados en España y 126 reclamados por Interpol.

(56) De los 1.179 detenidos en el año 1980, los fueron por traficantes 1.074; en 1981, de los 1.434 detenidos eran traficantes 1.344.

(57) El 31 de diciembre de 1982 había en las prisiones españolas los siguientes extranjeros: marroquíes (624), alemanes (258), franceses (196), portugueses (192), italianos (120), colombianos (119), ingleses (84), argentinos (64), chilenos (49), holandeses (45), argelinos (43), austriacos (39), peruanos (39), iraníes (37), belgas (35).

que algunos, o tal vez muchos, vuelvan a caer en el delito, pues necesariamente así ha de ser, ya que no encontrarán trabajo ni familia que les cobije, ni hay instituciones de ayuda al liberado que resuelvan sus problemas más inmediatos; si quieren subsistir han de volver al mundo del delito. El Estado ha sido siempre el primero en negarse a contratar sus servicios a quienes tenían antecedentes penales.

Los últimos indultos tuvieron lugar en los años 1975 y 1977 (58). El primero a finales de noviembre, y la población reclusa que el 31 de diciembre de 1974 era de 14.764 internos, pasaba un año más tarde a ser de 8.840 y a finales de 1976, a 9.937. Ya se apuntó, y así se refleja en los datos expuestos, que el año 1976 supuso un notable aumento de la criminalidad en relación con el anterior. Sin embargo, el incremento hay que buscarlo en otra serie de razones, motivadas por el cambio político —como ya se indicó— que en los efectos del indulto en sí; aunque tuvo su incidencia no fue tan grande como se puede suponer.

El indulto de 1977 tuvo lugar por Decreto de 14 de marzo, por lo que durante ese año el aumento de la delincuencia debió de ser mucho mayor de que realmente fue, ya que a los efectos de este indulto debía de añadirse parte del de 1976, pues se había concedido catorce meses antes. En la zona urbana el aumento de la delincuencia fue muy similar en los años 1976, 1977 y 1978; sin embargo, en 1979, pese a quedar muy alejado de la fecha de los indultos, el aumento fue el doble que para cada uno de los años anteriores. También en la zona rural el incremento de la delincuencia fue muy similar en los años 1976 a 1978. no obstante, en el año 1979 hay un ligero descenso en cuanto a delitos conocidos en relación con el anterior.

Con referencia a los procedimientos incoados por delitos en Juzgados de Instrucción y Audiencias provinciales, el aumento de los años 1976 con relación a 1975 es inferior a la que se produce entre 1977, 1978 y 1979; el incremento de la delincuencia en estos tres años es muy similar, por lo que no queda clara la influencia del indulto general de marzo de 1977.

Traemos aquí este tema porque en los momentos actuales, pese a no estar permitidos por la Constitución los indultos generales (59), se van a producir dos fenómenos con efectos similares, como son la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal

(58) Desde el año 1954 se han concedido en España los siguientes indultos generales: 25-XI-1954, 31-X-1958, 11-X-1961, 24-VI-1963, 1-IV-1964, 22-VII-1965, 23-IX-1971, 25-XI-1975 y 14-III-1977. Beneficiaron a todo tipo de condenados, fueran por delitos políticos o comunes.

Las amnistías concedidas desde la misma fecha fueron: 13-V-1955, 21-VII-1959, 30-VII-1976, 14-III-1977 y 15-X-1977. Cabe destacar que las de 1955 y 1959 fueron para delitos fiscales.

(59) La Constitución española de 1978 limita las facultades del Rey en el derecho de gracia, al disponer el art. 62, i) que éste «no podrá autorizar indultos generales».

sobre prisión preventiva y la Reforma Parcial del Código penal, que se aprobará definitivamente en breve. De esto se trató en el punto IX, simplemente queremos recordar que los efectos de los indultos generales sobre su incidencia en la criminalidad, aun siendo reales, no tienen tanto valor como se les suele conceder.

XII

EL COSTO DEL DELITO

Resulta muy complicado poder conocer cuál es el costo real del delito, pues la parte del presupuesto del Estado que se dedica a la administración de justicia en su más amplio sentido (Guardia civil, policía, jueces y personal de los juzgados, Instituciones penitenciarias, más otro personal auxiliar y colaborador), no se invierte todo en la prevención y lucha contra la criminalidad, ya que se cubren otros servicios como sucede con la función judicial en materia laboral, civil, contencioso-administrativa, etc., la policía, ya en zona rural o urbana, tiene servicios de protección, humanitarios, administrativos, de control, etc. A todo esto habría que añadir los perjuicios que ocasiona el delito, lo que dificulta todavía más la evaluación real de su costo.

A título de ejemplo cabe señalar que el costo medio de cada interno en una institución penitenciaria en el año 1980 fue de 287.000 pesetas, es decir, 786 pesetas diarias. Aquí se incluyen todo tipo de gastos como la comida, sueldos de los funcionarios, agua, luz, etc. Se exceptúan los gastos de personal de la vigilancia exterior. Sin embargo, las diferencias de mantenimiento varía notablemente entre unos y otros establecimientos; en general suelen ser más baratos los grandes, por reducirse los gastos generales y los de personal, aunque desde el punto de vista del régimen y tratamiento no son aconsejables.

Se situó el costo medio alrededor de las 150.000 pesetas por interno y año en las prisiones de Barcelona hombres, Alicante, Madrid jóvenes, El Dueso, Málaga y Madrid hombres; superaron esa cifra, pero no llegaron a las 250.000 pesetas, Alcalá hombres, Burgos, Córdoba, Granada, Jerez de la Frontera. La Coruña, Madrid hombres, Ocaña, Palma de Mallorca, Sevilla, Tarragona, Vigo y Zaragoza. Sin embargo sobrepasaron el doble de la media, es decir, estuvieron por encima de las 574.000 pesetas Barcelona mujeres, Madrid complejo femenino, Hospital penitenciario, Nancloares de la Oca, Segovia cumplimiento, Valencia mujeres y Zamora. Superaron el millón de pesetas de gasto medio por año e interno Avila (con una media anual de 12 internos), Herrera, régimen cerrado (con 112) y la Central de observación (con 35) (60).

(60) La población de internos anual media fue, en 1980: Barcelona hombres (1.765), Madrid hombres (1.140), Valencia (735), El Dueso (591), Málaga

Si se tiene también en cuenta los perjuicios ocasionados por el delito para estimar su coste, según los datos de la policía el valor de lo sustraído en 1982, o daños causados, se elevó a 32.862 millones de pesetas (61), de los que se recuperaron 5.104. Estimamos que estas cifras no deben figurar en el costo del delito, en todo caso sólo habría que incluir los daños ocasionados, pues no todo objeto del delito supone un perjuicio para el país o la economía nacional, normalmente, cuando se sustraen objetos de valor dinero, etc., lo único que ocurre es que esos bienes cambian de persona, otra cosa son los perjuicios ocasionados a las víctimas.

XIII

CONCLUSIONES

Pese a la brevedad con que se exponen los puntos tratados en el presente trabajo (62), las dificultades de algunas estadísticas y el retraso de otras, se pueden sacar una serie de conclusiones generales:

1. Nuestra delincuencia sufre dos avances importantes, uno a partir del año 1976, con el cambio político, al pasarse de la dictadura a un régimen de iniciación democrática; otro, en 1979, que se hace notar ya en 1978, año de discusión y sanción de la Constitución española.

2. Nuestra delincuencia y población penitenciaria eran muy bajas en relación con el resto de los países de nivel socioeconómico similar al nuestro (63).

(580), Alicante (577), Burgos (560), Santa Cruz de Tenerife (489), Sevilla (479), Ocaña (451), Córdoba (446), Madrid jóvenes (414), Puerto de Santa María (400)..., Logroño (50), Orense (49), Segovia ebrios (30), Valencia mujeres (23), Albacete (23).

(61) No se incluye el valor de los vehículos de motor sustraídos. Destacan en miles de millones: Dinero (8.271), joyas y relojería (5.699), electrodomésticos y aparatos musicales (2.796), ropas (1.965), comestibles y bebidas (1.452), maquinaria, herramientas y otros (2.656), otros (6.517).

Por tipo de delito destacan: Robo con fuerza en las cosas (14.139), y con violencia o intimidación en las personas (3.506), defraudaciones (5.832), incendios y otros estragos (5.370), hurtos (1.981), daños intencionados (731), faltas contra la propiedad (474).

(62) Por tratarse de una comunicación para un Congreso está limitada su extensión.

(63) De los datos facilitados a las Naciones Unidas por diversos países, 48 en total, sobre población penitenciaria, hacemos una comparación con la española. Los datos se refieren a los años 1972 y 1974. Para el año 1972 la población penitenciaria española era de la más bajas del mundo, ya que solamente 7 tenían menor número de reclusos por cada 100.000 habitantes: para España son 40, y con menos porcentaje están Camboya (9), Chipre (31), India —para 1974— (36), Irlanda (35), Malasia (25), Noruega (39) y Países Bajos (35). El porcentaje es mayor en 40 países, destacando con más de 100 por cada

3. Hemos tenido un aumento demasiado rápido de la delincuencia (64), debido a la falta de previsión del régimen político de la transición. Su labor en materia de política criminal fue muy deficiente.

4. El temor que en un principio invadió a los españoles, especialmente en las grandes ciudades, va remitiendo. Ese temor al delito y al delincuente es más justificable en la mayoría de las grandes ciudades de los países democráticos de Europa o América.

5. Parece que la criminalidad en general se ha estabilizado en los dos últimos años, incluso en la zona urbana. Según los datos de la policía en 1980 hubo una regresión en el número de delitos conocidos en relación al año anterior (65), lo que sin duda obedece, por lo menos en parte, a un mejor funcionamiento de todos los cuerpos de policía y Guardia civil (66). En todo caso, hasta que no se llegue a un incremento máximo de la delincuencia que no supere el 12 por 100 de cada año, con respecto del anterior, no podrá decirse que evoluciona en los límites de la normalidad. No obstante, cualquier regresión es un dato muy positivo.

100.000 habitantes Argentina (109), Austria (109), Colombia (186), Costa de Marfil (130), Chile (108), El Salvador (175), Estados Unidos (189), Fiji (124), Finlandia (102), Israel (134), Jamaica (121), Kenya (165), Líbano (120), Marruecos (108), en 1974, Panamá (120), Tailandia (124), Trinidad y Tobago (106), Túnez (103) y Venezuela (127). De los 29 países que dan cifras para el año 1974, solamente tres de ellos tienen menor número (véase SERRANO GÓMEZ, *Prevención del delito*, cit., pág. 175) de reclusos por 100.000 habitantes, y son: India con 36, Malasia con 37 y Noruega con 39. Estados Unidos es el país de mayor índice de población reclusa, destacando también los países hispano-americanos.

(64) En Alemania, por ejemplo, la delincuencia aumentó en 1974, con relación al año anterior un 7,1 por 100; en 1975, el 6,5; en 1976, el 4,9; en 1977, el 7,3; en 1978, el 2,8; en 1979, el 4,5; en 1980, el 8, y en 1981, el 6,7 por 100, según datos publicados en *Polizeiliche Kriminalstatistik*, 1981, Wiesbaden, 1982, pág. 206.

En España, según datos policiales, la criminalidad en la zona urbana casi se triplica entre los años 1975 a 1979, mientras que en la zona rural se duplica entre 1975 y 1980.

El número de procedimientos incoados por delito en Juzgados de Instrucción y Audiencias Provinciales ya se vio que pasaron de 431.387 en el año 1973 a 837.750 en 1979, es decir, que se duplicaron en seis años.

(65) Especialmente en el año 1982, se aprecia un descenso de los delitos más graves como son los robos con violencia e intimidación en las personas, atracos a entidades bancarias y similares, actos terroristas y muertes como consecuencia de esta criminalidad; también disminuyen los delitos contra las personas.

Recoge la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1982, en su pág. 100: «Nos es grato señalar que en 1981, después de la fuerte ascensión producida en el número de causas incoadas desde 1975 a 1979, continúa la línea descendente que ya se apreciaba en el año anterior en el volumen de los asuntos penales».

(66) Recoge la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1982, en su pág. 102: «El hecho objetivo de la disminución merece, en general, a los Fiscales que lo señalan, la estimación de ser debido a una mayor eficacia de los Cuerpos de Seguridad del Estado», en sentido similar en pág. 109.

6. Hay una serie de situaciones que pueden marcar el futuro de nuestra delincuencia, que estimamos seguirá aumentando, pese a la situación actual de estancamiento. Nos referimos, especialmente, a que cada vez tenemos delincuentes más jóvenes; que el consumo de estupefacientes aumenta constantemente, y que con mucha frecuencia el drogadicto ha de recurrir al mundo del delito para obtener la dosis que necesita; la crisis económica y el paro obrero son problemas graves que crean serias dificultades en la juventud que desea incorporarse al mundo laboral. Hay otros muchos factores, en los que no vamos a entrar (67); por otra parte está el tema del terrorismo.

7. España sigue teniendo una criminalidad bastante más baja que otros países de similar o superior nivel socioeconómico. Sin embargo, aun siendo así, de haberse tomado las medidas pertinentes, la criminalidad debía haber aumentado de forma más lenta, y las cifras de hoy podrían haberse retrasado seis o siete años. Ni la dictadura, ni los gobiernos de transición han hecho nada en favor de la Criminología, más bien se han dedicado a poner trabas a algún criminólogo, por lo que esperamos que esta situación cambie en el futuro. En la Universidad, por ejemplo, hay más de dos centenares de profesores dedicados a la docencia e investigación en Derecho penal, sin que exista ni una sola plaza de Criminología. No se le puede cargar a la administración de justicia o a los cuerpos de policía los errores políticos o los problemas sociales que inciden en el mundo del delito.

A P E N D I C E

Los procedimientos incoados por delitos en Juzgados de Instrucción y Audiencias provinciales, que corresponden a diligencias previas y preparatorias, sumarios de urgencia y ordinarios fueron: 1973 (431.387), 1974 (460.679), 1975 (491.274), 1976 (560.316), 1977 (659.859), 1978 (757.328), 1979 (837.500), 1980 (835.718) y 1981 (833.279). Según datos de la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo para los años que se indican, Sección de Estadística, Estados A1, A2, A3 y A4.

En el año 1980, mientras que en España el número de procedimientos incoados por delito fue de 835.718, en Inglaterra el número de infracciones se elevó a 2.688.235; en Israel (247.015); Italia (1.919.583); Suecia (864.019), aunque se incluyen las infracciones más graves de tráfico; Estados Unidos (13.295.400), en estas cifras se incluyen solamente homicidios, violaciones, robos de todo tipo, incluso en domicilios, lesiones graves y sustracción de vehículos, Canadá (2.825.981). Los datos del extranjero son policiales.

Teniendo en cuenta la población de esos países, el número de delitos por

(67) Véase SERRANO GÓMEZ y FERNÁNDEZ DOPICO, *El delincuente español. Factores concurrentes*, Madrid, 1978.

cada mil habitantes fue: Inglaterra y País de Gales el 54,59; Israel (63,33); Italia, (33,59); Suecia (103,86); Estados Unidos (58,99), y Canadá (115,35). Sin embargo, la tasa para España fue de 22 delitos por cada mil habitantes.

En 1981 el número de procedimientos incoados por delito en España fueron 833.279, mientras que en Alemania el número de infracciones penales se elevó a 4.071.873; en Austria (381.841); Dinamarca (401.959); Francia (2.890.020), y Japón (1.607.504).

El número de delitos por cada mil habitantes fue: Alemania (66); Austria (50,88); Dinamarca (78,45); Francia (53,67); y Japón (13,63). El tanto por mil en España fue de 21,92. Si al número total de delitos le sumásemos también las infracciones menos graves, constitutivas de faltas, que fueron en 1981 696.024 (Memoria F. T. S., 1982, pág. 111), el tanto por mil se elevaría a 40,23. Sin embargo, hay que jugar con las cifras de delitos, sin olvidar que el sistema, eficacia, tipo de infracciones incluidas varía de unos países a otros.

Si según la Fiscalía del Tribunal Supremo hubo en el año 1980, 869 homicidios y en 1981, 789 (Memoria 1982, pág. 10), sin embargo, en el año 1980 fueron en Inglaterra y el País de Gales 775; Canadá (1.468); Estados Unidos (23.040); Italia (1.961), y Suiza (360) en 1981, en Alemania, 2.963; Dinamarca (225), y Japón (1.754).

Mientras en España el número de violaciones fue en 1980 de 855 en la zona urbana y 105 en la rural, y en 1981, 964 y 132, respectivamente, en 1980 se cometieron en Inglaterra y País de Gales 1.225; Canadá (3.446); Estados Unidos (82.082), y Suiza (783); en 1981, en Alemania, 6.925; Austria (372); Dinamarca (362), Francia (2.167), y Japón (2.638).

Las mayores diferencias se encuentra en los delitos contra la propiedad. Los robos en domicilios son muy frecuentes en el extranjero, mucho más que en España. En 1980 se cometieron en Inglaterra y País de Gales, 622.647; en Canadá (366.779); Estados Unidos (3.759.200); Israel (63.098). En 1981, Alemania, 841.485; Austria (65.604); Francia (308.122), y Japón (301.536). No hemos encontrado datos al respecto en España, sin embargo, en la zona urbana el robo con fuerza en las cosas, donde entrarían los robos en domicilios, se elevó a 166.381, para 1982, por lo que la cifra de los que aquí interesan es bastante menor que la general indicada.

También la diferencia es muy notable en los robos en general, excluyendo los cometidos con violencia o intimidación en las personas. En 1980 se cometieron en Inglaterra y País de Gales 1.139.115; en Canadá (558.591); Estados Unidos (7.112.700). En 1981, en Alemania, 1.719.360; en Austria (112.456); Bélgica (74.744); Francia (1.407.494), y Japón (922.366). En España, el total de delitos contra la propiedad fue de 444.219 en el año 1981, lo que suponía un 1,11 por 100 más que en 1980 (Memoria F. T. S., 1982, pág. 110).

En 1980 se cometieron en Chicago 196.605 delitos; en Nueva York (710.151); Los Angeles (293.837), en estas tres ciudades sólo se contabilizaron robos de todo tipo, incluidos los cometidos en domicilios, homicidios, sustracción de vehículos y lesiones graves; Frankfurt (91.857); Hamburgo (203.712); Munich (82.958). En 1981, Copenhague, 675.616; Londres (631.328); París (309.968); Tokio (263.912). El número de procedimientos incoados por delito fue en Madrid, para el año 1981, de 115.302, con un descenso del 6,27 con relación al año

anterior, y en Barcelona de 116.158, también con un descenso del 4,33 con respecto a 1980, con lo que la criminalidad en Barcelona es prácticamente doble que en Madrid.

El número de delitos por cada mil habitantes fue en Chicago del 65,83; en Nueva York (100,94); Los Angeles (99,52); Frankfurt (146); Hamburgo (123); Munich (63,87); Copenhague (154,13); Londres (89,39); París (154,88), y Tokio (22,68). En Madrid fue de 33 el número de delitos por cada mil habitantes. Sólo en Chicago, con tres millones de habitantes en 1980, y con la misma población Los Angeles, es decir, un poco más pequeñas que Madrid, se cometieron en cada una de ellas 863 y 1.010 homicidios, respectivamente, mientras que España, en ese mismo año, se cometieron 869 (*La criminalité en France*, cit., pág. 61).

Los datos que se recogen en esta nota, tomados de *La Criminalité en France*, son policiales, que son inferiores a las cifras dadas por las estadísticas judiciales, ya que la autoridad judicial conoce directamente de algunos delitos, que no son controlados por la policía. Para que no exista ningún tipo de duda de que la criminalidad en España es notablemente inferior a la de otros países, hemos comparado las cifras policiales extranjeras con las judiciales españolas; éstas duplican a las conjuntas de Policía y Guardia civil. Por esta razón, si la comparación se hiciera con los datos policiales habría que reducir los porcentajes españoles a la mitad. En todo caso queremos hacer constar una vez más que el tema de las estadísticas es muy *sui generis* cuando se comparan entre dos o más países. No obstante, de lo que no hay duda es de que la delincuencia española es inferior a la de los otros países que se comparan.

Las únicas estadísticas que se confeccionan a nivel internacional en el campo de la criminalidad son las de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), que suelen ir atrasadas. Las últimas recibidas en España corresponden a 1977-1978. De éstas recogemos algunos datos con respecto a 1978. Por supuesto que estas estadísticas, como todas, hay que aceptarlas con ciertas reservas, pues a veces incluso los Estados las falsean con fines políticos. En éstas (pág. 27) a España se le asigna una tasa de criminalidad de 785,26 delitos por cada 100.000 habitantes, lo que supone una tasa muy baja y que es justo la misma que se le asignaba en la obra citada *La Criminalité en France*, que equivale a 7,85 delitos por 1.000 habitantes. Se trata de estadísticas policiales y no judiciales.

Las estadísticas de Interpol dan para el año 1978 los siguientes índices para otros países, por 100.000 habitantes: Alemania (5.513); Australia (4.266); Austria (4.166); Bermudas (6.250); Chile (1.109); Chipre (340); República de Corea (1.390); Costa de Marfil (160); Dinamarca (6.764); España (785); Estados Unidos de América (5.055); Finlandia (10.367); Francia (4.038); Grecia (194); Hong Kong (1.420); Israel (5.715); Italia (3.453); Jamaica (2.268); Japón (1.286); Líbano (671); Luxemburgo (2.106); Mónaco (5.585); Noruega (2.598); Nueva Zelanda (8.984); Países Bajos (3.935); Portugal (1.425); Inglaterra y País de Gales (5.215); Escocia (12.433); Irlanda del Norte (2.946); Singapur (829); Suecia (9.696); Tailandia (1.211); Turquía (160); Venezuela (733), y Zambia (2.335).

Los bandos penales militares

Por JUAN LUIS CANO PERUCHA

I. PRESUPUESTOS GENERALES

El chileno Astrosa Herrera nos habla de dos clases de Bandos militares, los Bandos penales y los Bandos administrativos. Los primeros son dictados por las autoridades militares competentes para sancionar, como delitos, hechos atentatorios a la seguridad de las tropas; los segundos, en cambio, tienen por objeto solucionar los problemas de orden administrativo que puedan existir en territorio enemigo (1). En realidad, cuando hablamos de Bandos nos referimos a los primeros, a los Bandos penales, y sobre ellos vamos a centrar nuestro estudio.

Para Landín Carrasco el Bando es «una ley provisional, justificada por circunstancias de excepcional gravedad, que puede definir nuevas actitudes delictivas, señalar las penas a ellas correspondiente y modificar transitoriamente la competencia de ciertas jurisdicciones para conocer de infracciones determinadas» (?).

Sobre la base de esta definición, tan descriptiva, se pueden señalar las siguientes características de los Bandos:

1. Son fuente del Derecho penal: Los Bandos constituyen una verdadera y auténtica fuente del Derecho punitivo, pero su ámbito de aplicación es muy limitado, ya que sólo pueden ser dictados en dos circunstancias excepcionales: en campaña y en estado de sitio. Esto no supone una infracción del principio de legalidad, «nullum crimen, nulla poena sine proevia lege poenali». Se trata únicamente del «reconocimiento de que, en circunstancias de excepción, las autoridades militares asumen unas facultades equiparadas en materia penal a las legislativas, es decir, de que los bandos militares dictados por las autoridades competentes tienen el carácter de ley penal» (3).

(1) Renato ASTROSA HERRERA, *Derecho Penal Militar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1971, 20-21.

(2) Amancio LANDÍN CARRASCO, *Manual de Derecho Penal y procedimientos militares*, 6.^a edición, Ministerio de Marina, Madrid 1967, 12 nota 1.^a

(3) José María RODRÍGUEZ DEVESA en *Antón Oneca y Rodríguez Muñoz*, *Derecho penal*, tomo II (parte especial), Madrid 1949, 516.

2. Son leyes penales: Es preciso aclarar que esta identificación entre el Bando y la ley penal se produce solamente desde un punto de vista material, en cuanto que el Bando crea delitos y penas, sin que ello conlleve una violación del principio de legalidad como hemos visto anteriormente. Estamos ante una «delegación especial de funciones legislativas» (4).

Pero, «formalmente son disposiciones administrativas, por cuanto no emanan de los órganos legislativos ni se cumplen en ellos las solemnidades requeridas para la promulgación de la ley» (5).

3. Tienen carácter excepcional: Solamente rigen en los casos ya señalados, en campaña y en estado de sitio.

4. Tienen carácter temporal: Esta característica deriva de la anterior. Su vigencia se mantiene por un tiempo determinado, mientras duran las circunstancias excepcionales que dieron lugar a su creación.

5. Pueden crear nuevos delitos.

6. Pueden establecer penas para los nuevos delitos, o modificar las correspondientes a los delitos ya existentes. En todo caso las penas que establezcan no podrán ser distintas de las señaladas en la escala general.

7. Pueden ampliar el ámbito de la Jurisdicción Militar. En este sentido se manifiesta el artículo 35 de la L. O. 4/1981 al establecer: «En la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar».

Requisitos legales

El primer requisito legal es que los Bandos deben ser dictados por una autoridad militar con competencia para ello. Este precepto se establece de forma expresa en los artículos 11 y 181, párrafo segundo del C. J. M.

En el primero de los dos artículos mencionados se añaden otros dos requisitos, al exigir que los Bandos expresen:

- 1) El territorio en el que se aplicarán.
- 2) El momento de su entrada en vigor.

Sobre este último punto, Puig Peña afirma: «el Bando obliga por la publicación, sin que sea necesaria la comunicación individual» (6). Por publicación debe entenderse cualquier medio a través del cual se pone en conocimiento de las personas a las que va dirigido el contenido del Bando, v. gr., colocación de carteles que reproduzcan su contenido en lugares estratégicos, difusión a través de los medios de comunicación, etc.

(4) Federico PUIG PEÑA, *Derecho penal, parte general*, tomo I, 6.ª edición, Editorial "Revista de Derecho Privado", Madrid 1969, 76.

(5) José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Bandos penales militares*, REDM núm. 3 (1957), 157.

(6) F. PUIG PEÑA, *ob. cit.*, 76.

II. ANTECEDENTES HISTORICOS

El Derecho Penal Militar se ha desarrollado de forma paralela a las diversas estructuras que a lo largo de la Historia han caracterizado a los Ejércitos. Hasta el siglo XVIII no puede afirmarse taxativamente que los Ejércitos tengan carácter permanente, por lo que hasta esta fecha no surge la necesidad de dictar Ordenanzas generales para todo el Ejército, bastaban las Ordenanzas que se aprobaban para cada campaña en particular y los Bandos que daban los generales para las tropas que estaban bajo su mando.

Todo esto nos lleva a la conclusión de que el Bando fue durante varios siglos la única fuente del Derecho Penal Militar. En este sentido Otero Goyanes afirma: «Cronológicamente forman la primera fuente legal. Para las fuerzas terrestres solían dictarse en el siglo XVI, por los capitanes generales que mandaban huestes destinadas a empresas bélicas, bandos o proclamas con las normas esenciales para la definición de los deberes de los soldados, y las penas y procedimientos contra los infractores» (7). Esta afirmación viene confirmada por una comunicación que hizo el Duque de Alba al Rey Felipe II, en Cascaes, el 5 de agosto de 1580, en la que concluía diciendo: «... y en los ejércitos no hay otras leyes en lo criminal sino los bandos» (8).

No podemos indicar, con seguridad, una fecha exacta sobre el nacimiento de los Bandos. Lo que sí sabemos es que durante el siglo XVI fueron dictados con bastante profusión, y prueba de ello son los Bandos de:

— Hernán Cortés en Tzazcatecle (1520).

— Carlos I en Génova (1536).

— El Duque de Alba en la guerra contra el Papa Paulo IV, publicado en el campo junto a Guillionova (5 de junio de 1557).

— El Duque de Alba, a nombre del Rey, en Bruselas, con motivo de los excesos cometidos contra los sacerdotes católicos en enero de 1567, haciendo responsables a los pueblos, y que los favorecedores de dichos rebeldes sean condenados a muerte y sus casas arrasadas, y dando a todos facultad para matar impunemente a cuantos hayan cometido dichos crímenes (12 de enero de 1567).

— Sancho de Londoño, de orden del Duque de Alba, en su famoso discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado (1568) (9).

La creación de ejércitos permanentes, como hemos señalado anteriormente, obliga a dictar Ordenanzas generales para los mismos, pero esto no supone una desaparición de los Bandos que

(7) Joaquín OTERO GOYANES, *Los bandos de guerra*, REDM número 3 (1957), 9.

(8) J. OTERO GOYANES, *loc. cit.*, 10.

(9) J. OTERO GOYANES, *loc. cit.*, 9-10.

siguen existiendo como medio de cubrir las necesidades penales que surgen durante una guerra, y que, lógicamente, no pueden estar previstas en las Ordenanzas.

Durante el siglo XIX se dictaron numerosos Bandos, fruto de los acontecimientos acaecidos en nuestra Patria en este siglo. Otero Goyanes nos recuerda el Bando de 1808 por el que se prevenía que mientras permaneciesen las tropas francesas en Madrid se les dispensase toda consideración y miramiento (10). Hubo también otros, tanto en este período de la Guerra de la Independencia, como en las Guerras Carlistas.

Los Códigos Penales Militares aprobados a finales del siglo XIX no obstaculizaron la existencia de los Bandos. Ni el Código Penal del Ejército, aprobado por Real Decreto de 17 de noviembre de 1884; ni el Código de Justicia Militar, promulgado el 27 de septiembre de 1890, se opusieron a los mismos, como reconocimiento de su ineludible necesidad como fuente del Derecho Penal Militar.

Ya en nuestro siglo cabe destacar por la importancia que ha tenido en la reciente historia de España, el Bando declaratorio del estado de guerra de 28 de julio de 1936. Para Royo Villanova supuso: «el traspaso a la autoridad militar de todo lo relativo al establecimiento de la paz pública y el incremento ilimitado de la competencia de la Jurisdicción Militar» (11). La vigencia de este Bando fue imprecisa, afirma Rodríguez Devesa: «Una comunicación de la Presidencia de 7 de abril de 1948, trasladando los dos considerandos de una contienda suscitada entre un juzgado de la Zona Aérea de Marruecos y la jurisdicción ordinaria, declaró que el bando ya no estaba en vigor, y el 5 de mayo de 1948 se aclara que tampoco lo estaba en 1946» (12). Por lo que no sabemos exactamente la duración del mismo.

III. LOS BANDOS COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL

Los Bandos, como ya hemos afirmado anteriormente, constituyen una fuente del Derecho punitivo, tanto en el ámbito del Derecho Penal Militar como en el del Derecho Penal Común

Lo primero está reconocido taxativamente en el párrafo segundo del artículo 181 del C. J. M. Este artículo establece: «Son delitos o faltas militares las acciones y omisiones penadas en este Código. Lo son igualmente los comprendidos en los Bandos que dicten las autoridades militares competentes». Afirma Cuello Calón que «los Bandos a que se refiere el artículo 181 del C. J. M. son fuentes de Derecho penal militar, pero no de Derecho penal co-

(10) J. OTERO GOYANES, *loc. cit.*, 11.

(11) Antonio ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, Valladolid 1948, 372.

(12) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 8.ª edición, Madrid 1981, 173, nota 10.

mún» (13). No hay nada que objetar a esta afirmación, ahora bien, esos mismos Bandos durante una circunstancia excepcional el estado de sitio, se convierten en fuente del Derecho penal común.

En este sentido se manifiesta Astrosa Herrera al decir que «los Bandos penales constituyen una fuente de Derecho penal militar que entra en vigor cuando circunstancias de grave peligro y trascendencia para el Estado hacen temporalmente insuficientes las leyes penales normales» (14).

Teoría de la reserva de la ley orgánica en materia penal

Como puede deducirse de las manifestaciones anteriores de claro tajantemente que los Bandos constituyen una fuente del Derecho penal. Esta tesis es la seguida por la mayor parte de la doctrina penalista. Pero, recientemente ha surgido una nueva teoría, que afirma que la materia penal se haya sujeta a una reserva absoluta de Ley Orgánica.

Esta tesis, defendida principalmente por Cobo del Rosal y Vives Antón, se basa en una interpretación «sui generis» del artículo 81 de la C. E., en el que se exige Ley Orgánica para regular los derechos fundamentales y las libertades públicas. Dentro de esta materia, los mencionados autores, encuadran al Derecho penal, y por tanto exigen Ley Orgánica para su regulación. El principal efecto de esta teoría es que si las normas penales no revisten la forma de Ley Orgánica serán inconstitucionales. De este modo la materia penal queda sustraída a la ley ordinaria, a toda suerte de legislación delegada, a la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas y a las Ordenanzas de necesidad —Decretos-leyes, Bandos militares, etc.— (15).

La tesis expuesta carece de cualquier base constitucional y está desarrollada de espaldas a la realidad. Además se puede afirmar que su construcción se ha visto afectada por la práctica legislativa, que ha obligado a aclarar algunos aspectos. Así tras la modificación de diversos artículos del C. p. por ley ordinaria, los mencionados autores manifestaron que «de esta regla deben exceptuarse las leyes o normas con rango de ley que se limiten a derogar total o parcialmente preceptos incriminadores de la legislación nacida con anterioridad a la Constitución. Puesto que la legislación anterior a la Constitución carece del rango de Ley Orgánica, no tendría sentido conferírsele indirectamente, exigiendo una Ley Orgánica para su derogación» (16).

(13) Eugenio CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, revisado y puesto al día por César CAMARGO HERNÁNDEZ, tomo I (Parte General), volumen I, 18.^a edición, Editorial Bosch, Barcelona 1980, 208.

(14) R. ASTROSA HERRERA, *ob. cit.*, 21.

(15) Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, 1.^a edición, Universidad de Valencia 1980, 134-135.

(16) M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *ob. cit.*, 135.

A pesar de esta excepción, esta teoría se ha visto vulnerada, ya, en varias ocasiones, v. gr., la Ley 82/1978, de 28 de diciembre que entró en vigor con posterioridad a la Constitución y que estableció nuevos delitos, entre ellos el del nuevo artículo 496 bis del C. p., amenazas para atemorizar a los habitantes de una población, y es, en cambio, una simple ley ordinaria. Fuera del Código, la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de control de cambios, regula, en sus artículos del 6 al 9, la materia penal por ley ordinaria.

La teoría carece de argumentación legal, ya que la Constitución no exige en ninguno de sus preceptos esta necesidad de la Ley Orgánica, y, si bien, se ha visto favorecida porque las últimas reformas legislativas en materia penal han sido objeto de Ley Orgánica, esto ha venido motivado por una política legislativa inadecuada, que, basada principalmente en el consenso, se ha caracterizado por el más absoluto desorden.

Dentro del tema concreto de los Bandos penales militares hay que afirmar que no sólo no se han visto afectados por la nueva legislación posterior a la Constitución, sino que han sido reconocidos de una doble forma:

1. Expresa: La L. O. 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que desarrolla el artículo 116 del texto constitucional, los reconoce para el estado de sitio en su artículo 34.

2. Tácita: La L. O. 9/1980, de 6 de noviembre, que modificó profundamente el C. J. M., no afectó al artículo 181. Por lo que el criterio del legislador sigue siendo el reconocimiento de los Bandos como fuente del Derecho penal militar.

Limitaciones de los Bandos

Es preciso tratar en este punto los siguientes aspectos:

1. *Derechos Fundamentales Constitucionales:* Para Cerezo Mir los Bandos «no pueden afectar a los derechos fundamentales y a las libertades públicas regulados en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución» (17). Esta limitación abarca tanto a los Bandos dictados en estado de sitio como a los dictados en campaña. Pienso que el tema tiene una mayor incidencia en el primer supuesto, es decir, en los Bandos dictados en estado de sitio, y por ello me referiré concretamente a éstos.

No niego que los Bandos deban respetar el núcleo de derechos que nuestra Constitución considera como fundamentales. Ahora bien, no siempre las propuestas teóricas tienen una realidad prác-

(17) José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, tomo I, 2.^a edición, Editorial Tecnos, Madrid 1981, 183.

tica. Piénsese que los Bandos se dictan en circunstancias excepcionales, por tanto lo que es perfectamente válido para una situación ordinaria puede no serlo en estos casos; y lo que en ningún caso podemos permitirnos es, que por meras proposiciones doctrinales, actuemos de espaldas a la realidad.

No quiero con esto decir que los Bandos puedan pasar por alto los preceptos de nuestra «Carta Magna», simplemente afirmo, que basándonos en la realidad, no tenemos más remedio que reconocer que los Bandos pueden limitar e incluso prohibir el ejercicio de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la C. E. Pero esta limitación o prohibición no es un «golpe de Estado», sino el reconocimiento de una realidad invariable.

Esta opinión es avalada por Jiménez de Asúa, para el cual «los Bandos pueden incriminar infracciones no existentes en las leyes: prohibición de pasar por un sitio concreto, reunirse un número determinado de personas, etc.» (18). Todo ello viene motivado por las circunstancias excepcionales que se viven en esos momentos, y que obligan a los Bandos a afectar a derechos fundamentales como el de circulación y residencia (art. 19 C. E.), expresión (art. 20), reunión (art. 21), huelga (art. 28), etc.

2. *Eximentes*: Los Bandos no pueden reducir el número de causas de exención de la responsabilidad criminal (19). Esta afirmación es lógica y no precisa de ningún comentario.

3. *Delitos*: En cuanto a los delitos no hay ninguna limitación, los Bandos pueden crear nuevas figuras delictivas. En este sentido se manifiesta la mayor parte de la doctrina: Cuello Calón (20), Jiménez de Asúa (21), Landín Carrasco (22), Puig Peña (23), Rodríguez Devesa (24), Rodríguez Mourullo (25), Rodríguez Ramos (26), Sáinz Cantero (27), etc. Una postura muy peculiar sostiene Otero Goyanes (28), para el cual los Bandos pueden establecer nuevos delitos solamente en campaña, en cambio durante las situaciones excepcionales del estado de sitio «esta facultad —afirma— debe quedar limitada a la equiparación a los delitos militares, ya definidos en el Código, de los hechos que la autoridad

(18) Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 4.^a edición, Editorial Losada, Buenos Aires 1964, 376.

(19) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *loc. cit.*, 159.

(20) E. CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, 208.

(21) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, 376.

(22) A. LANDÍN CARRASCO, *ob. cit.*, 12, nota 1.^a

(23) F. PUIG PEÑA, *ob. cit.*, 76.

(24) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, 172, n. 12.

(25) Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, Parte General*, volumen I, Editorial Civitas, Madrid 1978, 64.

(26) Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *Apuntes de Derecho Penal*, 1 (Parte General), Facultad de Derecho-Universidad Comp'utense, Madrid 1978, 81.

(27) J. A. SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, Editorial Bosch, Barcelona 1982, 16.

(28) J. OTERO GOYANES, *loc. cit.*, 23.

militar estime necesario sancionar». Generalmente esta equiparación se hará con el delito de rebelión militar. Esta técnica de equiparar los hechos punibles con el delito de rebelión militar es una técnica viciosa e inadecuada. No obstante la teoría de Otero Goyanes reconoce la posibilidad de que los Bandos puedan crear nuevos hechos punibles, aunque no se les dé un «nomen iuris» propio, y adopten el de rebelión militar. El tema es mucho más interesante en el aspecto de la sanción, ya que esta técnica a lo que realmente quiere oponerse es a las teorías que niegan que los Bandos puedan crear penas, y solventan así el problema imponiendo la pena correspondiente a un delito ya existente.

La tesis discrepante está defendida por Cerezo Mir, que afirma que «las autoridades militares, en el estado de sitio, no pueden crear nuevas figuras delictivas en el bando que dicten. Únicamente deben señalar qué figuras delictivas quedan sometidas a la jurisdicción militar» (29).

Es preciso reconocer que los Bandos pueden establecer nuevos delitos, tanto en campaña como en estado de sitio, y no cabe excluir este segundo supuesto, máxime cuando el artículo 34 de la L. O. 4/1981 establece: «La autoridad militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias...». Entre estas medidas y prevenciones —afirma Sáinz Cantero (30)— puede estar la de crear delitos.

4. *Penas*: Los Bandos tienen una única limitación en cuanto al establecimiento de penas, no pueden crear nuevas clases de penas, es decir, no pueden imponer penas que no figuren en las leyes vigentes en ese momento, v. gr., la pena de azotes. En este sentido se manifiesta Rodríguez Devesa (31).

Fuera de esta limitación los Bandos pueden agravar las penas señaladas para cada delito e imponer a los nuevos delitos creados las correspondientes penas. No obstante, afirma Rodríguez Devesa «en la práctica no se ha hecho uso de esta posibilidad, utilizando la técnica de equiparar las conductas comprendidas en los Bandos a otros delitos previstos con anterioridad en otras leyes, cuyo «nomen iuris» se adopta como cobertura, con sus correlativas penas; generalmente el de rebelión militar. Esta técnica es defectuosa, porque violenta la naturaleza de las conductas en cuestión que por primera vez se incriminan y provoca serias dificultades en orden al principio de legalidad de las penas al que no se deben tampoco sustraer los Bandos» (32).

Como ya he indicado anteriormente, la utilización de esta técnica de equiparación al delito de rebelión militar ha venido motivada por la idea infundada de que los Bandos no pueden es-

(29) J. CEREZO MIR, *ob. cit.*, 183.

(30) J. A. SÁINZ CANTERO, *ob. cit.*, 16.

(31) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, 172, n. 12.

(32) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 7.^a edición, Madrid 1977, 1142, nota 9.^a

tablecer penas diferentes de las señaladas en las leyes anteriores para cada delito. En este sentido opina Cerezo Mir, para quien los Bandos «no pueden modificar las penas señaladas con anterioridad en la ley a cada delito» (33).

Discrepo de esta opinión porque no tiene en cuenta que los Bandos son dictados siempre en circunstancias excepcionales, en las cuales se reduce el respeto a los diversos bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal. Ello motiva la necesidad de un endurecimiento de las sanciones, ya que las penas anteriores no sirven ante la nueva sensibilidad general; y también motiva la necesidad de crear nuevas figuras delictivas a las que deben acompañar correlativamente penas expresamente previstas para ellas. Esta situación se mantendrá mientras dure la situación excepcional, transcurrida la cual el Bando, como derecho excepcional y transitorio, se extinguirá, y volverá a dejar paso a las normas ordinarias.

Para Cerezo Mir lo único que pueden hacer los Bandos dictados en estado de sitio es ampliar el ámbito de aplicación de la jurisdicción militar, ya que, según él, «al someter el enjuiciamiento de estas conductas delictivas a la jurisdicción militar se refuerza la eficacia intimidante de las sanciones penales» (34). Parece querer decir el mencionado autor, «¡cuidado! que juzgan los militares». Y esto no es aceptable. Ciertamente los Tribunales militares gozan de una merecida fama de rapidez y eficacia en la administración de la justicia, a diferencia de los Tribunales ordinarios, pero de aquí, a afirmar que la intimidación va a ser superior porque enjuicien el asunto los Tribunales militares, pienso que media un abismo.

IV. AMBITO DE APLICACION DE LOS BANDOS

Los Bandos se dictan en dos circunstancias: en campaña y en estado de sitio.

A) EN CAMPAÑA: En principio por campaña debe entenderse tiempo de guerra; ahora bien, la realidad actual nos muestra multitud de casos en los que un ejército puede estar en campaña sin estar en guerra el Estado, v. gr., tropas cubanas en Africa. ¿Pueden ser dictados los Bandos en estos casos? Pienso que sí.

Cuando hablamos de que los Bandos pueden dictarse en campaña nos estamos refiriendo a todas aquellas situaciones en que un ejército está combatiendo o preparado para hacerlo ante un enemigo real. Siendo indiferente que el conflicto tenga carácter internacional o interno; que haya precedido una declaración formal de guerra o no; o incluso que el enemigo no sea un auténtico ejército, sino un grupo terrorista, pero que por su importancia y

(33) J. CEREZO MIR, *ob. cit.*, 783.

(34) J. CEREZO MIR, *ob. cit.*, 183.

por la calidad de su armamento actúe como tal, y obligue al ejército a intervenir.

Autoridades militares legitimadas para dictar Bandos: Sobre la base de los artículos 53 a 56 del CJM, Rodríguez Devesa afirma que son las siguientes (35):

1. Generales en Jefe de Ejército.
2. Generales y Jefes de tropa con mando independiente.
3. Comandantes Generales de Escuadra.
4. Comandantes de fortaleza sitiada o bloqueada.
5. Comandantes de fuerzas que estén frente al enemigo, aisladas y sin posible comunicación con el resto del ejército. Para Rodríguez Devesa esta facultad les viene atribuida no sólo por el CJM sino también por el artículo 31 del Reglamento de Campaña aprobado por Ley de 5 de enero de 1882 (36).
6. Comandantes de islas o puntos aislados marítimamente que no tengan comunicación oficial por lo menos una vez por semana.
7. Comandantes de buques en alta mar.
8. Comandantes de unidades aéreas separadas del territorio nacional.

B) EN ESTADO DE SITIO: Los estados de alarma, excepción y sitio vienen regulados en nuestra Constitución en su artículo 116, el cual establece en su párrafo 1.º: «Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes». En cumplimiento de este precepto constitucional fue aprobada la LO 4/1981, de 1 de junio. Esta ley se ocupa del estado de sitio en sus artículos 32 a 36.

Declaración del estado de sitio: Procederá la declaración del estado de sitio «cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios» (art. 32 1.º de la LO 4/1981). En estos casos el Gobierno propondrá al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de la Cámara. En dicha declaración se determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

Pienso que este precepto del párrafo 4.º del artículo 116 de la CE es inadecuado, porque no tiene en cuenta la realidad. Los hechos que dan lugar a la declaración del estado de sitio son lo suficientemente graves como para esperar a que el Congreso se reúna y lo apruebe, puede haber incluso hasta un debate parlamentario, todo ello con la consiguiente pérdida de horas que en estos casos es trascendental. Pero, aún más, los hechos a que se refiere el artículo 32, 1.º de la LO 4/1981, pueden consistir en tomar el Congreso de los Diputados. Esto no debe parecer extraño, ya que la reciente historia de España nos ha mostrado la veraci-

(35) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, 173, n. 12.

(36) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *loc. cit.*, 157.

dad de estas afirmaciones. ¿Qué hacer en estos casos?, ¿quién declarará el estado de sitio? La única solución viable, a mi modo de ver, será la apelación al Jefe del Estado. Debe ser el Rey quien declare el estado de sitio, teniendo en cuenta los recientes antecedentes que la historia nos ha brindado.

Esta posible situación caótica viene motivada por el debilitamiento de la Corona y la privación de atribuciones al monarca que ha llevado a cabo la CE. A mi modo de entender debería haberse mantenido en nuestro texto constitucional un precepto semejante al del artículo 10 d) de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967: «El Jefe del Estado estará asistido por el Consejo del Reino para: Adoptar medidas excepcionales cuando la seguridad exterior, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el sistema institucional del Reino estén amenazados de modo grave e inmediato, dando cuenta documentada a las Cortes». Esta facultad no tiene ningún matiz antidemocrático, y está reconocida al Presidente de la República en el artículo 16 de la Constitución francesa.

El profesor López Rodó ha recordado recientemente (37) que durante la discusión del proyecto de Constitución, en la que intervinieron como diputado del grupo parlamentario de Alianza Popular, alegó en favor del otorgamiento de esas facultades a la Corona, para hacer frente a situaciones de extrema gravedad: «No hace falta —dijo en aquella fecha— que cite ejemplos de cuáles pueden ser estas circunstancias. Una circunstancia podría ser un golpe de fuerza; podría ser un motín grave, que incluso ocupara la propia sede de esta Cámara...». Su propuesta encontró la más cerrada oposición. Peces Barbas dijo que «era una puerta abierta a la dictadura constitucional» y Solé Tura afirmó que equivaldría «a dejar en manos de una magistratura suprema unas facultades prácticamente de liquidación del juego normal de los poderes políticos». La enmienda fue rechazada, pero la historia se ocupó de demostrar que no era tan desacertada.

Concluyó manifestando que la actual forma de declarar el estado de sitio es inadecuada, pero podría mantenerse siempre que se estableciera un sistema subsidiario para los casos en los que no pudiera hacerse de aquel modo, o fuera preciso que se declarara con gran rapidez. Este sistema subsidiario sería la declaración por parte del Rey.

Actuación de la autoridad militar durante el estado de sitio: Todas las facultades extraordinarias establecidas por la CE y por la LO 4/1981 serán asumidas por el Gobierno, el cual designará la autoridad militar que, bajo su dirección, ha de ejecutar las medidas que procedan en el territorio que se encuentre bajo el estado de sitio (38).

(37) Laureano LÓPEZ RODÓ, *El Estado maltrecho* (Conferencia pronunciada en el Club Siglo XXI el 15 de marzo de 1982), Madrid 1982, 15.

(38) Artículo 33 de la L. O. 4/1981.

Este precepto manifiesta una gran desconfianza hacia las Fuerzas Armadas, ya que detrás de la Autoridad militar estará siempre el Gobierno controlando y dirigiendo su actuación. Ante esta situación Fernández Segado afirma que está «desnaturalizada un tanto la misión tradicional de las Fuerzas Armadas en estas situaciones excepcionales del estado de sitio, por mor de la citada Ley Orgánica 4/1981, que deja la misión de la autoridad militar reducida a la de ser una mera ejecutora de unas medidas en cuya adopción no habrá participado en sentido estricto, lo que desde luego no tiene difícil comprensión» (39).

El artículo 34 de la LO 4/1981 establece: «La Autoridad militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio».

Aunque la mencionada LO 4/1981 derogó los artículos 25 a 51 de la LOPúb. (Disposición derogatoria), como dichos artículos no han sido sustituidos por otros, Rodríguez Devesa opina que «pese o estar derogado debe aplicarse, mientras no se adopten las oportunas previsiones, en lo que no contradiga la ley, el artículo 39, en particular respecto a la audiencia «si fuera posible, del Auditor antes de publicar el Bando» (40).

V. CONCLUSIONES

1. Los Bandos constituyen la primera fuente legal del Derecho penal militar, desde un punto de vista cronológico.
2. Los Bandos son un derecho excepcional y transitorio.
3. Los Bandos deben ser dictados siempre por una Autoridad militar con competencia para ello.
4. Los Bandos son fuente del Derecho penal, tanto del Derecho penal militar como del Derecho penal común. Es preciso, por tanto, rechazar la teoría de la reserva de ley orgánica en materia penal.
5. Los Bandos pueden limitar o prohibir el ejercicio de determinados derechos fundamentales regulados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución.
6. Los Bandos no pueden reducir el número de causas de exención de la responsabilidad criminal.
7. Los Bandos pueden crear nuevos delitos.
8. Los Bandos pueden agravar las penas e imponer las correspondientes a los nuevos delitos creados, pero no pueden crear nuevas clases de penas.

(39) FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La Jurisdicción militar en nuestro ordenamiento constitucional* R. D. Púb., núm. 88-89 (julio-diciembre 1982), 569.

(40) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Una versión aberrante de las fuentes del Derecho Penal*, R. D. Púb., núm. 87 (abril-junio 1982), 245.

9. Los Bandos pueden ampliar el ámbito de la Jurisdicción Militar.

10. Los Bandos se dictan en dos circunstancias excepcionales: en campaña y en estado de sitio.

11. La forma de declarar el estado de sitio es inadecuada. Se propugna una intervención del Rey en tal declaración.

12. La actuación de la Autoridad militar durante el estado de sitio es objeto de una infundada desconfianza.

13. Debe aplicarse el derogado artículo 39 de la LOPúb. en lo relativo a la audiencia del Auditor antes de publicar el Bando.

ANEXO I

BANDO DECLARATORIO DEL ESTADO DE GUERRA DE 28 DE JULIO DE 1936

Las circunstancias porque atraviesa España exigen a todo ciudadano español el cumplimiento estricto de las leyes, y por si alguno, cegado por un sectarismo incomprensible, cometiera actos u omisiones que causaren perjuicio a los fines que persigue este movimiento redentor de nuestra Patria, esta Junta de Defensa Nacional, celosa en cuanto constituyen sus deberes en momentos tan solemnes, ha decidido ratificar la declaración del Estado de Guerra, y, en consecuencia, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto de esta fecha, y con el fin de establecer una unidad de criterio, tan necesaria en estos instantes, hace público el siguiente BANDO:

Artículo primero.—El Estado de Guerra declarado ya en determinadas provincias, se hace extensivo a todo el territorio nacional.

Art. segundo.—Los insultos y agresiones a todo militar, funcionario público o individuo perteneciente a las milicias que han tomado las armas para defender la Nación, se considerarán como insulto a fuerza armada y serán perseguidos en juicio sumarísimo, aun cuando en el momento de la agresión o insulto no estuvieren aquéllos desempeñando servicio alguno.

Art. tercero.—Los funcionarios, Autoridades o Corporaciones que no presten el inmediato auxilio que por mi Autoridad o por mis subordinados sea reclamada para el restablecimiento del orden o ejecución de lo mandado en este Bando, serán suspendidos inmediatamente de sus cargos, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad criminal, que les será exigida por la jurisdicción de Guerra.

Art. cuarto.—Serán juzgados por procedimiento sumarísimo todos los delitos comprendidos en los títulos V, VI, VII y VIII del Tratado segundo del Código de Justicia Militar.

Art. quinto.—Quedan sometidos a la jurisdicción de Guerra, y serán sancionados, del mismo modo, por procedimiento sumarísimo:

A) Los delitos de rebelión, sedición y sus conexos, atentados, resistencia y desobediencia a la Autoridad y sus Agentes y demás comprendidos en el título 3.^a del Código penal ordinario bajo el epígrafe de «Delitos contra el orden público».

B) Los de atentado contra toda clase de vías o medios de comunicación, servicios, dependencias o edificios de carácter público.

C) Los cometidos contra las personas o la propiedad por móviles políticos o sociales.

D) Los realizados por medio de la imprenta u otro medio cualquiera de publicidad.

Art. sexto.—Se considerarán como rebeldes, a los efectos del Código de Justicia Militar, y serán juzgados en la forma expuesta:

A) Los que propaguen noticias falsas o tendenciosas con el fin de quebrantar el prestigio de las fuerzas militares y de los elementos que prestan servicios de cooperación al Ejército.

B) Los poseedores de armas de fuego o sustancias inflamables o explosivas; entendiéndose caducadas todas las licencias de armas que no hubiesen sido otorgadas por esta Junta de Defensa Nacional o sus legítimos representantes. Los poseedores de armas, con o sin licencia, quedan obligados a entregarlas en el plazo máximo de doce horas, sin excusa alguna, en el puesto de la Guardia Civil respectivo, donde, en cada caso, podrá convalidarse la autorización para su uso, a discreción del Comandante de aquél.

C) Los que celebren cualquier reunión, conferencia o manifestación pública, sin previo permiso de la Autoridad, solicitado en la forma reglamentaria, y los que asistan a ellas.

D) Los que cometan delitos de los comprendidos en los apartados B), C) y D) del artículo anterior.

E) Los que tiendan a impedir o dificultar el abastecimiento de artículos de primera necesidad, eleven injustificadamente los precios de los mismos, o de algún modo contribuyan a su encarecimiento.

F) Los que coarten la libertad de contratación o de trabajo o abandonen éste, ya se trate de empleados, patronos u obreros.

Art. séptimo.—Serán sometidos a la previa censura dos ejemplares de todo impreso o documento destinado a la publicidad.

Art. octavo.—Se declaran incautados, y a mi disposición, todos los vehículos y medios de comunicación de cualquier clase.

Art. noveno.—Queda prohibido, hasta nueva orden, el funcionamiento de todas las estaciones radio-emisoras particulares de onda corta o extracorta, considerándose a los infractores como rebeldes, a los fines del Código de Justicia Militar.

Art. décimo.—La jurisdicción de Guerra podrá dejar de conocer, remitiéndolas a la jurisdicción ordinaria, de las causas incoa-

das que, hallándose comprendidas en este Bando, no tengan a juicio de las Autoridades Militares relación directa con el orden público.

Art. undécimo.—Las Autoridades civiles y judiciales continuarán desempeñando sus funciones en todo lo que no se oponga a lo anteriormente preceptuado.

Art. duodécimo.—El presente Bando empezará a regir a partir de la fecha de su publicación (41).

ANEXO II

BANDO DICTADO POR EL CAPITAN GENERAL DE LA III REGION MILITAR, JAIME MILANS DEL BOSCH EL 23 DE FEBRERO DE 1981

Excelentísimo señor don Jaime Miláns del Bosch y Usía, Teniente general del Ejército y Capitán general de la III Región Militar, hago saber:

Ante los acontecimientos que se están desarrollando en estos momentos en la capital de España y consiguiente vacío de poder, es mi deber garantizar el orden de la Región de mi mando en tanto se reciban las correspondientes instrucciones que dicte Su Majestad el Rey.

En consecuencia, dispongo:

Artículo primero.—Todo el personal afecto a los servicios públicos de interés civil queda militarizado con los deberes y atribuciones que marca la ley.

Artículo segundo.—Se prohíbe el contacto con las unidades armadas por parte de la población civil. Dichas unidades repelerán sin intimidación ni aviso previo todas las agresiones que puedan sufrir, con la máxima energía. Igualmente repelerán agresiones contra edificios, establecimientos, vías de comunicación y transporte, servicios de agua, luz y electricidad, así como dependencias y almacenes de primera necesidad.

Artículo tercero.—Quedarán sometidos a la jurisdicción militar tramitados por procedimientos sumarísimos, todos los hechos comprendidos en el artículo anterior, así como los delitos de rebelión, sedición, y de atentado o resistencia a los agentes de la autoridad. Los de desacato, injuria, amenaza, o menosprecio a todo el personal militar o militarizado que lleve distintivo de tal, cualquiera que lo realice, propague, incite o induzca. Igualmente los de tenencia ilícita de armas o cualquier otro objeto de agresión.

(41) Este Bando fue publicado en el "Boletín Oficial" núm. 3, de 30 de julio de 1936.

Artículo cuarto.—Quedan prohibidos los «lok-out» y huelgas. Se considerará como sedición el abandono del trabajo, siendo principales responsables los dirigentes de sindicatos y asociaciones laborales.

Artículo quinto.—Quedan prohibidas todas las actividades públicas y privadas de todos los partidos políticos, prohibiéndose igualmente las reuniones superiores a cuatro personas, así como la utilización por los mismos de cualquier medio de comunicación social.

Artículo sexto.—Se establece el toque de queda desde las veintiuna a las siete horas, pudiendo circular únicamente dos personas como máximo durante el citado plazo de tiempo por la vía pública y pernctando todos los grupos familiares en sus respectivos domicilios.

Artículo séptimo.—Sólo podrán circular los vehículos y transportes públicos, así como los particulares debidamente autorizados. Permanecerán abiertas únicamente las estaciones de servicio y suministro de carburantes que diariamente se señalen.

Artículo octavo.—Quedan suspendidas la totalidad de las actividades públicas y privadas de todos los partidos políticos.

Artículo noveno.—Todos los cuerpos de seguridad del Estado se mantendrán bajo mi autoridad.

Artículo décimo.—Igualmente asumo el poder judicial y administrativo, tanto del ente autonómico como de los provinciales y municipales.

Artículo once.—Estas normas estarán en vigor el tiempo estrictamente necesario para recibir instrucciones de su Majestad el Rey o de la superioridad. Este bando surtirá efectos desde el momento de su publicación.

Por último se espera la colaboración activa de todas las personas patriotas, amantes del orden y del respeto a las instrucciones anteriores expuestas.

Por todo ello termino con un fuerte ¡Viva el Rey! ¡Viva, por siempre España!

Valencia, 23 de febrero de 1981. El teniente general Jaime Miláns del Bosch (42).

(42) El contenido del Bando es una copia literal del publicado, por el diario "ABC" de Madrid, el martes 24 de febrero de 1981, página 9.

El expediente judicial regulado en el Código de Justicia Militar

JOSE ROJAS CARO
Comandante Auditor.
Abogado.

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. Naturaleza jurídica: A) ¿Tiene el Expediente Judicial carácter penal o administrativo? B) La Sentencia del T. C. de 15-6-81 (RA-16). C) La normativa del Expediente Judicial, ¿lesiona los principios básicos del derecho a la defensa?: 1) Breve referencia a los tratados y convenios internacionales sobre Derechos Humanos y su incidencia en el tema. 2) Los principios básicos del derecho a la defensa. 3) ¿Podría entenderse modificado el artículo 1.004 del Código castrense?—III. ¿Cabe recurso contra la resolución recaída en el Expediente Judicial?: A) El artículo 1.008 del Código de Justicia Militar; el artículo 200 de las Reales Ordenanzas y el artículo 241 de la Constitución española. B) ¿Recurso ante Tribunal militar o ante Tribunal contencioso-administrativo? C) Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de Valencia de 18-2-83, conociendo del recurso contra correctivo impuesto a oficial. D) ¿Es conveniente someter a recurso los correctivos impuestos a militares?—IV. El Expediente Judicial y la prescripción de la acción penal: A) Concepto, naturaleza y fundamento de la prescripción. B) Normativa legal. C) ¿Qué significa la frase «procedimiento dirigido contra el culpable»? D) ¿Es el Expediente Judicial procedimiento dirigido contra el culpable a los efectos de la prescripción?—V. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO

Los procedimientos llamados judiciales establecidos en el Código de Justicia Militar son tres: las causas penales, previstas para los delitos, los expedientes judiciales previstos para las faltas graves, y los procedimientos previos encaminados a depurar hechos que, pudiendo ser originarios de responsabilidad, no aparezcan desde los primeros momentos como constitutivos de delito o falta grave. Esta clasificación de los procedimientos judiciales

en el ámbito militar resulta claramente del párrafo primero del artículo 517 del Código Castrense; es más: tan pronto como en un procedimiento previo resulte un indicio racional que permita suponer la existencia de un delito o de una falta grave habrá de acordarse, por imperativos del artículo 519, la elevación de lo actuado a Causa o Expediente judicial.

En el presente trabajo, circunscrito al Expediente judicial, trataremos de abordar tres temas fundamentales: su naturaleza jurídica a la vista de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15-6-81, recaída en recurso de amparo número 16, la posibilidad de recurso contra la resolución recaída en el mismo y, en tercer lugar, el tema de si la incoación de un expediente judicial interrumpe la prescripción de la acción penal, problema éste íntimamente conectado con el primero.

II. NATURALEZA JURIDICA

A) *¿Tiene el Expediente Judicial carácter penal o administrativo?* El primer problema que se plantea en relación con el Expediente Judicial regulado en el Código de Justicia Militar es si tiene naturaleza administrativa o judicial. Podría pensarse, en principio, que el Expediente Judicial tiene carácter judicial por las siguientes razones:

1.º Porque el artículo 1.003 del Código Castrense señala que «las faltas graves serán corregidas en *vía judicial*, previo esclarecimiento en expediente que tramitarán Instructor y Secretario»; expediente que se termina mediante resolución de una Autoridad, llamada precisamente Autoridad Judicial; expediente éste en el que además se habla de *acusado* en el artículo 1.004.

2.º Porque las faltas graves que en dicho Expediente Judicial se regulan están previstas y penadas en el Tratado II del Código de Justicia Militar que se encabeza con la denominación de «Leyes penales», y ya se sabe la estrecha vinculación existente entre lo penal y lo judicial, vinculación que ha dado lugar a la acuñación del famoso principio de «*nulla poena sine iudicio*» (1).

B) *La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15-6-81 (RA-16)*

Sin embargo, a pesar de las coincidencias puramente formalistas que se señalan en el anterior apartado, el expediente judicial no responde ni por su concepto ni por su estructura a la idea de

(1) Principio que, juntamente con el de «*nullum crimen sine lege*» y «*nulla poena sine lege*», constituyen el triple fundamento de la legalidad penal en todo Estado de Derecho.

un proceso judicial de carácter penal. Lo ha señalado así con meridiana claridad la citada Sentencia del T. C. de 15 de junio de 1981 recaída en recurso de amparo número 92/80 (RA-16).

En primer término, en cuanto a su *concepto*, hay que significar que el artículo 207 del Código de Justicia Militar distingue entre lo judicial y lo gubernativo al señalar la distinta naturaleza que tiene uno y otro procedimiento y afirmar que:

«Sólo se reputarán penas las impuestas por los Tribunales, en virtud de procedimiento judicial. Las correcciones que se impongan judicial, gubernativa o disciplinariamente no se considerarán penas, aunque sean de la misma naturaleza que las establecidas en esta Ley».

En segundo lugar porque el artículo 211 del Código Castrense expresa la duración temporal de las penas, las cuales oscilan entre seis meses y un día a treinta años, mientras que las llamadas *correcciones* por falta grave alcanzan una duración temporal máxima de seis meses.

Pero, además, en cuanto a su *estructura*, la del Expediente Judicial no responde a la estructura de un proceso judicial de carácter penal sino que, como señala la indicada Sentencia en el 7.º de sus fundamentos jurídicos, «se corresponde perfectamente con la de los *Expedientes administrativos en el ámbito civil*, con una fase de instrucción en la que el instructor reúne funciones que en el procedimiento criminal se distribuyen entre el Juez Instructor y el Ministerio Fiscal, y una fase de resolución en la que el órgano a quien corresponde la decisión no está especializado y coincide con la propia autoridad administrativa. *Las faltas militares graves y sus correcciones no forman parte en el Código de Justicia Militar del Derecho penal, sino del régimen disciplinario*». Importantísima declaración la que acabamos de subrayar de la que pueden resultar consecuencias trascendentales como luego veremos.

C) *La normativa del Expediente Judicial, ¿lesiona los principios básicos del derecho a la defensa?*

La Sentencia citada más arriba declara que en lo militar —dado que la disciplina y la subordinación jerárquica constituyen valores primordiales— el procedimiento disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez del castigo. Por ello, la separación entre derecho disciplinario y Derecho penal adquiere un relieve especial, pues dado que no existe entre ambos una nítida línea fronteriza (2) «bastaría con calificar de disciplinaria

(2) PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón, *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema inicial penal*, «Revista de Administración Pública», núm. 67, enero-abril, pág. 43. En este sentido señala este autor que los pe-

una infracción para sustraer el procedimiento de las debidas garantías procesales». Y en este sentido —añade la Sentencia— el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que cada Estado es competente para organizar su sistema de disciplina militar, gozando en la materia de amplio margen de apreciación. Pero dicho Tribunal ha distinguido en Sentencia de 8 de junio de 1976 recaída en el caso *Engels* y otros (3), entre arrestos que implican una *restricción de libertad* y aquellos que implican una *privación de libertad*, exigiendo en estos últimos las garantías procesales establecidas en el artículo 6.º del Convenio Europeo, extendiendo al ámbito disciplinario castrense los derechos propios del orden penal (Fundamento jurídico 9.º).

En relación con el procedimiento disciplinario militar, la citada Sentencia del Tribunal Constitucional declara que no parece aplicable el artículo 24-2 de la Constitución, puesto que dicho precepto está orientado hacia el proceso judicial penal y tampoco puede aplicarse el artículo 6.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre la base de la remisión normativa del artículo 10-2 de la Constitución, puesto que España se reservó (4) la aplicación de los artículos 5 y 6 en la medida en que fueron incompatibles con el régimen de las Fuerzas Armadas, contenido en el Título XV del Tratado II sobre faltas y correcciones y el Título XXIV del Tratado III sobre los procedimientos para las faltas (Fundamento jurídico 10.º).

nalistas repudian el estudio de este tema del poder sancionador de la Administración porque lo consideran zona fronteriza y problemática, carente además de codificación, faltando a la sanción administrativa, por si fuera poco, algunos de los requisitos de la teoría jurídica del delito como, por ejemplo, la tipicidad.

(3) En la citada sentencia del TEDH se hizo aplicación de los artículos 5, 6, 10, 11, 14, 17 y 18 de la Convención. Los casos examinados por la Sentencia fueron los siguientes: caso *Engels* (sargento), a quien se había impuesto un arresto de cuatro días por haberse ausentado de su domicilio donde pernoctaba después del servicio; caso *Van der Wiel* (cabo), a quien se había impuesto un arresto de cuatro días por presentarse con retraso; caso de *Wit* (soldado), a quien se había corregido con destino a unidad disciplinaria por tiempo de tres meses, por conducir de forma inadecuada un vehículo militar y no ejecutar con prontitud una orden recibida; caso *Dona* (soldado), corregido con destino a unidad disciplinaria por tres meses, por haber participado en la edición y difusión de una revista que minaba la disciplina militar; caso *Schul* (soldado), corregido también con destino a una unidad disciplinaria por cuatro meses. El TERH distingue entre *arrestos simples* (los impuestos a *Engels* y *Van der Wiel*) y los *arrestos de rigor* (destino a unidad disciplinaria), añadiendo que si bien los simples no constituyen privación de libertad se consideran en cambio que sí tienen carácter de privación de libertad los arrestos de rigor, entre ellos el destino a una unidad disciplinaria. Corresponde, pues, al Tribunal verificar si el arresto de rigor, entre ellos el destino a una unidad disciplinaria, cuanto privación de libertad, respeta el artículo 5-1 de la Convención.

(4) Este derecho a la reserva viene contemplado en el art. 64 del Convenio, que, por lo demás, no sólo ha sido utilizado por España, sino también por las otras partes contratantes cuya actitud ha sido análoga en este sentido, haciendo uso de la facultad que se les ofrece.

1) *Breve referencia a los Tratados y Convenios internacionales sobre Derechos Humanos y su incidencia en el tema.*

De cuanto llevamos dicho resulta la superlativa importancia que después de la Constitución tienen en nuestro derecho interno los Pactos y Convenios internacionales ratificados por España. Singularmente la Convención Europea para la salvaguardia de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, firmada en Roma el 4-11-50, que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953 y fue ratificada por España el 27 de abril de 1977 (5), que ha sido completada por cuatro protocolos adicionales, el primero y el cuarto de los cuales añadieron nuevos derechos a los de la Convención.

La Convención Europea ofrece la importante peculiaridad de que el compromiso que en ella asumen las partes contratantes no se limita a sus propios nacionales, sino a toda persona dentro de su jurisdicción (art. 1.º) y, de otro lado, es de aplicación inmediata una vez ratificada, sin que se requiera la promulgación de medidas legislativas complementarias (6).

La Convención —señala García de Enterría— es el instrumento más relevante del Consejo de Europa, de modo que nuestra incorporación formal a sus contenidos obligatorios y a su sistema de protección supone la definitiva consagración de nuestra incorporación europea (7). Incorporación que va a producir efectos muy directos sobre nuestro sistema jurídico. Al menos en tres órdenes diferentes: a) Va a convertirse el derecho interno español, directamente aplicable por los tribunales, a virtud del artículo 96 de la Constitución, derecho además inmune frente a las leyes ordinarias, según el citado artículo del Texto fundamental; b) La Convención tiene, una vez ratificada, un valor interpretativo directo de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales, según dispone el artículo 10-2 de la Constitución Española; c) La entrada en juego de todo el sistema de protección que la propia Convención ha prescrito (Comisión Europea de Derechos Humanos y Comité de Ministros) (8) y (9).

La Convención, pues, no es una simple declaración de principios abstractos ni evanescentes o de buenos propósitos de los Estados signatarios, sino que encarna un importante sistema ins-

(5) Y que constituye el equivalente europeo del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

(6) TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los Derechos Humanos*, Ed. Technos, Madrid, 1982, pág. 45.

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Prólogo al libro «El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos», escrito por este mismo autor con la colaboración de LINDE, ORTEGA y S. MORÓN, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1979.

(8) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., ob. cit., pág. 13.

(9) Precisamente la gran superioridad de la Convención Europea sobre los Pactos de la ONU radica precisamente en esto, en que la Convención establece esos mecanismos de aplicación que pueden calificarse de revolucionarios en el orden internacional. Vid. TRUYOL, ob. cit., pág. 54.

titucional europeo de protección de derechos, ofrecido incluso —además de a los Estados— a los sujetos privados, titulares de derechos (10). Sujetos privados que, por cierto, son no sólo los súbditos, sino también los extranjeros. Por ello ha podido decir con razón Truyol que «la Convención de Roma representa el mayor avance realizado desde la aparición del Estado moderno para tutelar los derechos humanos en el plano internacional (11).

Por lo que se refiere a España, el artículo 96 de la Constitución dice así:

«Los Tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. Para la denuncia de los Tratados y Convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94».

Esto quiere decir que los Tratados forman parte del Ordenamiento jurídico interno y que sus disposiciones no pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas más que en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. ¿Quiere ello decir —se pregunta García de Enterría— que se está otorgando a los tratados una jerarquía normativa superior a las leyes? (12). En opinión del citado autor la contestación es afirmativa por lo dispuesto en el artículo 94-1e de la Constitución Española, lo cual significa que los Tratados Internacionales se coordinan por arriba con la Constitución y por abajo con las leyes, ocupando una posición que puede calificarse de supralegalidad formal, esto es, son conformes a la Constitución y jerárquicamente superiores a las leyes (13).

2) *Los principios básicos del derecho a la defensa.*

La tantas veces citada Sentencia del T. C. de 15-6-81, después de decir —como señalábamos más arriba y con ello retomamos el hilo del tema— que al procedimiento disciplinario militar no

(10) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, ob. cit., pág. 14.

(11) TRUYOL Y SERRA, A., ob. cit., pág. 54.

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, ob. cit., pág. 147.

(13) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., ob. cit., pág. 151. Ahora bien, aunque la Convención forma parte del Derecho interno español, reviste carácter subsidiario en relación con el citado Derecho interno. En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia del 7-12-76, caso *Handsyde*) declaró que «el mecanismo de protección instaurado por la Convención reviste un carácter subsidiario en relación con los sistemas nacionales de garantía de los Derechos Humanos». Ello quiere decir —en palabras del propio GARCÍA DE ENTERRÍA (ob. cit., pág. 169)— que «la Convención confía en primer término a cada uno de los Estados contratantes el cometido de asegurar el disfrute de los derechos y libertades que ella consagra; las instituciones creadas por aquéllas contribuyen a dicha felicidad, pero sólo entran en juego por la vía contenciosa y después de haber agotado todos los recursos internos».

es aplicable el artículo 24-2 de la Constitución, puesto que está orientado al proceso judicial penal, ni tampoco el artículo 6.º del Convenio Europeo dado que España se reservó la aplicación de este artículo y del 5.º, establece una importantísima doctrina con estas palabras que no nos resistimos a transcribir literalmente:

«No cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un *sistema de valores y principios de alcance universal*, que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos Convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por España y que, asumidos como *decisión constitucional básica*, han de *informar todo nuestro ordenamiento jurídico*. Por ello, una vez aprobada la Constitución, el régimen disciplinario militar ha de incorporar este sistema de valores y, en consecuencia, *en aquellos casos en que la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad, el procedimiento disciplinario legalmente establecido ha de responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa*, de modo que este derecho no se convierta en una mera formalidad, produciéndose, en definitiva, indefensión».

En resumen: de la Sentencia que comentamos podrían extraerse los siguientes puntos básicos: 1.º las faltas militares graves y sus correcciones no constituyen Derecho penal, sino Derecho disciplinario; 2.º el llamado Expediente Judicial no es verdaderamente judicial, sino expediente administrativo; y 3.º en principio el procedimiento disciplinario no puede quedar sometido a las garantías reconocidas para los procesos judiciales por diversas razones: a) porque la razón de ser de aquél reside en la prontitud y rapidez del castigo; b) porque el artículo 24-2 de la Constitución está orientado sólo al proceso judicial penal y no al procedimiento disciplinario, y, c) porque es inaplicable en este punto el artículo 6.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos a pesar de la remisión normativa del artículo 10-2 de la Constitución, dado que España expresó sus reservas en relación con aquel artículo. No obstante ello, *el Tribunal Constitucional declara que cuando la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad el procedimiento disciplinario ha de respetar el contenido básico del derecho a la defensa*.

La declaración subrayada tiene una importancia trascendental, puesto que las sanciones susceptibles de ser impuestas en expedientes judiciales —procedimiento de frecuente incoación en la Jurisdicción Militar— (14) conllevan siempre prácticamente una privación de libertad. Así en el caso de Oficiales y Suboficiales la sanción a imponer es el arresto militar de dos meses y un día a

(14) En el año 1975 se incoaron 883 Expedientes Judiciales de los cuales 290 terminaron con corrección por falta grave. En 1976 se incoaron 894, de los que 307 terminaron con corrección también por falta grave. En 1977, 909, de los que terminaron con corrección 362. En 1978 fueron incoados 808, de los que terminaron con corrección 359, y en 1979 —última estadística publicada— se incoaron 949 expedientes judiciales, de los que terminaron con corrección por falta grave 493.

seis meses, y en el caso de las clases de tropa o marinería esa misma sanción o el destino a cuerpo de disciplina de uno a dos años. Esa es la normativa contenida en el artículo 415 del Código de Justicia Militar.

Si, por consiguiente, las sanciones previstas por el Código Castrense para ser impuestas en expediente judicial (15) implican todas ellas *privación de libertad* y, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional ya expuesta, el procedimiento disciplinario en estos casos ha de responder a los «principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa», importa en grado superlativo saber qué se entiende por estos principios determinantes del contenido básico del derecho a la defensa.

2) *Los principios básicos del derecho a la defensa.*

El artículo 24 de la Constitución, al tratar de la protección judicial de los derechos, señala la tutela efectiva judicial sin que en ningún caso se produzca indefensión (art. 24-1), el derecho al juez determinado por la Ley, la defensa y asistencia de letrado, ser informado de la acusación, derecho a un proceso público con todas las garantías y sin dilataciones indebidas, derecho a utilizar medios de pruebas, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia (art. 24-2).

Pero todos estos derechos y garantías, que evidentemente constituyen o configuran el derecho a la defensa, no constituyen sin embargo su *contenido básico* conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional. Pues la Sentencia que venimos citando con tanta reiteración, en su fundamento jurídico 13, señala que los fines esenciales o contenido básico del derecho a la defensa son el *esclarecimiento y la prueba de los hechos y la determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción*; «fines esenciales» del derecho a la defensa que, en el caso concreto que la Sentencia del T. C. examinaba, no se habían vulnerado por cierto.

Pero, prescindiendo del caso concreto, ¿puede afirmarse que la normativa legal contenida en los artículos 1.003 y 1.004 del Código de Justicia Militar respeta ese contenido básico del derecho a la defensa? Parece que sí en cuanto a la «determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción» puesto que la llamada *lectura de cargos* cumple esa finalidad. En este sentido dice el artículo 1.004 que:

(15) Y no sólo estas sanciones, sino algunas por falta leve impuestas directamente por los superiores jerárquicos y que no necesitan procedimiento alguno. Véase en este sentido el art. 416 del Código de Justicia Militar.

«El expediente contendrá las pruebas que sea posible recabar de la existencia de la falta y responsabilidad del acusado, a quien se recibirá declaración no jurada y se le dará conocimiento de los cargos que resulten para que, en comparecencia ante el Instructor, los conteste y se defienda».

En cambio, por lo que se refiere a la otra finalidad básica o esencial del derecho a la defensa, consistente en el esclarecimiento y la prueba de los hechos, creemos que fallan rotundamente los principios de igualdad y contradicción, principios que el propio Tribunal Constitucional (16) considera como las dos garantías instrumentales básicas del derecho a la defensa. Y entendemos que no existen no ya sólo por la razón formal de que hay una confusión orgánica entre quien instruye y acusa (ya que el Juez instructor hace también las veces de Fiscal) sino que falla radicalmente la igualdad o paridad de armas —«equality of arms»—, según la expresión anglosajona en el debate contradictorio. Efectivamente, si se lee con detenimiento el artículo 1.004 se observará que, al tratar de la práctica de pruebas, así como el instructor-acusador no tiene límite alguno para practicar las que crea convenientes, no acontece en cambio lo mismo con el encartado, respecto del cual dice el precepto que «si hiciera alguna cita se evacuará en caso de que por el instructor se estime pertinente». Y está claro que si el instructor no lo estima pertinente la prueba evidentemente no se practica, sin que contra el Auto de inadmisión tenga el encartado recurso alguno, con lo cual se le puede colocar en situación de positiva indefensión.

3) *¿Podría entenderse modificado el artículo 1.004 del Código Castrense?*

A la vista de cuanto antecede creemos que sí, por lo cual habría de entenderse —a fin de evitar la indefensión del encartado— que contra el Auto de inadmisión de pruebas propuestas por éste pudiera interponerse un recurso que sería resuelto por la autoridad judicial con su auditor, que resolvería el recurso, estimándolo o desestimándolo con arreglo al propio artículo 1 004, que ciertamente no contempla el supuesto pero que, reinterpretado a la luz de la Constitución, podría admitir la interpretación y el sentido que proponemos con base en las propias palabras del mismo, que dicen: «remitiendo el expediente al auditor, quien si lo estimase incompleto o adoleciese de defectos procesales lo devolverá al instructor para que practique las diligencias complementarias o subsane los defectos observados».

Esta tesis que mantenemos, consistente en admitir recursos contra el Auto de inadmisión de pruebas en el expediente judicial —no obstante el silencio legal— a fin de evitar la indefensión, tiene su apoyo en la interpretación que el Tribunal Constitucional

(16) En Sentencia de 20-12-82 (C. I. núm. 411-82).

na hecho del artículo 24-1 de la Constitución y en el llamado *principio de conservación de las normas* anteriores al Texto fundamental proclamado por el propio Tribunal Constitucional. En este sentido son singularmente significativas las siguientes declaraciones:

1.^a «El artículo 24-1 de la Constitución contiene un mandato implícito al legislador —y al intérprete— consistente en promover la defensa en la medida de lo posible mediante la correspondiente contradicción (STC de 31-3-81, RA-7).

2.^a «La legalidad ordinaria ha de ser reinterpretada a la luz de los preceptos constitucionales» (STC de 29-11-82).

3.^a «Un criterio de prudencia aconseja evitar que se produzcan lagunas en el ordenamiento, y por ello la inconstitucionalidad sobrevenida —y consiguiente derogación— sólo procede declararla en aquellos casos en que las normas preconstitucionales no puedan interpretarse de acuerdo con la Constitución por ser de un contenido incompatible con la misma» (STC de 2-2-81, R. I.-1).

4.^a Entendemos, pues, que el artículo 1.004 del Código Castrense puede hoy reinterpretarse, a la luz de la Constitución, en el particular relativo a la práctica de pruebas, en el sentido de que contra el Auto de inadmisión cabe recurso ante la autoridad judicial, ya que el precepto no lo prohíbe, y ante su silencio hay que entender que procede el recurso, a fin de evitar la indefensión, y porque en otro caso se produciría en el expediente un grave defecto procesal.

II. ¿CABE RECURSO CONTRA LA RESOLUCION FINAL RECAIDA EN EL EXPEDIENTE JUDICIAL?

A) *El artículo 1.008 del Código de Justicia Militar, el artículo 200 de las Reales Ordenanzas y el artículo 24-1 de la Constitución Española.*

El artículo 1.008 del Código de Justicia Militar —que es el último del Capítulo único del Título XXIV dedicado al «procedimiento para las faltas»— establece que «el derecho a recurrir prescribe al mes de extinguido el correctivo, precepto que, por su ubicación sistemática, podría interpretarse en el sentido de que el derecho a recurrir existe tanto en las faltas leves como en las graves porque a ambas se refiere el capítulo.

La interpretación contraria, empero, es la que debe prevalecer porque así resulta con claridad de la simple lectura del artículo 1.004, *in fine*, del Código Castrense, el cual, al referirse al expediente judicial en que se depura una falta grave, establece que «la autoridad judicial de acuerdo con el auditor dictará la *resolución* que estime justa, *la cual será firme*». Y ya se sabe que una resolución solamente es firme cuando contra ella no cabe recurso alguno.

Con lo cual se da evidentemente el contrasentido de que existe recurso contra la sanción por falta leve (que es la otra clase de infracción a la que se refiere el capítulo y por consiguiente el artículo 1.008) y no existe, en cambio, contra la sanción por falta grave. Y ello contra toda lógica elemental, puesto que habiendo recurso en lo menos debería haber recurso en lo más. Pero, a pesar de este contrasentido, del Código no resulta otra interpretación que la expuesta.

Pero el problema se ha complicado jurídicamente después de la publicación de las Reales Ordenanzas de 28 de diciembre de 1978 y de la Constitución de 27 de diciembre de 1978 (17).

En primer término porque el artículo 200 de las RR. OO. establece lo siguiente:

«Todo militar podrá interponer recurso por vía administrativa o judicial contra aquellas resoluciones que le afecten y que considere contrarias a derecho».

Y aun cuando la Ley que aprobó las citadas Ordenanzas contiene una disposición final derogatoria de todas aquellas disposiciones que se le opongan, sin embargo, dicho artículo 200 no ha tenido ulterior desarrollo legislativo o reglamentario y, por consiguiente, ha quedado sin concretar cuál es el recurso existente contra la resolución sancionadora que afecte a un militar y ante qué autoridad ha de interponerse (18).

Pero es que, además, el artículo 24-1 de la Constitución Española establece que todas las personas tienen derecho a obtener la *efectiva tutela judicial* en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Y está claro que esta indefensión se produce en un expediente que, por cuanto queda dicho, no es expediente judicial, sino expediente disciplinario que puede terminar con seis meses de arresto militar.

Y si las Reales Ordenanzas, como Ley de principios que es, necesitan para su efectividad un ulterior desarrollo normativo no acontece lo mismo con la Constitución que tiene una eficacia normativa directa. Y son vinculantes no sólo los *preceptos* constitucionales sino también los *principios* contenidos en el texto fundamental. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias:

(17) No se olvide que la ciencia jurídica no es otra cosa que una ciencia de problemas singulares, jamás reductible —frente a ingenuos intentos, siempre fallidos— al esquema mental axiomático-deductivo expresado en las matemáticas. Hoy se ha superado la convencional contraposición entre jurisprudencia de conceptos y de intereses, y toda una dirección reciente de la ciencia jurídica postula una jurisprudencia de problemas. (Prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA a la obra de THEODOR VIEWIEG, *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Sociedad Anónima, traducida al español por Díez-Picazzo, Madrid, 1964.

(18) Obsérvese que, conforme al artículo 200 de las Reales Ordenanzas, puede interponerse recurso contra aquellas resoluciones que afecten a un militar y que considere contrarias a derecho; expresión que permite el recurso tanto en caso de falta grave como en caso de falta leve.

a) La STC de 15-6-81 (RA-16) declara que «los preceptos constitucionales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9-1 y 53-1 de la C. E.) y son origen inmediato de Derechos y obligaciones y no meros principios programáticos».

b) Las SsTC de 2-2-81 (RI-1) y de 31-3-81 (RA-7) que declaran que la Constitución es Ley posterior y, en consecuencia, da lugar a la derogación de las leyes y disposiciones anteriores opuestas a la misma de acuerdo con la disposición derogatoria 3.^a, aclarando la STC de 1-6-81 (CI-2) que debe referirse la contradicción con la Constitución, y, en consecuencia, la eficacia derogatoria de ésta, al momento en que se promulgó el Texto fundamental (19).

Y en relación concretamente con el problema de la efectiva tutela judicial que nos viene ocupando, el Tribunal Constitucional—interpretando el artículo 24-1 de la C. E.— ha declarado que:

«... para que dicha acción disciplinaria se mantenga dentro de los límites del marco constitucional, es necesaria la existencia de un sistema de *tutela judicial* que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas a través de un procedimiento que permita al inculpado ejercitar plenamente su derecho a la defensa» (20).

(19) La actitud, pues, de la autoridad judicial militar en presencia de un expediente judicial es la de aplicar las normas del Código de Justicia Militar que puedan conservarse, como dijimos más arriba a la luz de la Constitución, bien porque no se opongan a la misma, bien porque la elasticidad de la norma permita una interpretación acorde con la Norma Fundamental. Esta tesis—que es de genérica aplicación a toda la normativa preconstitucional— tiene su apoyo en las siguientes declaraciones del Tribunal Constitucional:

1.^a «Los jueces y tribunales deben inaplicar aquellas normas que entiendan han quedado derogadas por la Constitución por oponerse a la misma, o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad (STC de 2-2-81, R.I.-1).

2.^a «La defensa de la Constitución corresponde, en primer lugar, a los jueces y tribunales, que deben denegar validez a las normas reglamentarias contrarias a la Constitución, y *están facultados para inaplicar las leyes preconstitucionales contrarias a la Constitución*. No lo están, en cambio, para las postconstitucionales para cuya declaración de inconstitucionalidad ostenta el monopolio el Tribunal Constitucional» (STC de 1-6-8, CI-2). En igual sentido la STC de 2-2-81 (RI-1).

(20) Es la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981 (RA-16), cuyo fundamento jurídico número 15 en su integridad dice así:

«La Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar entiende que la resolución del expediente es firme, pues así lo dispone el artículo 1.004 del Código de Justicia Militar, texto legal aplicable en tanto no se desarrollen y configuren las posibles vías de recurso a que hace referencia el artículo 200 de las Reales Ordenanzas. Frente a esta tesis, y en la línea mantenida por el recurrente y el Ministerio Fiscal, es obligado reconocer, sin embargo, la aplicabilidad del artículo 24.1 de la Constitución respecto a la posible impugnación de las resoluciones dictadas en los expedientes judiciales. La extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio, basadas en la «relación de sujeción especial» en que se encuentran ciertas categorías de personas, sólo sean admisibles en la medida en que

Es decir que, al amparo del artículo 24-1 de la Constitución —que exige la efectiva tutela judicial y prohíbe la indefensión— *existe derecho a recurso contra la resolución recaída en el Expediente judicial. Y este recurso es de carácter jurisdiccional. Pero, ¿ante qué autoridad?* El Tribunal Constitucional no ha resuelto el problema en la Sentencia que comentamos, en cuyo fundamento jurídico 16 declara lo siguiente:

«El derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales no ha sido vulnerado, pues el recurrente ha tenido acceso a un órgano de la jurisdicción militar, la Sala de Justicia del CSJM, y ha obtenido de la misma una resolución sobre el fondo del asunto...».

B) *¿Recurso ante Tribunal Militar o ante Tribunal contencioso-administrativo?*

¿Quiere decir lo que antecede que la resolución que recae en un Expediente judicial es susceptible de recurso ante el Consejo Supremo de Justicia Militar? Entendemos que no. Ya decimos más arriba que el artículo 200 de las Reales Ordenanzas no había tenido ulterior desarrollo normativo y, por consiguiente, no existe disposición que establezca y explicita los recursos que los militares pueden interponer contra las resoluciones que les afecten y consideren contrarias a derecho. Lo que el Tribunal Constitucional quiere decir en la Sentencia que comentamos es que, en el caso concreto de la Sentencia, el derecho a la efectiva tutela judicial no fue vulnerado, pues hubo un órgano judicial —la Sala de justicia del CSJM— que conoció del fondo del asunto. Pero no dice en modo alguno que ese sea el camino a seguir en casos análogos ni, en consecuencia, que ese sea el órgano competente.

Si se examina el artículo 107 del Código de Justicia Militar se observará que la Sala de Justicia del CSJM tiene encomendada, entre otras, la función de conocer de las causas, pero no de los Expedientes judiciales. Si en el caso concreto comentado el CSJM conoció fue porque hubo un recurso de queja del que conoció y, al conocer de éste en virtud del artículo 107-6 del Código Castrense,

resulten estrictamente indispensables al cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y en este sentido es de señalar que el cometido de la acción disciplinada militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, por lo que de la naturaleza del procedimiento seguido en el expediente judicial en cuestión no puede derivarse el carácter firme de la resolución que pone fin a dicho expediente. Por el contrario, para que dicha acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional es necesaria la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas a través de un procedimiento que permita al inculpaado ejercitar plenamente su derecho a la defensa».

se pronunció *además* sobre el fondo del asunto. Pero, si en ese caso concreto aconteció así, ello no siempre ocurrirá puesto que la queja es un recurso formal que se detiene en el examen de la «denegación de recursos u otras garantías legales», pero no tiene por qué (a nuestro juicio no debe) entrar en el fondo del asunto. Insistimos: si en el caso concreto de la Sentencia comentada el CSJM entró en el fondo —y por ello mismo en Tribunal Constitucional tuvo por cumplida la garantía de la efectiva tutela judicial— no siempre ocurrirá así, pues el recurso de queja, caso de existir en un Expediente judicial, se limitará al objeto de la queja; es decir, la reclamación formulada contra la autoridad o Tribunal por haber denegado un recurso y otra garantía.

De modo que ese no es el camino, puesto que, a nuestro juicio, no existe hoy —ahora mismo— ninguna norma legal que atribuya, genérica o específicamente, competencia objetiva al CSJM para conocer de los recursos que se interpongan contra las resoluciones dictadas en Expedientes judiciales.

En nuestra opinión hoy, a la luz de la legalidad vigente, y después que el Tribunal Constitucional ha perfilado la naturaleza administrativa del Expediente judicial, pudiera pensarse —y no hace falta ponderar las gravísimas consecuencias que ello podría acarrear en la práctica— pudiera pensarse que el Tribunal contencioso-administrativo, porque estamos en presencia de una sanción disciplinaria y no penal y, por tanto, ante un acto de la Administración pública sujeto al derecho administrativo conforme al artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27-12-56, debiendo inaplicarse, por cuanto implica indefensión, el artículo 40 de la indicada Ley, que excluía de la impugnación judicial determinadas resoluciones recaídas en expedientes y procedimientos militares; y ello en virtud del artículo 24-1 de la Constitución.

Y pudiera pensarse además (con lo que la gravedad del problema aumentaría) que el procedimiento a utilizar no es el general de la indicada Ley Jurisdiccional, sino el procedimiento instaurado por la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, recurso éste caracterizado porque no es necesaria la reposición ni ningún otro recurso administrativo previo, y porque la suspensión del acto administrativo es la norma y no la excepción, y porque la pasividad de la Administración en no remitir el expediente o no contestar la demanda en los plazos preclusivos fijados por la Ley en ningún caso suspenderá el curso de los autos (21).

(21) Es muy interesante la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de mayo de 1982 (RA-383-81). Se trataba de un expediente judicial por falta grave de dejar de cumplir sus deberes militares en cuya resolución definitiva se impuso a un oficial el correctivo de tres meses de arresto militar y accesorias. El Consejo Supremo de Justicia Militar conoció del asunto, desestimando un recurso de queja interpuesto por el corregido. Interpuso éste recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial de Valencia,

El hecho de que hayan quedado fuera de la Ley de 26-12-78 y del Decreto Legislativo de 20-2-79 (que sirve a aquélla de complemento) los derechos y libertades reconocidos en algunos preceptos de la Constitución, entre ellos el artículo 24 (22), que es el que servir de base al recurso que indica, no constituye obstáculo alguno. Y no lo es por la razón expuesta por García de Enterría de que los derechos comprendidos en ambas disposiciones normativas (Ley de 1978 y Decreto Legislativo de 1979, ya citados) no son todos los incluidos en el artículo 53-2 de la Constitución, y esta falta de coordinación entre estas disposiciones normativas y el Texto Constitucional (por otro lado inexplicable dada la simultaneidad cronológica de la C. E. y la Ley de 26-12-78) debe llevar a considerar que la exclusión operada es anticonstitucional, puesto que el legislador ordinario no está facultado evidentemente para reducir el ámbito de protección determinado por la Constitución para una serie de derechos. Por ello entiende dicho autor que el particular que considere vulnerados derechos contenidos en el artículo 53-2 de la C. E., pero excluidos del ámbito de la Ley de 26-12-78 y el complementario Decreto Legislativo de 20-2-79, podrá interponer el correspondiente recurso aludiendo a la inconstitucionalidad de dicha Ley y Decreto Legislativo, lo cual facultará a la autoridad judicial competente para plantear la cuestión de inconstitucionalidad conforme al artículo 163 de la C. E.

y ésta, mediante Auto de 27-10-81, declaró su falta de jurisdicción para el conocimiento del recurso, sin perjuicio de la vía de amparo, basándose en que, si bien en materia disciplinaria no debe tenerse por excluida en principio la vía contencioso-administrativa, es lo cierto que la vía de recurso debe ser la establecida en el Código de Justicia Militar y en este caso concreto «quedó constatada la intervención y decisión de la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar».

El Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado por el corregido, con base (fundamento jurídico 3.º) en que hubo un recurso de queja ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, en que los hechos pertenecen además a un orden estrictamente castrense, cuyo control jurisdiccional puede mantenerse —conforme al art. 117-5 de la Constitución— dentro de la jurisdicción militar «y queda excluido de la jurisdicción contencioso-administrativa». Y termina afirmando que *habiendo conocido del asunto la jurisdicción militar*, se estima que el derecho a la tutela jurisdiccional del artículo 24 de la Constitución ha quedado satisfecho.

La doctrina, pues, que sienta el Tribunal Constitucional en esta Sentencia es la misma que sentó en la de 15-6-81, RA-16, es decir, se deniega el amparo solicitado por entender que en el caso concreto de Autos se tuvo por cumplida la tutela efectiva judicial, dada la intervención en su día del CSJM en el recurso de queja, y por ello —y sólo por ello— quedó excluida en su día también la jurisdicción contencioso-administrativa.

(22) GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, ob. cit., pág. 161, entiende que han quedado fuera los arts. 14, 15, 16 (parcialmente), 18 (parcialmente), 20-1b, 20-1d, 23, 24, 25, 26, 27, 28-2 y 29.

C) *Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de Valencia de 18-2-83, conociendo del recurso contra correctivo impuesto a Oficial.*

La Sala de lo contencioso-administrativo de Valencia ha conocido ya de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Oficial contra el correctivo de catorce días que le fue impuesto por falta leve de desobediencia. La resolución administrativa final que se impugnaba era una resolución del Teniente General Jefe del Estado Mayor del Ejército recaída en expediente administrativo. Así titula la Sentencia el expediente en que recayó la resolución impugnada.

El problema es muy importante, por lo inédito desde luego, y singularmente por lo grave, pues lo es este enjuiciamiento extracastrense de la disciplina en el que el único perdedor —lo decimos salvando todos los respetos que haya que salvar— el único perdedor es el Ejército.

En este recurso, el señor Abogado del Estado, al contestar la demanda, interesó la inadmisión del recurso al amparo del artículo 82-c en relación con el artículo 40-d de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y, subsidiariamente, se declarase conforme a derecho la resolución impugnada, absolviendo a la Administración demandada.

La Sala en la Sentencia rechazó el motivo de inadmisibilidad alegado por el señor Abogado del Estado y estimó que el artículo 40 de la Ley Jurisdiccional choca frontalmente con el artículo 24-1 de la C. E. —que concede a todas las personas derecho a la tutela efectiva judicial, sin que en ningún caso se pueda producir indefensión— por lo que, en consecuencia, «en materia alguna queda excluida la posibilidad del recurrente de obtener este amparo que ahora reclama».

De la Sentencia comentada resulta: 1.º que es posible, según la misma, la impugnación en vía contencioso-administrativa de las sanciones impuestas a militares, tanto por falta grave como por falta leve. Se aplica en ella el procedimiento genérico de la Ley básica de la Jurisdicción contencioso-administrativa y no el específico de la Ley de 1978 y Decreto Legislativo de 1979: La Sentencia señala en el segundo considerando que la sanción que hubiera sido impuesta tendría una inmediata efectividad.

El caso es que en esta Sentencia —rompiendo una tradición constantemente observada que hasta ahora tenía el apoyo normativo del artículo 40-d de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa— se ha entrado a conocer del fondo del asunto en un correctivo impuesto a un oficial aun cuando en este caso concreto se ha declarado conforme a derecho el correctivo impuesto.

D) *¿Es conveniente someter a recurso, y a recurso contencioso-administrativo los correctivos impuestos a militares?*

A nuestro juicio, en el Ejército tan importante o más importante que la Justicia es la *ejemplaridad*. No decimos arbitrariedad, que es siempre rechazable, y que al militar repugna por su propia formación profesional; sino la ejemplaridad, indispensable de todo punto en una institución como la castrense en donde la disciplina es su pilar básico. Un Ejército con disciplina es un Ejército; sin ella es una partida.

En cualquier país civilizado, señala Gratien Gardon, el Ejército se nos presenta como una sociedad fuertemente jerarquizada y en la que todos los elementos —sea cual fuere su número, su importancia o la diversidad de técnicas— concurren para la realización de un mismo fin: *la ejecución de la voluntad del jefe*, que se manifiesta por órdenes a las que la jerarquía asegura su exacta transmisión y ejecución según reglas estrictas y precisas, cuyo conjunto forma la disciplina en su más amplia acepción (23).

Y no se diga, frente a esto, que la Justicia figura en lugar preferente en el artículo 1.º de la Constitución como «valor superior del Ordenamiento», porque el artículo 8.º —que también ocupa un lugar preferente en el Título preliminar— señala las importantísimas funciones que constitucionalmente tiene encomendadas el Ejército como tal; y está claro que difícilmente puede un ejército cumplir esas funciones cuando la disciplina queda menoscabada por ausencia de ejemplaridad o de eficacia o de expeditivos poderes sancionadores de los superiores sobre los inferiores, de inmediata ejecutoriedad incluso en sanciones privativas de libertad.

Es nuestra modesta opinión que si en el ámbito penal ordinario puede mantenerse racionalmente la idea de que la ejemplaridad que acompaña a cualquier sanción por delito o falta debe ceder ante el valor supremo —y hoy constitucionalizado— de la Justicia, en cambio en el ámbito militar creemos que la Justicia debe ceder ante la ejemplaridad, al menos en el ámbito de las faltas o infracciones leves en las que el ejercicio de poderes sancionadores por los superiores jerárquicos sirven para restablecer de inmediato y en forma expeditiva la disciplina conculcada.

Es cierto que la historia y el derecho comparado nos presentan la evolución de este tema en el sentido de una jurisdiccionalización progresiva del poder disciplinario del Jefe militar, pero en las faltas o infracciones menos graves —que de hecho son las más frecuentes— se puede renunciar sin inconveniente al máximo de garantías ofrecido por el procedimiento judicial en provecho de una rápida intervención favorable a la intimidación y a la ejemplaridad (24).

(23) GRATIEN GARDON, *Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria*, REDM, núm. 8, julio-diciembre, pág. 11.

(24) GRATIEN GARDON, ob. cit., pág. 17. Es indudable —señala RODRÍGUEZ

No se olvide que el fundamento de las leyes no es sólo la Justicia sino también la necesidad —y en el Ejército es una necesidad imperiosa la disciplina y la ejemplaridad— y por otro lado difícilmente puede el ser humano producir una Ley justa químicamente pura (25).

En cualquier caso, lo que nos parece inconveniente y perturbador es un recurso contencioso-administrativo contra las sanciones impuestas por faltas, y ello aun cuando el procedimiento sea un procedimiento administrativo (26), pues ello introduciría un elemento extraño en las relaciones jerárquicas dentro del Ejército que en nada beneficiarían a la disciplina.

En cuanto a recursos contra las sanciones disciplinarias impuestas por el Jefe militar son tres los sistemas que se contemplan en el derecho comparado: 1.º *Sistema del recurso jerárquico militar*, sistema éste el más extendido, y consiste en que el castigado pueda recurrir, siguiendo la escala jerárquica, a los jefes de aquél que impuso el correctivo. Es el sistema de Francia, Bélgica, Italia, Suiza, Canadá y también el de España en las faltas leves. 2.º *Sistema del recurso ante la autoridad judicial militar* antes de la decisión. Es el sistema de Inglaterra, de Estados Unidos y Canadá en que no se admite ningún recurso contra las decisiones del Jefe militar; pero el inculcado puede, antes de la decisión, pedir su comparecencia ante el Tribunal militar exigiendo un *Trial by court-martial*, y 3.º *Sistema de recurso ante la Autoridad judicial militar en segunda instancia* que es el que impera en Holanda y en Alemania, en virtud del cual el sancionado puede, en primera instancia, interponer un recurso ante el superior jerárquico de aquel que le sancionó y, más tarde, si no obtiene satisfacción, puede apelar a una Autoridad judicial militar (27).

De estos tres sistemas, el primero de ellos nos parece el idóneo en materia de faltas leves, que además tiene honda raigam-

DEVESA— que la eficacia y buen orden de una unidad militar depende no tanto de la sanción de los delitos graves que en ella se cometan como de la inmediata sanción de una larga serie de pequeñas infracciones (*La acción penal y la acción disciplinaria*, en REDM, núm. 7, enero-junio, pág. 107).

(25) RODRÍGUEZ DEVESA, J. María, *El Derecho comparado como método de la política criminal*, «Revista Española de Derecho Militar», núm. 35, 1978, pág. 8. Entiende este autor que el Derecho, antes que un producto históricamente condicionado, o un producto racional resultado de una abstracción, es un intento de solucionar los problemas que plantea la convivencia dentro de una comunidad organizada, en el que *la justicia es un elemento esencial pero un elemento adjetivo, no sustantivo*. La injusticia es, a causa de la congénita imperfección del ser humano, un elemento inherente en mayor o menor medida a toda norma jurídica y evidentemente a todo acto aplicativo. Por ello, la meta del jurista, tanto teórico como práctico, es reducir a límites tolerables ese factor de injusticia inherente a todas las leyes humanas por el hecho de ser humano.

(26) Ya RODRÍGUEZ DEVESA, en *La acción penal y la acción disciplinaria*, REDM, núm. 7, pág. 101, señaló que «el procedimiento para sancionar las faltas es meramente administrativo».

(27) JOHN GILISSEN, *Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria*, REDM, núm. 8, pág. 37.

bre en nuestra tradición jurídica (28); y el tercero es el que nos parece más adecuado en materia de faltas graves residenciando el recurso en segunda instancia ante nuestro Consejo Supremo de Justicia Militar.

Y de existir facultades de suspensión (29) deberían quedar residenciadas en el superior jerárquico, caso de la falta leve, o en el Consejo Supremo de Justicia Militar caso de recurso contra sanción por falta grave.

En cualquier caso lo que sí es necesario en nuestra modesta opinión es que se legisle cuanto antes, a fin de colmar ese perturbador vacío normativo dejado por la virtual derogación del artículo 40-d de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956.

IV. EL EXPEDIENTE JUDICIAL Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

A) *Concepto, naturaleza y fundamento de la prescripción.*

Conceptualmente, según Rodríguez Devesa, la prescripción consiste en la extinción por el transcurso del tiempo del derecho del Estado a imponer la pena o a hacer ejecutar la pena ya impuesta (30). En cuanto a su naturaleza «la prescripción es de orden público y de política penal, y tiene como finalidad robustecer el principio de seguridad del Derecho; y se funda en el aquietamiento que se produce en la conciencia social cuando por el transcurso del tiempo se atenúa el estado de intranquilidad que el hecho delictivo produce y en la necesidad para el Orden Social de que pasado un lapso de tiempo se elimine toda incertidumbre en las

(28) Venía recogido en el art. 1.º, Título XVII, Tratado II de las Ordenanzas de Carlos III de 1768, donde se decía: «Todo militar se manifestará siempre conforme del sueldo que goza y empleo que ejerce: le permito el recurso en todos asuntos, haciéndolo por sus jefes y por buen modo; y cuando no lograre de ellos la satisfacción a que se considera acreedor, podrá llegar hasta Nos en la representación de su agravio».

(29) PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón, ob. cit., pág. 91. Señala que ningún sentido tiene la sentencia de un tribunal penal por mínima que sea la pena impuesta —dictada por jueces en un proceso con exquisitas garantías— no pueda ejercitarse si está pendiente de un recurso, y que, por el contrario, el acto sancionador dictado por un funcionario, a veces sin sujeción a procedimiento alguno se ejecute incluido su efecto máximo de privación de libertad, no obstante está pendiente la resolución de un recurso. Esta afirmación, que era válida en la fecha en que se escribió, no lo es después de la Constitución, cuyo art. 25-3 establece que «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente implique privación de libertad». Y desde luego no es válida en el ámbito castrense, puesto que en éste sí tiene sentido que un acto sancionador se lleve a efecto no obstante el recurso interpuesto en su contra, por los efectos beneficiosos que ello produce en cuanto a la disciplina y la ejemplaridad.

(30) RODRÍGUEZ DEVESA, J. María, *Derecho Penal*. Parte General, 1981, página 649.

relaciones jurídicas» (31). Por este motivo «la prescripción en materia penal se asemeja mucho a la caducidad o decadencia de derechos, pues ha de ser aceptada aunque se pida extemporáneamente o en forma defectuosa, y ha de ser proclamada ex-officio en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad indestructible» (32).

B) *Normativa legal.*

El artículo 250 del Código de Justicia Militar —siguiendo la expresión de su concordante en el Código penal que es el 114— establece que «el término de la prescripción comenzará a correr el día en que se hubiera cometido el delito; *esta prescripción se interrumpe desde que el procedimiento se dirija contra el culpable*».

De manera que, desde el punto de vista dogmático, en el cómputo de tiempo de la prescripción —aplicable también a las faltas graves y leves conforme al artículo 253-4.º del Código de Justicia Militar— hay que distinguir un *día inicial* —que es aquel en que se hubiera cometido el delito o falta y un *día final* que es aquel en que se cumple o expira el lapso de tiempo señalado en la Ley; día que, según la Jurisprudencia (33) es inexorable, debiendo ser estimada la prescripción cualquiera que sea la causa del transcurso del tiempo, «siendo indiferente que la causa de la inacción procesal se deba a alguna de las partes o a incuria del tribunal, o a la necesidad de resolver una competencia o a sustituciones de funcionarios o al exceso de trabajo, pues basta sencillamente el transcurso del tiempo». Pero, eso sí «el lapso de paralización del procedimiento ha de comprobarse con exactitud y no deducirse de simples conjeturas (34) ni de presunciones» (35).

La inexorabilidad del día final tiene, sin embargo, una excepción: la interrupción de la prescripción. En este sentido el párrafo segundo del artículo 250 del Código de Justicia Militar señala que la interrupción de la prescripción del delito o falta se produce «*desde que el procedimiento se dirija contra el culpable*». Pero, ¿qué se entiende por esa expresión legal?

C) *¿Qué significa la frase «procedimiento dirigido contra el culpable»?*

El Código penal de la Marina de 19 de agosto de 1888 establecía, en su artículo 107 que la prescripción se interrumpía, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, «*por cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o castigo del delito*». Pero éste no es el

(31) Sentencia del Tribunal Supremo de 24-2-64 (R. 871).

(32) S. T. S. de 1-2-68 (R. 721).

(33) S. T. S. de 24-2-64 y 8-4-78.

(34) S. T. S. de 26-12-52 (R. 2654).

(35) S. T. S. de 9-10-57 (R. 2655).

criterio de la legislación actual ni tampoco de la Jurisprudencia que la interpreta. La Ley señala, en efecto, como decimos, que la prescripción se interrumpe desde que el procedimiento se dirige contra el culpable y la Jurisprudencia declara que «ha de entenderse por procedimiento todos los actos encaminados a la instrucción de la causa, bastando para que los plazos de la prescripción cesen de correr, que la *acción judicial de dirija contra una persona cualquiera, mas sin que sea necesario que haya declaración de procesamiento*» (Ss. del T. S. de 24-4-55 y 2-5-63). Así mismo ha declarado la Jurisprudencia que por procedimiento dirigido contra el culpable vale *cualquier acto encaminado a la instrucción de la causa*, como el acto de conciliación (S. 25-5-77), y la petición de extradición (S. 31-5-77).

En suma: para interrumpir la prescripción no hace falta que se dicte auto de procesamiento, pero sí que la actividad o acción judicial se dirija contra persona determinada en concepto de presunto culpable. En otro caso no se produce la interrupción.

D) *¿Es el Expediente judicial, procedimiento dirigido contra el culpable a los efectos de la prescripción?* (36).

Un *auto de 20 de mayo de 1982* del Consejo Supremo de Justicia Militar declaró que «no hubo procedimiento dirigido contra el culpable hasta que el procedimiento previo fue elevado a expediente judicial» (5.º Considerando). De esta afirmación resulta que para el CSJM de estos dos procedimientos regulados en el Código de Justicia Militar, el procedimiento previo no es «procedimiento dirigido contra el culpable» y en cambio el expediente judicial sí lo es a los efectos de prescripción.

La resolución comentada funda su criterio, en relación con el procedimiento previo, en que durante su tramitación no se está dirigiendo, conforme al artículo 518 del Código de Justicia Militar, procedimiento de carácter criminal contra persona alguna y además porque se está estimando que los hechos que se están investigando no aparecen desde los primeros momentos como delito o falta grave; en cambio seguramente porque encuentra obvio que el expediente judicial es procedimiento contra el culpable no lo razona. Quizá porque hay lectura de cargos.

Hoy no se puede compartir esta tesis: es lógico que el procedimiento previo no interrumpe la prescripción porque no es procedimiento dirigido contra el culpable. Pero en el mismo caso se

(36) ROJAS CARO, José, *El procedimiento previo, regulado en el Código de Justicia Militar, ¿interrumpe la prescripción?*, remitido para su inserción en la «Revista Española de Derecho Militar», actualmente en prensa, que se publicará en homenaje al Coronel Auditor e ilustre profesor, Rodríguez Devesa. En este trabajo se sostiene la tesis de que el procedimiento previo no interrumpe la prescripción puesto que no es «procedimiento dirigido contra el culpable»

halla el Expediente judicial, una vez perfilada su naturaleza jurídica como procedimiento administrativo y no penal por la Sentencia citada más arriba del Tribunal Constitucional de 15-6-81 (RA-16).

En este sentido hay que significar que tanto el artículo 114.2.^a del Código penal como el artículo 250 del Código de Justicia Militar hablan ambos de «culpable» y «condenado», y esta es una terminología técnica referida al perseguido criminalmente y al reo. Por este motivo declara la importante Sentencia del T. S. de 16-10-67 (R. 4575) que «*el único proceso interruptor de la prescripción es el propiamente penal y no otro alguno*».

Si, en conclusión, el único proceso que interrumpe la prescripción es el proceso penal, y el Expediente judicial no tiene carácter penal, sino administrativo, es claro que *el llamado Expediente judicial no es susceptible de interrumpir la prescripción*, y se encuentra en el mismo caso que el procedimiento previo no obstante lo declarado en el auto del CSJM, de 20 de mayo de 1982, citado más arriba.

V. CONCLUSIONES

Primera.—El Expediente judicial tiene carácter administrativo y no penal.

Segunda.—Cuando la sanción disciplinaria conlleve una privación de libertad (lo que acontece siempre en el Expediente judicial regulado en el Código de Justicia Militar) el procedimiento disciplinario ha de responder a los principios básicos del derecho a la defensa. Y en este sentido, por respeto a dichos principios ha de entenderse:

a) En virtud del artículo 1.004, nuevamente interpretado a la luz de la Constitución, debe admitirse en el Expediente judicial, recurso contra el auto de inadmisión de pruebas propuestas por el encartado, y ello para salvaguardar el principio de paridad de armas, entre acusador y acusado, indispensable desde el punto de vista del principio de contradicción.

b) En virtud del artículo 24.2 de la Constitución, debe tenerse por derogado el artículo 1.004, *in fine*, admitiéndose recurso contra la resolución final de fondo en el Expediente judicial. Recurso, que, a la luz de la legalidad vigente, creemos que es recurso contencioso-administrativo, pero propugnamos —de lege ferenda— que se legisle introduciendo en su lugar un recurso ante el Consejo Supremo de Justicia Militar

Tercera.—Por ser el Expediente judicial un procedimiento administrativo y no penal carece de virtualidad para interrumpir la prescripción de la acción penal, con lo cual se halla en el mismo caso que el procedimiento previo.

CRONICAS INTERNACIONALES

El 21 de marzo de 1983 se ha abierto en Estrasburgo a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa y de dos Estados más, Canadá y Estados Unidos, que participaron en su elaboración, el primer tratado multilateral destinado a reglamentar la transferencia de detenidos extranjeros del país en que han sido condenados a su país de origen. La nueva Convención tiene por objeto facilitar la reinserción social, al tiempo que persigue fines humanitarios, dadas las dificultades idiomáticas y ausencia de contacto con sus familias que encuentran, en general, los extranjeros que son condenados a penas o medidas de seguridad privativas de libertad.

La transferencia, subordinada siempre al consentimiento del condenado, puede ser solicitada tanto por el país donde se ha producido la condena como por aquel donde haya de ser ejecutada. Otras condiciones son: que la sentencia sea definitiva, que sea nacional del país donde se ha de ejecutar, que la duración de la condena o medida sea superior a seis meses y que los hechos que motivaron la condena sean también punibles con arreglo a la legislación del país donde la ejecución haya de tener efecto.

El Estado al que es transferido el condenado puede optar por proseguir la ejecución o convertirla, mediante un procedimiento judicial o administrativo, en una resolución propia que sustituya la sanción impuesta por otra prevista en sus leyes. No obstante, las sanciones privativas de libertad no podrán sustituirse por otras pecuniarias, y la privación de libertad sufrida en el Estado que le condeno deberá ser abonada en su totalidad para el cumplimiento de la que se imponga. La sanción no puede ser en ningún caso agravada.

Queda abierta la posibilidad de aplicar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena por cualquiera de los dos Estados, pero solamente el Estado que condenó puede admitir un recurso de revisión.

Es de notar que la Convención queda abierta a la firma de Estados no europeos. La suscribieron Alemania, Austria, Bélgica, Grecia, Holanda, Luxemburgo, Portugal Suecia, Canadá y Estados Unidos. Entrará en vigor a los tres meses de la ratificación o aceptación por tres Estados miembros.

* * *

El día 28 de abril de 1983 se abrió a la firma el Protocolo adicional de la Convención Europea de los Derechos del Hombre sobre la abolición de la pena de muerte con motivo de una reunión de los Ministros de Asuntos Exteriores del Consejo de Europa. El Protocolo limita la obligación de abolir la pena de muerte al tiempo de paz. La entrada en vigor exige la ratificación por cinco Estados miembros de los veintiuno que

componen el Consejo de Europa. Ha sido firmado por Alemania Federal, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Holanda, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Suecia y Suiza.

* * *

Los Ministros de Justicia, o sus representantes, de los 18 Estados miembros del Consejo de Europa, y el de Finlandia, tuvieron el 12 de mayo de 1983 una reunión informal en Roma, invitados por el Ministro de Justicia de Italia que presidió la reunión. La Santa Sede estuvo representada por un observador. Las conversaciones versaron sobre los siguientes temas:

1. Derecho e inflación (consecuencias de la inflación sobre el Derecho, por ejemplo en lo que concierne a las obligaciones pecuniarias, indemnizaciones y deudas laborales).

2. Medidas para alentar la colaboración de los particulares con la Administración de Justicia penal (Derecho penal premial).

Por lo que se refiere al primer tema, constataron que los problemas de las repercusiones de la inflación sobre las relaciones jurídicas se plantean en la mayoría de los Estados. El principio nominalista, según el cual las deudas deben ser pagadas en moneda que tenga curso legal en el Estado en el momento del pago y por su valor facial, no permite tener en cuenta la erosión monetaria cuando dichas deudas han sido expresadas originariamente en moneda. El problema afecta también a las relaciones no contractuales, por ejemplo, en el caso de indemnización de perjuicios o deudas alimenticias en las que se prevea la entrega de rentas periódicas.

SECCION LEGISLATIVA

A) LEYES ORGANICAS

LEY Orgánica 7/1983, de 23 de abril, de reforma de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («B. O. E.», núm. 99, del 26).

El objeto de la presente Ley consiste en cumplir el mandato recogido en el artículo 17.4, último inciso, de la Constitución, que establece «por Ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional», y recoger el principio de que la situación de prisión provisional debe tener carácter excepcional, no pudiendo convertirse en una ejecución anticipada de la pena, ni tener carácter obligatorio, según se desprende de la Recomendación del Consejo de Europa 80 (11), de 27 de junio de 1980, y que ha encontrado reflejo en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, sentencia 41, de 2 de julio de 1982.

Con ello se pretende sustituir el sistema que limitaba el arbitrio judicial, introducido por la Ley 16, 1980, de 22 de abril.

Se establece un sistema de fijación de límites para la duración de la prisión provisional, consistente en seis meses cuando el delito imputado lleve aparejado pena igual o inferior a prisión menor, y de dieciocho meses en los demás casos. A tales límites se establecen dos excepciones, la prolongación del límite a los treinta meses, cuando el delito imputado afecte gravemente a los intereses colectivos, tenga consecuencias de ámbito nacional, se cometa fuera de éste o la instrucción de la causa padezca de una gran complejidad. También podrá extenderse a la mitad de la pena impuesta en una sentencia si ésta hubiese sido recurrida.

Asimismo, el proyecto trata de evitar las dilaciones indebidas, producto de la actitud de los procesados, no computándose los plazos en tales supuestos de retraso y, por otra parte, se intenta dar tiempo a los Tribunales para que procedan al señalamiento y celebración de los correspondientes juicios orales en aquellas causas en las que existen presos, dilatando la entrada en vigor de los plazos tres meses a partir de la publicación de la Ley.

Artículo único

Los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, quedan redactados como sigue:

«Art. 503.

Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:

1.ª Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

2.ª Que éste tenga señalada pena superior a la de prisión menor, o bien, que aun cuando tenga señalada pena de prisión menor, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidas las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado, hasta que preste la fianza que se le señale.

3.ª Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra la que se haya de dictar el auto de prisión.

Art. 504.

Procederá también la prisión provisional cuando concurren la primera y la tercera circunstancia del artículo anterior y el inculcado no hubiera comparecido, sin motivo legítimo, al primer llamamiento del Juez o Tribunal, o cada vez que éste lo considere necesario.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, aunque el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor, cuando el inculcado carezca de antecedentes penales, o éstos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, además, el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el Juez o el Tribunal que conociere de la causa ejerce su jurisdicción, podrán éstos acordar, mediante fianza, la libertad del inculcado.

La duración máxima de la prisión provisional será de seis meses cuando la pena señalada al delito imputado sea igual o inferior a la de prisión menor, y de dieciocho en los demás casos. El Juez o Tribunal podrá ordenar excepcionalmente la prolongación de la prisión provisional hasta el límite de treinta meses, cuando el delito hubiere afectado gravemente a intereses colectivos, o cuando hubiere producido graves consecuencias en el ámbito nacional, o cuando se hubiere cometido fuera de éste, o bien, la instrucción de la causa fuere de extraordinaria complejidad. Asimismo, podrá el Juez o Tribunal ordenar excepcionalmente la prolongación de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia, si ésta hubiese sido recurrida.

En los plazos establecidos en este artículo no se computará el tiempo en que la causa sufre dilaciones indebidas imputables al inculcado.

DISPOSICION FINAL

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», a excepción del tercer y cuarto párrafos del artículo 504, que lo hará a los tres meses.»

LEY ORGANICA 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

JUAN CARLOS I, REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren,

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica:

EXPOSICION DE MOTIVOS

Junto a la reflexión, que conduce a la necesidad de disponer de tiempo para redactar un nuevo proyecto, el Gobierno ha contemplado la urgencia de abordar una serie de problemas existentes en nuestra realidad penal y penitenciaria, cuya trascendencia es de tal magnitud que su solución no puede dilatarse por más tiempo y ello no sólo por la gravedad intrínseca de ciertas situaciones, sino también porque la tarea antes expuesta de revisión del proyecto del Código Penal requiere un período de reflexión más profundo.

Asimismo, existe la necesidad de satisfacer las más apremiantes exigencias de un Derecho penal ajustado al Estado de Derecho y, por lo tanto, asentado en las garantías del llamado principio de culpabilidad y el de concreción al hecho. Tales principios, hoy ajenos a nuestro ordenamiento punitivo, anclado aún en los criterios de determinación de la responsabilidad penal propios del pasado siglo, no pueden ver tampoco retardada su incorporación al Derecho positivo, máxime teniendo en cuenta que no plantean problemas de adecuación al aún vigente Código, ya que entrañan esencialmente la posibilidad, hoy inexistente, de que los Tribunales dispongan de principios positivos que permitan avanzar en la individualización de la responsabilidad criminal en el marco de las garantías antes mencionadas.

Entrando con mayor precisión en las materias abordadas por el presente proyecto, destaca en primer lugar la modificación del texto del artículo 1.º del actual Código Penal. Con ello se pretende, de un lado, resolver la equívocidad de la referencia a la voluntariedad en el modo en que lo hace el texto actual; de otra parte, se desea sentar el principio básico para desterrar de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones. La exigencia del dolo o culpa como únicos fundamentos de responsabilidad penal se juzga por consiguiente, como inaplazable. Evidentemente, las consecuencias de la modificación del artículo 1.º del actual Código inciden, por las mismas razones, en los artículos 8.º, número 8; 64 y 50, párrafo primero del mismo, así como en la interpretación que habrá de dar a los diferentes supuestos de responsabilidad criminal se entiende preciso, además, regular los efectos del error, según sus clases, sobre el tipo o sobre la prohibición, si bien las reglas punitivas que se ofrecen se acomodan a las que en el texto actual existen en materia de determinación de pena o de título de imputación.

La reforma aborda seguidamente el problema de la enajenación mental, atendiendo a las censuras que ha recibido la actual configuración del artículo

lo 8.º, número 1, que, como es sabido, no permite distinguir entre las múltiples variantes de las situaciones de anormalidad, sino que conduce a una sola medida de internamiento hasta que el Tribunal sentenciador lo considere oportuno. Con la reforma de los Tribunales podrá, de acuerdo con los informes que recaben, decidir la clase de medida que mejor se adecue a las condiciones del sujeto, dando mayor importancia al fin terapéutico de la misma, sin perjuicio del aseguramiento que sea preciso, que no siempre ha de requerir la total privación de libertad. Cercano a este problema se plantea el referente a graves alteraciones en la percepción de la realidad.

En el propósito de simplificar ciertas disposiciones que en el Código actual resultan innecesariamente complejas, cuando no tautológicas entre sí, se inscribe la simplificación de la descripción legal de la legítima defensa y la de los atenuantes referidos a estados emotivos, que quedan reducidos a una sola fórmula para la que hasta ahora eran tres en cada caso.

Mayor alcance tiene, sin duda, la simplificación de la formulación legal de la reincidencia, pues no sólo se funde en una sola descripción la reincidencia y la reiteración, sino que, además, se suprimen los efectos agravatorios de la multirreincidencia, establecidos hasta ahora en el artículo 61, 6.º, del Código Penal. Distintas son las razones que aconsejan esta importante reforma, pero se pueden condensar en las siguientes: La exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contrario al principio «non bis in idem», puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho.

Suficientemente protegida en los oportunos tipos de delito la libertad religiosa y el debido respeto a los sentimientos de esa índole, así como a los actos, cultos, y miembros o ministros de todas las confesiones religiosas legalmente reconocidas, no se aprecia razón alguna para la subsistencia de la agravante genérica de ejecución del hecho en lugar sagrado, toda vez que entre aquellos delitos contra la libertad religiosa aparece modificado el artículo 206, que funde en una amplia fórmula los actuales artículos 205 y 206, de manera tal que no parece en modo alguno necesario aumentar la protección penal de la religión, su práctica y sus edificios con reglas punitivas que, en conexión con otros delitos distintos de los antes mencionados, carecen de sentido.

Evidentemente la urgencia de la reforma impide abordar con el necesario rigor el problema de los llamados delitos económicos. Mas no por eso se oculta la gravedad de la situación actual, en la que se aprecia cómo dentro de una importante crisis económica se cometen además abusos frente a los que el Derecho penal no tiene sino los muy angostos preceptos del Código vigente, en modo alguno concebidos para tales hechos. El problema se agranda cuando de individualizar la responsabilidad se trata, de ordinario en el marco de la actividad de las personas jurídicas o de las actuaciones en nom-

bre de otro. La rigurosa interpretación de la autoría en función de los tipos de delito dificulta la imputación de responsabilidad en aquellas figuras de delito cuya aplicación requieren que el autor reúna determinadas condiciones, cualidades o relaciones. Los esfuerzos que en busca de la justicia material ha realizado la jurisprudencia en este terreno han puesto de manifiesto la necesidad de que nuestras leyes penales incorporen una regla especial, la que aparece en el nuevo artículo 15 bis, que amplíe los casos de responsabilidad de autor descritos en el actual artículo 14. La, al principio expuesta, exigencia de dolo o culpa para poder derivar responsabilidad criminal disipa cualquier temor en relación con los aparentes peligros que entrañará la aplicación de la regla que se incorpora.

La circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 y, con ella, la regulación del encubrimiento en el artículo 18 se modifica a fin de adaptar su fórmula como se hace en otros preceptos a los cambios legales producidos en la conceptualización de la filiación. Además se acoge en ambos preceptos la realidad de la existencia de situaciones de afectividad iguales o inferiores a las emanadas del parentesco; coincidiendo así plenamente con la razón de ser de estas normas, no hay motivo para limitar los efectos jurídicos penales de las relaciones afectivas.

La necesidad de limitar el contenido de la pena a lo estrictamente necesario para el cumplimiento de la función de la misma ha aconsejado aprovechar esta urgente ocasión para limitar la pena accesoria de inhabilitación para profesión u oficio a aquellos casos en que éste o aquélla guardan relación con el delito cometido, tal como venía reclamando la doctrina y sosteniendo la más reciente jurisprudencia.

Varias son las modificaciones introducidas en el capítulo IV del libro I. En el artículo 61, de tanta importancia en la determinación de la pena, se pretende dar cabida, dentro del reducido margen que concede un Código que como el vigente se asienta en una métrica penal tasada y cerrada, a los modernos postulados político-criminales, que aconsejan evitar las reglas de medición que inexorablemente obliguen al Juez a imponer el límite máximo de la pena; del mismo modo es preciso garantizar cierta homogeneidad en las decisiones punitivas, a cuyo objeto se tiene por excesivamente amplia la actual regla número 4 del artículo 61, ya que en combinación con la regla 2.^a del mismo artículo, que se modifica para dar cabida a las consideraciones antes expuestas, podría provocar que resultara igual en orden a la medición de pena la concurrencia de una circunstancia agravante o la de ninguna. Para obviar tal riesgo se dispone que la inexistencia de circunstancias conduce, cuando menos, a que no se pueda recorrer el tiempo total de castigo más allá del grado medio del mismo.

Sabido es que los conceptos de delito continuado y de delito masa son importantes creaciones jurisprudenciales desconocidas por el Derecho positivo, aunque no impedidas. No obstante, la experiencia enseña que ese vacío legal ha dado lugar a oscilaciones en la apreciación de aquellas estructuras de responsabilidad, e incluso variaciones en los requisitos que exige la propia jurisprudencia y la doctrina científica. A partir del principio de conceder primacía valorativa, en orden a la calificación del hecho o hechos, a la lesión

jurídica, única o plural, por encima de la unidad o pluralidad de acciones, se introduce un nuevo precepto, el artículo 69 bis, destinado a cubrir el vacío legal existente y a fijar positivamente los elementos que no pueden faltar para la apreciación del delito continuado, que adquiere así fundamento en el Derecho positivo. Se introduce una regla de medición de pena que no tiene otro fin que castigar con mayor severidad lo que sea realmente más grave, evitando así la actual posibilidad de que el recurso al delito continuado sea aleatoriamente gravoso o beneficioso; para ello se otorga a los Tribunales un amplio grado de arbitrio en la fijación del castigo y en su exasperación si lo entienden adecuado, al igual que tampoco será posible que las reglas limitadoras del concurso de delitos, o la cuantía mínima exigida en las infracciones patrimoniales para constituir delito, se tornen en beneficios para los autores de delitos masa.

Se modifica la regulación de la remisión condicional de la condena aceptando la de rehabilitado como equiparada a la condición de delincuente primario y suprimiendo la exclusión de los declarados rebeldes, que tan injusta se ha mostrado en ocasiones en la práctica.

Muchas son las críticas formuladas a la institución de la redención de penas por trabajo, conocido es el origen de la misma y su supuesta orientación. El penitenciarismo moderno contempla el trabajo de los reclusos en el marco del tratamiento recuperador. Pero si bien un nuevo Código podrá abordar la transformación de esta institución, en el momento actual ello no parece posible porque sin previa modificación total de nuestro sistema de penas es difícil plantear la supresión de algo que, en función del sistema anterior, se plantea como beneficioso para el reo, lo cual, así enfocado, resulta evidente.

Importantes e inaplazables son los cambios que se introducen en materia de rehabilitación, que se contraen a lo siguiente: la cancelación de antecedentes puede llevarse a cabo de oficio por el Ministerio de Justicia, y no sólo a instancias del interesado, como venía sucediendo. Por otra parte, en la búsqueda de una rehabilitación que no sea simplemente formal obliga a limitar el uso de las inscripciones registrales de antecedentes. Uso solamente posible hasta la cancelación de la inscripción, a los casos expresamente previstos por Ley. En la misma finalidad se inscribe la supresión de la actual vigencia eterna del antecedente en orden a la apreciación de la agravante de reincidencia; con la modificación que se propone la rehabilitación supone la cancelación definitiva del antecedente escrito.

En el catálogo e infracciones concretas las reformas necesarias que exigía o propiciaba esta ocasión eran de diversos caracteres. Por una parte, y ante todo, era urgente modificar aquellas figuras delictivas cuya actual regulación se ha mostrado, amén de excesivamente severa, jurídicamente defectuosa, de tal manera que los Tribunales tropezaban en ellas en sus mejores deseos de ajustar la pena a la entidad humana y social del hecho —como, por ejemplo, acontecía con el sistema de cuantías en determinados delitos patrimoniales—. Por otra parte, una serie de delitos incluían referencias en las penas conminadas a castigos que, como la pena de muerte, vienen prohibidos por la Constitución, o bien, a penas que como las de presidio se suprimen

en esta Reforma por no corresponderse con contenidos penitenciarios específicos. Finalmente, era preciso dar cabida en el Código Penal sin demora a realidades constitucionales que el texto primitivo ignoraba.

En el sentido últimamente apuntado se inscribe la modificación del artículo 161.1.º del Código, extendiendo la protección que dispensa frente a injurias o amenazas al Regente, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional y a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas. Entre los delitos cometidos por los particulares, con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes, se ha apreciado la necesidad de que la Ley penal contribuya a garantizar la realidad del principio de igualdad entre las personas, penalizando comportamientos discriminatorios determinados por razones étnicas, de raza, religión y opinión política o sindical.

En otro orden de consideraciones se apoya la incorporación del artículo 177 bis, orientado a proteger, por vía de amenaza, contra los ataques que se les dirijan, la libertad de sindicación y el derecho de huelga, a fin de garantizar su libre ejercicio.

La Sección tercera del capítulo II del título II aún no se había acomodado a un principio como el contenido en el artículo 16.3 de la Constitución que, además de establecer la aconfesionalidad del Estado, declara la libertad de conciencia y el respeto por igual a todas las creencias religiosas. Siendo así resulta evidente que la actual configuración de este grupo de delitos se opone al mandato constitucional, tanto por llevar implícita en su rúbrica misma una imagen de confesionalidad manifiesta abiertamente en el artículo 206, cuanto por tratar de modo expreso y preferente a la religión católica frente a otras creencias.

En el ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico, la reforma se contrae a la supresión del párrafo segundo del artículo 340 bis, a), en primer lugar, toda vez que el criterio primitivo en que se apoya —el de la plurirreincidencia— se ve también modificado en esta misma reforma. El delito de conducción sin permiso, descrito en el artículo 340 bis, c), que en esta Reforma se suprime, atendiendo así a un sentimiento generalizado en los medios forenses y doctrinales, que no ha podido apreciar en tal conducta algo más que un ilícito administrativo.

Como es sabido, el artículo 344 del Código Penal, concerniente al grave e importantísimo problema del tráfico de estupefacientes, es de hecho el único precepto penal del que se dispone para abordar materia tan compleja. La experiencia acumulada desde su introducción en nuestro sistema punitivo pone de manifiesto defectos cuya trascendencia no permite postergar una profunda modificación. Únicamente obedece al deseo ya mencionado de suprimir los más graves defectos que presenta el vigente artículo 344, defectos que fundamentalmente se cifran en los siguientes: el marco punitivo, que de hecho va desde seis meses a veinte años, resulta inaceptable en el modo en que hasta ahora se regulaba, desvinculado de toda indicación normativa y fiado al exclusivo arbitrio del Tribunal. Ciertamente, la variedad de situaciones posibles en relación con el tráfico de estupefacientes impone la necesidad de disponer un margen punitivo que permita dar respuesta diversa

a lo que sea diferente; pero para alcanzar tal propósito no es preciso poner en peligro la seguridad jurídica, que exige un equilibrio entre el actual sistema general de métrica penal cerrada y el extremo contrario que sería la práctica indeterminación de pena. Tal es lo que encierra potencialmente la regla que hasta ahora obraba en el párrafo tercero del artículo 344. En su lugar se indican las circunstancias en que la pena debe reducirse y aquella en que debe exasperarse.

Recientes tragedias, presentes en la mente de todos, justifican por sí solas la inaplazable necesidad de mejorar los preceptos penales relativos a productos alimenticios, que hasta ahora se contraían prácticamente al artículo 346, cuyo contenido se modifica profundamente en el propósito esencial de aumentar la protección penal extendiendo el ámbito de conductas reprimidas.

La protección jurídico-penal del medio ambiente, a pesar del rango constitucional que este bien de todos tiene, era prácticamente nula. La urgencia del tema viene dada por lo irreversibles que resultan frecuentemente los daños causados. Sin duda, unos preceptos penales no han de poder por sí solos lograr la desaparición de toda industria o actividad nociva para personas o medio ambiente; pero también es evidente que cualquier política tendente a introducir rigurosidad en ese problema requiere el auxilio coercitivo de la Ley penal.

Sin perjuicio de la subsistencia del actual artículo 499 bis, la protección penal del trabajo venía planteando la necesidad de introducir un delito de peligro que, de una parte, no exija el grado de intencionalidad en la conducta que se deriva de aquel precepto, y, de otra, acentúe la obligación de prevenir el daño. A tal fin se introduce un tipo de estructura claramente omisiva, el nuevo artículo 348 bis, a), en el que puede subsumirse la conducta del responsable de una actividad laboral que permita el incumplimiento de las medidas de seguridad, dando lugar a situaciones de concreto peligro.

Siendo la regulación del juego de competencia netamente administrativa a partir de su autorización, carece de sentido la subsistencia del actual título VI, rubricado «De los juegos ilícitos».

Mención aparte merece el tan contradictorio tema del consentimiento de las lesiones. Sin perjuicio de futuras consideraciones en una regulación de las lesiones, con ocasión del nuevo Código Penal, si se ha estimado de urgencia introducir un nuevo párrafo del artículo 428 del vigente Código; de forma que, el consentimiento libre y expresamente manifestado, exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, efectuados legalmente y por facultativo. Queda excluido el consentimiento viciado, o el obtenido mediante precio o recompensa y el supuesto en que el otorgante fuere menor o incapaz, en cuyo caso se reputará que el consentimiento no es libre ni válido.

En el grupo de los hoy llamados delitos contra la honestidad, las reformas comenzaron con la Ley de 7 de octubre de 1978 que, como es sabido, clarificó y redujo el ámbito de algunas figuras, como la de estupro, a la vez que modificaba las edades que debía tener la víctima. La materia, no obstante, requiere profunda reflexión, dados los imprecisos contornos que a veces

separan lo legítimo y lo punible en el ámbito de las relaciones sexuales. Pero la precitada Ley perdió la ocasión de actualizar, de acuerdo con realidades observadas en la práctica, la regulación de la acción persecutoria y, en especial, el perdón, cuya operatividad extraordinaria abre el riesgo de transformarlo en objeto de cambio, voluntario o coactivo, todo ello combinado con el estrecho margen de opinión concedido a los Tribunales. En consonancia con este enfoque del problema se modifican los últimos párrafos del artículo 443; en virtud de la reforma que se propone la eficacia del perdón para los delitos de abusos deshonestos, estupro y rapto se limita en el tiempo hasta que recaiga sentencia firme, devolviendo así a estos delitos la condición de semiprivados, que había sido desdibujada a través de tan lata concesión de eficacia al perdón. Respecto a la violación se introduce una novedad importante: El perdón del ofendido, en ningún caso extingue la acción penal.

Las especiales reparaciones que por vía indemnizatoria señala el artículo 444 han sido objeto de justas y atinadas críticas. La triple obligación de dotar, reconocer y mantener, aparece formulada en función de una concepción de la posición social de la mujer, en buena parte desfasada. Sin poner en duda la necesidad de la indemnización, cabe cuestionar la idea de dote. Otro tanto sucede con el problema de la filiación; la actual regla segunda del artículo 444 es de tal rotundidad que no deja margen a los Tribunales para tener en cuenta, además, la opinión de la mujer y lo que haya de ser mejor para el nacido a causa del delito. A atender ambos fines se encamina la modificación que se propone.

En la misma línea de actualización, y en esta ocasión de acuerdo con la igualdad de la posición de los cónyuges, legalmente reconocida ya fuera del Derecho penal, se suscribe la supresión a la mención de la «autoridad marital», presente en varios preceptos.

Inaplazables eran las reformas que requerían los delitos contra la propiedad. La que ahora se propone es sólo una pequeña aproximación, si bien perentoria, a la que en su día habrá de llevar a cabo en el marco del futuro y nuevo Código Penal. Este grupo de delitos viene siendo citado por la doctrina española como uno de los máximos exponentes de la excesiva dureza de nuestro sistema punitivo. A ello hay que añadir la defectuosa técnica con la que están contruidos, basada, ante todo, en la medición de pena en función de cuantificaciones económicas —método común a delitos de apoderamiento directo o de apoderamiento fraudulento—. El panorama actual se completa con un desequilibrio entre ciertos abusos del método casuístico —la estafa es un ejemplo frente a la desatención hacia valores patrimoniales o situaciones económico-patrimoniales que merecen particular respeto por parte de la Ley penal—. Estas y otras consideraciones mueven al Gobierno a proponer las siguientes reformas en el título XIV del libro II del Código Penal.

En el artículo 501 se aborda ante todo la tan discutida interpretación de la figura compleja de robo con homicidio, que se describe en el número 1 de dicho artículo, optándose por la que mejor favor ha encontrado en doctrina y jurisprudencia recientes, cual es la de limitar la aplicación de esta figura compleja a la relación entre muerte y homicidio doloso. A tal inter-

pretación podía llegarse también, descartada la responsabilidad objetiva, comprendido que la inclusión indistinta del delito de homicidio culposo hubiera conducido a un inaceptable tratamiento igual de hechos diferentes. No obstante, parece más seguro camino proceder a la expresada limitación legal, ello sin perjuicio de regular la calificación de delito complejo y su pena cuando con el robo concurra homicidio culposo, cosa que se hace en el número 4 del mismo artículo. Las modificaciones de este importante precepto se completan con una serie de mejoras técnicas en los números 2, 3 y 5.

Teniéndose por incompatible con el Derecho Penal propio de un Estado de Derecho el recurso a las presunciones en la fijación de algo tan trascendental como es el haber realizado o no un acto típico, se suprime la presunción establecida en el último párrafo del artículo 502, exponente, en el fondo, de un defensismo antigarantista apoyado en ideas tan peligrosas como la de la culpabilidad «por el modo de vivir».

El artículo 505 ha venido conteniendo hasta ahora precisamente la escala de cuantías para la graduación de la pena en el delito de robo con fuerza en las cosas. En el deseo, por demás ampliamente compartido, de terminar en lo posible con el sistema de cuantías se deja tan sólo la de 30.000 pesetas como límite entre falta y delito. Las ulteriores agravaciones de la pena, que puede pasar a ser de prisión menor o de prisión mayor, dependerán de la concurrencia de las circunstancias comisivas descritas en el artículo 506, que, evidentemente, sufre una profunda modificación.

En el ámbito del delito de hurto la reforma comienza por una reducción de la definición del mismo a la que ofrece el número 1.º del artículo 514, dado que la conducta descrita en el artículo 514, 2.º, amén de no quedar impune en su caso, provoca con su expresa regulación actual confusión, además de dejar en la duda la punición separada de los daños. Por último, el artículo 514, 3.º, contempla un caso de apropiación de cosa de la que se ha adquirido cuando menos la posesión, título jurídico que obliga a desplazar tal hecho a la esfera de la apropiación indebida, a cuyo fin se introduce la oportuna ampliación en la formulación que el artículo 535 hace de la apropiación indebida.

Paralelamente a lo establecido en el robo se modifica el sistema de cuantías fijado en el artículo 515. Las variaciones agravatorias del hurto, en lugar de las anteriores, se contraen a las que enumera la nueva redacción del artículo 516, que se inspiran en criterios similares a alguno de los que por razones análogas se utilizan para el robo, en la nueva redacción del artículo 506.

Antes se hacía referencia a la casuística que dominaba la formulación de la estafa en nuestro sistema punitivo, en contraste con la ausencia de una definición fundamental de tal delito, defecto que se obvia con la introducción, en una nueva configuración del artículo 528, de una definición esencial de la estafa, capaz de acoger los diferentes supuestos planteables. Además, y siguiendo la pauta anteriormente marcada, se prescinde del sistema de cuantías dando paso a calificaciones agravatorias descritas en una nueva redacción del artículo 529, que acogen, además, hipótesis de estafa que requieren expresa mención, como antecede con la estafa procesal —reconocida por doc-

trina y jurisprudencia, pero no expresamente por el derecho positivo—, la de abuso de firma en blanco, ya existente, la estafa de seguro y otras, como ésta de nueva concreta regulación, como son la estafa de tráfico de influencias.

El nuevo tratamiento de la reincidencia obliga a la supresión del artículo 530. Por diferentes motivos, explicables merced a la nueva formulación genérica de la estafa, procede también dejar sin contenido, por falta de objeto al artículo 533. Igualmente, resulta adecuado eliminar la mención a la reincidencia específica que actualmente hace el artículo 537.

Modificado el artículo 340 bis a) en orden a suprimir la posibilidad de retirada definitiva del permiso de conducir, se impone paralelamente operar similar modificación en el párrafo sexto del artículo 565. Una y otra reforma obedecen al convencimiento de la inutilidad recuperadora de las sanciones penales eternas.

De acuerdo, también, con la decisión que se propone para los juegos ilícitos, procede la supresión de la falta descrita en el artículo 575. Dentro, también, del libro III, queda sin contenido el artículo 580, 1.º, introduciéndose en su lugar el artículo 583, 6.º bis, que sitúa en su correcto emplazamiento de falta contra las personas, las faltas de maltrato de los enajenados. Por último, la igualdad entre cónyuges obliga a fundir en uno solo y nuevo precepto —el artículo 583, 2.º— las faltas hasta ahora descritas en los números 2.º y 3.º de dicho artículo 583.

Artículo primero.

Los siguientes artículos del Código Penal quedan suprimidos, modificados o incorporados al mismo en los términos que a continuación se expresan:

Artículo 1.º

Queda así redactado:

«Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley.

No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa.»

Artículo 6.º bis, a)

Queda así redactado:

«El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso.

Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa.

La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66.»

Artículo 6.º bis, b)

Queda así redactado:

«Si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible.»

Artículo 7.º

Se añade el siguiente párrafo:

«No obstante, si les serán de aplicación las disposiciones de este capítulo.»

Artículo 8.º, 1

Se añade como párrafo tercero:

«Cuando el Tribunal sentenciador lo estime procedente, a la vista de los informes de los facultativos que asistan al enajenado y del resultado de las demás actuaciones que ordene, podrá sustituir el internamiento, desde un principio o durante el tratamiento, por alguna o algunas de las siguientes medidas:

- a) Sumisión a tratamiento ambulatorio.
- b) Privación del permiso de conducción o de la facultad de obtenerlo durante el tratamiento o por el plazo que se señale.
- c) Privación de la licencia o autorización administrativa para la tenencia de armas, o de la facultad de obtenerla, con intervención de las mismas durante el tratamiento o por el plazo que se señale.
- d) Presentación mensual o quincenal, ante el Juzgado o Tribunal sentenciador, del enajenado, o de la persona que legal o judicialmente tenga atribuida su guarda o custodia.»

Artículo 8.º, 2

Queda así redactado:

«El menor de dieciséis años.

Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho penado por la Ley, será confiado a los Tribunales Tutelares de Menores.»

Artículo 8.º, 3

Queda así redactado:

«El que por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

Cuando estas personas hayan cometido un hecho que la Ley sancionare como delito, se les aplicará la medida de internamiento en un Centro educativo especial durante el tiempo necesario para su educación, del cual no podrán salir sin autorización del Tribunal.

Cuando la evolución del tratamiento lo permita, esta medida será sustituida por alguna o algunas de las medidas del último párrafo del número 1 de este artículo.»

Artículo 8.º, 4

Queda así redactado:

«El que obre en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

1.º Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes, se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes; en caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

2.º Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

3.º Falta de provocación suficiente por parte del defensor.»

Artículo 8.º, 5

Queda sin contenido:

Artículo 8.º, 6

Queda sin contenido:

Artículo 8.º, 8

Queda sin contenido:

Artículo 9.º, 1

Se añade el siguiente párrafo:

«En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números uno y tres del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en dichos números. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta fuere privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de esta última. En tales casos, la medida se cumplirá siempre antes que la pena y el período de internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la misma, sin perjuicio de que el Tribunal pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento.»

Artículo 9.º, 5

Queda sin contenido:

Artículo 9.º, 6

Queda sin contenido:

Artículo 9.º, 7

Queda sin contenido:

Artículo 9.º, 8

Queda así redactado:

«La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad.»

Artículo 10, 14

Queda sin contenido:

Artículo 10, 15

Queda así redactado:

«Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido condenado ejecutoriamente por un delito de los comprendidos en el mismo capítulo de este Código, por otro, al que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquélla señale pena menor.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieren podido serlo.»

Artículo 10, 16

Queda así redactado:

«16. Ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad o edad mereciese el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso.»

Artículo 10, 17

Queda sin contenido.

Artículo 11

Queda así redactado:

«Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, adoptivo o afín en los mismos grados del ofensor.»

Artículo 15 bis

Queda así redactado:

«El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para ser sujeto activo del mismo.»

Artículo 18

Queda así redactado:

«Están exentos de las penas impuestas a los encubridores, los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, adoptivos o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallaren comprendidos en el número uno del artículo anterior.»

Artículo 20. Encabezamiento y regla primera.

Queda así redactado:

«La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 7.º y 10 del artículo 8.º no comprende la de responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes:

Primera.—De los hechos que ejecutaren las personas señaladas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 8.º, serán responsables civilmente quienes las tengan bajo su potestad o guarda legal, siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia.

No habiendo persona que las tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes las propias personas a que hace referencia el párrafo anterior, dentro de los límites que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal.»

Artículo 20. Párrafo final.

Se añade el siguiente párrafo al final del artículo:

«En todos los supuestos previstos en este artículo, el Juez o Tribunal que dictare sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a declarar las responsabilidades civiles correspondientes, de acuerdo con las reglas que para cada caso se establecen, siempre que las acciones civiles hayan sido ejercitadas conjuntamente con las penales.»

Artículo 41

El segundo párrafo queda redactado así:

«Cuando esta pena tenga carácter accesorio, sólo se impondrá si la profesión u oficio hubieren tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia.»

Artículo 43

Queda sin contenido.

Artículo 48

Se añade el siguiente párrafo al final del artículo:

«Cuando los referidos efectos e instrumentos no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción

penal, podrá el Juez o Tribunal no decretar el comiso o decretarlo parcialmente.»

Artículo 50

Queda sin contenido.

Artículo 61, 2

Queda así redactado:

«Cuando concurriere sólo alguna circunstancia agravante, la impondrán en su grado medio o máximo. Si concurrieren varias se impondrá en el grado máximo.»

Artículo 61, 4

Queda así redactado:

«Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, los Tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, impondrán la pena en el grado mínimo o medio.»

Artículo 61, 6

Queda sin contenido.

Artículo 64

Queda sin contenido.

Artículo 69 bis

Queda así redactado:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado, como responsable de un delito o falta continuados, con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

«Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior, las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la honestidad, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.»

Artículo 85

Queda así redactado:

«El Tribunal podrá autorizar al reo para que cumpla en su propio domicilio el arresto menor.»

Artículo 91, párrafo 1.º

Queda así redactado:

«Si el condenado, una vez hecha excusión de sus bienes, no satisficiera la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal y subsidiaria que el Tribunal establecerá según su prudente arbitrio, sin que en ningún caso pueda exceder de seis meses cuando se hubiese procedido por razón de delito, ni de quince días cuando hubiese sido por falta.»

Artículo 93

Queda así redactado:

«Serán condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de las penas contenidas en el artículo 27:

1.ª Que el reo haya delinquido por primera vez, o en su caso, haya sido rehabilitado, o pueda serlo con arreglo a lo dispuesto en el párrafo último del artículo 118 de este Código. La primera condena por imprudencia en todo caso no se tendrá en cuenta a estos efectos.

2.ª Que la pena consista en privación de libertad cuya duración no exceda de un año y esté impuesta como principal del delito o falta o como subsidiaria por insolvencia en caso de multa.

En los supuestos comprendidos en los dos números anteriores, los Tribunales podrán aplicar o no la condena condicional según lo estimen procedente, atendiendo para ello a la edad y antecedentes del reo, naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias de todas clases que concurrieren en su ejecución.

El Tribunal sentenciador podrá ampliar el beneficio de la condena condicional a los reos condenados a penas hasta de dos años de duración cuando así lo estimare procedente, en resolución expresa y motivada, si en el hecho delictivo concurriera alguna atenuante muy cualificada, o a una eximente incompleta, o la atenuante tercera del artículo 9.º, apreciada como tal en la sentencia.»

Artículo 100

«Podrán redimir su pena con el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión, prisión y arresto mayor. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del Juez de Vigilancia, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional. El mismo beneficio se aplicará, a efectos de liquidación de su condena, a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad.

No podrán redimir pena por el trabajo:

1.º Quienes quebranten la condena o intentaren quebrantar, aunque no lograsen su propósito.

2.º Los que reiteradamente observen mala conducta durante el cumplimiento de la condena.»

Artículo 118.

Queda así redactado:

«Por la rehabilitación se extinguen de modo definitivo todos los efectos de la pena.

Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal o alcanzado la remisión condicional de la pena, tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia la cancelación de sus antecedentes penales previo informe del Juez o Tribunal sentenciador.

Para obtener este beneficio serán requisitos indispensables:

- 1.º No haber delinquido durante los plazos que se señalan en el número 3.
- 2.º Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el Tribunal sentenciador, salvo que hubiera venido a mejor fortuna.
- 3.º Haber transcurrido el plazo de seis meses para las penas leves, dos años para las de arresto mayor, las impuestas por delito de imprudencia y penas no privativas de libertad, tres años para la de prisión y cinco para las de reclusión.

El Ministerio de Justicia procederá de oficio a la cancelación de los antecedentes penales cuando transcurriesen los plazos procedentes señalados y un año más sin que se haya anotado una nueva y posterior condena o declaración de rebeldía del penado.

Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquél en que quedará extinguida la pena, pero si ello ocurriere mediante la remisión condicional, el plazo una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquél en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.

Las inscripciones de antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley. En todo caso se librarán las que soliciten los Jueces y Tribunales, se refieren o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente si se diere esta última circunstancia.

En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación por solicitud del interesado, éste no hubiere instado la rehabilitación, el Juez o Tribunal sentenciador, acreditadas tales circunstancias, no apreciara la agravante y ordenará la cancelación.»

4.º En los supuestos de reincidencia, los términos de la cancelación se incrementará en un 50 por 100.

Artículo 136

«El que matare al Jefe de un Estado extranjero o a una persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se hallare en España, será castigado con la pena de reclusión mayor.

El que produjere lesiones graves a cualquiera de las personas mencionadas en el párrafo anterior será castigado con la pena de reclusión menor y con la de prisión mayor si fueran leves.

Cualquier otro delito cometido contra las personas mencionadas en los párrafos precedentes o contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de dichas personas, será castigado con las penas establecidas en este Código para los respectivos delitos en su grado máximo.»

Artículo 137, párrafo primero:

«El que violase la inmunidad personal del Jefe de otro Estado o de una persona internacionalmente protegida por un Tratado será castigado con la pena de prisión menor.»

Artículo 161

El número 1.º queda así redactado:

«Los que injuriaren, calumniaren o amenazaren gravemente al Regente o Regentes, al Gobierno, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo o a los Gobiernos de las comunidades Autónomas.»

Artículo 165

Queda así redactado:

«Incurrirá en la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas el particular encargado de un servicio público que, por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, religión, grupo político o sindicato, de una persona, le denegare una prestación a la que tuviere derecho.

Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos requeridos se cometieren contra una Asociación, Fundación o Sociedad o contra sus miembros por razón del origen, sexo o situación familiar de sus miembros o de alguno de ellos, o por razón de la pertenencia o no pertenencia de aquéllos, o de una parte de los mismos a una etnia, nación, raza o religión determinada.»

Artículo 165

El actual artículo 165 pasa a constituir el artículo 165 bis.

Artículo 165 bis, a)

El actual artículo 165 bis, a), se mantiene con tal numeración.

Artículo 173

Se añade el siguiente número:

«4.º Las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella.»

Artículo 177 bis

Queda así redactado:

«Los que impidieren o limitaren el ejercicio legítimo de la libertad sindical o del derecho de huelga serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.»

Artículo 181 bis

Queda así redactado:

«Los funcionarios públicos que cometieren alguno de los actos previstos en el artículo 165 incurrirán en la misma pena en su grado máximo y en la de suspensión.»

Artículo 204 bis, a)

Queda así redactado:

«Lo dispuesto en los artículos 178 a 204 bis se entenderá sin perjuicio de lo ordenado en otros preceptos de este Código que señalen mayor pena a cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos mencionados en esta Sección.»

SECCION 3.ª DEL CAPITULO II DEL TITULO II DEL LIBRO II

La rúbrica de la presente Sección 3.ª queda así redactada:

«Delitos contra la libertad de conciencia.»

Artículo 205

Queda así redactado:

Incurrirán en la pena de prisión menor:

1.º Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidieren a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos del culto que profese o asistir a los mismos.

2.º Los que por iguales medios forzaren a otro a practicar o concurrir a actos de culto, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una creencia religiosa, o a mudar la que profesare.»

Artículo 206

Queda sin contenido.

Artículo 207

La expresión «de la religión católica, o los autorizados de las demás confesiones legalmente reconocidas», se sustituye por «de las confesiones religiosas.»

Artículo 209

La expresión «de la religión católica o de confesión reconocida legalmente» se sustituye por «de una confesión religiosa.»

Artículo 210

La expresión «de la religión católica o de otro culto que esté inscrito en el Registro establecido al efecto» se sustituye por «de una confesión religiosa.»

Artículo 212

Queda así redactado:

«Los que cometieren los delitos de que se trata en los artículos anteriores, con motivo o con ocasión de su condición de enseñantes, incurran, además de las penas en ellos señaladas, en la de inhabilitación especial para el ejercicio de la enseñanza pública y privada.»

Artículo 325 bis

«El que con violencia o intimidación intentare que un denunciante o parte, perito, intérprete o testigo en un procedimiento, se retracte de su denuncia, desista de la acción o deje de prestar su declaración, informe o traducción, o las preste desviadamente, será castigado con la pena de prisión menor, que se impondrá en su grado máximo tratándose de procesos penales por delito.

Igual pena se impondrá a quien realizare cualquier acto contra la vida, integridad, libertad, seguridad o bienes de las personas expresadas en el párrafo anterior como represalia de su actuación en un procedimiento judicial, salvo que el hecho constituya delito más grave, en cuyo caso se impondrá la pena en su grado máximo.»

Artículo 340 bis, a)

El segundo párrafo queda suprimido.

Artículo 340 bis, c)

Queda sin contenido.

SECCION 2.ª DEL CAPITULO II DEL TITULO V

Su rúbrica queda así redactada:

«Delitos contra la salud pública y el medio ambiente.»

Artículo 344

Queda así redactado:

«Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación, o tráfico, o las poseyeran con este último fin, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, si se tratare de sustancias que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en los demás casos.

Se impondrán las penas superiores en grado cuando las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas se difundan entre menores de dieciocho años, en centros docentes, unidades militares o establecimientos penitenciarios, cuando el culpable pertenciere a una organización que tuvie-

ra como finalidad difundirlas, así como cuando la cantidad poseída para traficar fuere de notoria importancia.

Si los actos anteriores fueren realizados por facultativo o funcionario público con abuso de su profesión, se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial. La sanción del facultativo comprende a los médicos y personas en posesión de títulos sanitarios, al farmacéutico y a sus dependientes.

En los casos de extrema gravedad y cuando los hechos sean realizados en establecimiento público o se trate de los jefes, administradores o encargados de una organización dedicada, aunque fuere parcialmente, a los fines del párrafo primero, los Tribunales, además de imponer la pena superior en grado, podrán decretar alguna de las medidas siguientes:

a) Clausura definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos, o disolución de la sociedad.

b) Suspensión de las actividades de la empresa o sociedad por tiempo de seis meses a un año.

c) Prohibición a la empresa o sociedad de realizar actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito, por tiempo de dos meses a dos años.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Tribunal podrá proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

Las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en el artículo producirán ante los españoles los mismos efectos que las de éstos, en cuanto a lo establecido en el número 15 del artículo 10 de este Código.»

Artículo 346

Queda así redactado:

«El productor, distribuidor o comerciante que ofreciere en el mercado productos alimenticios, omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las Leyes o Reglamentos sobre caducidad o composición y pusiere en peligro la salud de los consumidores, será castigado con la pena de prisión menor y multa de 750.000 a 3.000.000 de pesetas.

En la misma pena incurrirá quien, con cualquier mezcla nociva a la salud, alterase las bebidas o comestibles destinados al consumo público, vendiese géneros corrompidos, o fabricare o vendiere objetos en cuya composición se hubieren incorporado sustancias o productos de forma tal que resulte su uso nocivo para la salud.

Si dichos actos u omisiones se realizaren por negligencia, la pena será de arresto mayor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas.»

Artículo 347 bis, a)

Se modifica la numeración que pasa a ser «347 bis» pues no existe un artículo siguiente.

«Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas el que, contraviniendo las leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

Se impondrá la pena superior en grado si la industria funcionara clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, o se hubiere desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.

También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.»

SECCION 3.ª DEL CAPITULO II DEL TITULO V DEL LIBRO II. TEXTO DEL PROYECTO DE LEY «DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD EN EL TRABAJO»

Artículo 348 bis, a)

Queda así redactado:

«Los que estando legalmente obligado no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 150.000 pesetas.»

TITULO VI DEL LIBRO II

Queda sin contenido.

Artículo 405

Queda así redactado:

«El que matare a cualquiera de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge, será castigado, como reo de parricidio, con la pena de reclusión mayor.»

Artículo 420

El último párrafo queda suprimido.

Artículo 422

El final del primer párrafo queda redactado así:

Y serán penados con arresto mayor o multa de 30.000 a 150.000 pesetas, según el prudente arbitrio del Tribunal.»

Artículo 423

Queda así redactado:

«Las lesiones menos graves inferidas a padres o ascendientes serán castigadas siempre con prisión menor.

En la misma pena incurrirá quien infiera dichas lesiones, o las comprendidas en el número 4.º del artículo 420, a su tutor, maestro o persona constituida en dignidad o autoridad pública.»

Artículo 428

Se propone la adición de un segundo párrafo con la siguiente redacción:

«No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.»

«El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior no eximirá de responsabilidad penal en los supuestos del artículo 425 de este Código.»

Artículo 443

Los párrafos 4.º y 5.º quedan así redactados:

«En los delitos de abusos deshonestos, estupro, y raptó, el perdón del ofendido, mayor de edad, o el del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz, que se produzca antes de que recaiga sentencia en la instancia, extingue la acción penal.

Dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio ordenará que continúe el procedimiento representando al menor, o incapaz, en su caso, el Ministerio Fiscal.

En el delito de violación el perdón del ofendido, mayor de edad, o el del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz, no extingue la acción penal.»

Artículo 444

Queda así redactado:

«Los reos de violación, estupro o raptó serán también condenados a indemnizar a la persona ofendida.»

Los Tribunales harán la declaración que proceda en orden a la filiación y a la fijación de los alimentos en su caso, conforme a la legislación civil.»

Artículo 452 bis, c)

«Al que viviere en todo o en parte a expensas de la persona o personas cuya prostitución o corrupción explote, le podrán ser aplicadas además de las penas establecidas en el artículo 452 bis, b), alguna de las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento adecuado a las condiciones personales del sujeto.

b) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe.

La medida de internamiento no podrá exceder a la de la pena impuesta y se computará para el cumplimiento de ésta.

A los proxenetas se les clausurará además el establecimiento donde hubiesen tenido lugar sus actividades.»

Artículo 452 bis, g)

Queda así redactado:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 445 y 446, el ascendiente, tutor, maestro o cualquiera persona que, con abuso de autoridad o encargo, perpetrare alguno de los delitos comprendidos en este título será castigado con el grado máximo de la pena señalada al respectivo delito. El Tribunal sentenciador podrá además privar a los culpables de la patria potestad y tutela.

Artículo 468

El segundo párrafo queda así redactado:

«Las mismas penas se impondrán al que ocultare o expusiere a un hijo con ánimo de hacerle perder su estado civil.»

Artículo 487

Los párrafos penúltimo y último quedan redactados del siguiente modo:

«En todo caso, el Tribunal podrá acordar la privación del derecho de patria potestad o de tutela que tuviere el reo.

El delito previsto en este artículo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal.

El perdón expreso o presunto del ofendido extingue la acción penal. Dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente.»

Artículo 501

«El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado:

1.º Con la pena de reclusión mayor, cuando con motivo o con ocasión del robo se causare dolosamente la muerte de otro.

2.º La misma pena se impondrá cuando el robo fuere acompañado de violación o mutilación de las previstas en el artículo 418, en el párrafo 1.º del artículo 419, o de alguna de las lesiones penadas en el número 1.º del artículo 420, si bien en estos supuestos la pena no excederá del grado medio.

3.º Con la pena de reclusión menor cuando el robo fuere acompañado de una mutilación de las previstas en el párrafo 2.º del artículo 419 o de alguna de las lesiones penadas en el número 2.º del artículo 420.

4.º Con la pena de prisión mayor, cuando con motivo u ocasión de robos se causare homicidio culposo, se infieran torturas, se tomaren rehenes para facilitar la ejecución del delito o la fuga del culpable, o cuando el robo fuere acompañado de lesión de las penadas en los números 3.º y 4.º del artículo 420.

5.º Con la pena de prisión menor, en los demás casos, salvo que por razón de concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 506 corresponda pena mayor con arreglo al artículo 505, en cuyo caso se aplicará éste.

Se impondrán las penas de los números anteriores en su grado máximo cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios peligrosos que llevase, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando el reo atacare con tales medios a los que acudieren en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.»

Artículo 502

El último párrafo queda sin contenido.

Artículo 505

Queda así redactado:

«El culpable de robo comprendido en alguno de los casos del artículo anterior será castigado con la pena de arresto mayor, si el valor de lo robado no excediere de 30.000 pesetas y de prisión menor en los demás casos.»

«Si concurriere en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo siguiente se impondrá la pena en el grado máximo.»

Artículo 506

Queda así redactado:

«Son circunstancias que agravan el delito, a los efectos del artículo anterior:

- 1.º Cuando el delincuente llevare armas u otros objetos peligrosos.
- 2.º Cuando el delito se verifique en casa habitada o alguna de sus dependencias.
- 3.º Cuando se cometa asaltando tren, buque, aeronave, automóvil u otro vehículo.
- 4.º Cuando se cometa contra oficina bancaria recaudatoria, mercantil u otra en que se conserven caudales o contra la persona que los custodie o transporte.

5.º Cuando se verifique en edificio público o alguna de sus dependencias.

6.º Cuando se trate de cosas destinadas a un servicio público produciéndose una grave perturbación del mismo, o de cosas de primera necesidad cuando produzca una situación grave de desabastecimiento.

7.º Cuando recaiga sobre cosas de valor histórico, cultural o artístico.

8.º Cuando revistiere especial gravedad, atendiendo el valor de los efectos robados o se produzcan daños de especial consideración.

9.º Cuando el delito coloque a la víctima o su familia en grave situación económica o cuando se cometa abusando de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima.

Quando concurrieren la circunstancia primera del párrafo anterior junto con la segunda, la tercera o la cuarta, podrán aplicarse las penas superiores en un grado.»

Artículo 511

Queda sin contenido.

Artículo 514

Queda así redactado:

«Son reos de hurto los que con ánimo de lucro y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño.»

Artículo 515

Queda así redactado:

«1. Los reos de hurto serán castigados con la pena de arresto mayor si el valor de lo sustraído excediere de 30.000 pesetas.

2. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el artículo siguiente, se impondrá la pena en su grado máximo.

3. Si concurrieren dos o más circunstancias de las expresadas en el artículo siguiente o una muy cualificada la pena será de prisión menor.»

Artículo 516

Queda así redactado:

«Son circunstancias que agravan el delito a efectos del artículo anterior:

1.ª Cuando se trate de cosas destinadas a un servicio público, si se produjera una grave perturbación del servicio, o de cosas de primera necesidad cuando produzcan una situación grave de desabastecimiento.

2.ª Cuando recaiga sobre cosas de valor histórico, cultural o artístico.

3.ª Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de efectos sustraídos o se produzcan perjuicios de especial consideración.

4.ª Cuando coloque a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado con abuso de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima.»

Artículo 528

Queda así redactado:

«Cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro induciéndose a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero.

El reo de estafa será castigado con la pena de arresto mayor si la cuantía de lo defraudado excede de 30.000 pesetas. Si concurrieren dos o más circunstancias de las expresadas en el artículo siguiente o una muy calificada, la pena será de prisión menor. Si concurrieren las circunstancias primera o séptima con la octava, la pena será de prisión mayor.

Si concurriere sólo alguna de las circunstancias del artículo siguiente, la pena se impondrá en su grado máximo.»

Artículo 529

Queda así redactado:

«Son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior:

1.ª Cuando se cometa alterando la sustancia, calidad o cantidad de cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2.ª Cuando se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal administrativo análogo.

3.ª Cuando se realice con abuso de firma en blanco.

4.ª Cuando se produzca destrucción, daño u ocultación de cosa propia, agravación de lesiones sufridas o autolesión para defraudar al asegurador o a un tercero.

5.ª Cuando coloque a la víctima en grave situación económica o se haya realizado abusado de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima.

6.ª Cuando la defraudación se produzca traficando con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda.

7.ª Cuando revistiere especial gravedad atendido el valor de la defraudación.

8.ª Cuando afecte a múltiples perjudicados.»

Artículo 530

Queda sin contenido.

Artículo 531

Queda así redactado:

«Incurrirá en las penas señaladas en el artículo 528 quien, fingiéndose dueño de una cosa inmueble, la enajenare, arrendare o gravare.

En la misma pena incurrirá el que dispusiera de un bien como libre, sabiendo que estaba gravado y también el que lo enajenare dos o más veces, o lo gravare o arrendare después de haberlo enajenado.

Artículo 533

Queda sin contenido.

Artículo 535

Queda así redactado:

«Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 528, los que en perjuicio de otros se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos o negaren haberlo recibido. La pena se impondrá en grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario.

Igual pena se impondrá a los que encontrándose un bien perdido se lo apropiaren con ánimo de lucro.»

Artículo 537

Se suprime la frase «y caso de reincidencia, con arresto mayor y la multa sobredicha».

Artículo 565

Su párrafo 6.º queda así redactado:

«Las infracciones penadas en este artículo, cometidas con vehículos de motor, llevarán aparejada la privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a diez años.»

Artículo 573, 4.º

Queda así redactado:

4.º Los traficantes suministradores, vendedores o expendedores que ofrezcan al público o pongan a la venta bebidas o alimentos que no tengan el peso, medida, calidad, envase, etiqueta o precinto que corresponda.»

Artículo 575

Queda sin contenido.

Artículo 576, 2.º

Queda así redactado:

2.º Los farmacéuticos que expendieren medicamentos o productos de venta en oficinas de farmacia, que no cuenten con la debida autorización o registro sanitario, o que se encuentren caducados o en mal estado, siempre que por las circunstancias no incurran en responsabilidad mayor.»

Artículo 577, 2.º

Se modifica el apartado 2.º, queda redactado así:

«2.º Los que incumplieren o transgredieren los requerimientos previos que concretamente formulen las autoridades sanitarias, para situaciones específicas, al objeto de evitar contaminaciones o circunstancias nocivas de otro tipo que puedan resultar perjudiciales para la salud pública.»

Artículo 580, 1

Queda sin contenido.

Artículo 583, 2 y 3

Se suprimen los apartados 2 y 3, que quedan sustituidos por el siguiente:

2.º El que maltratase a su cónyuge o hijos menores de palabra o de obra aunque no les causase lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior.»

Artículo 584, 1 y 4

Queda así redactado:

«1.º Los que con fines lucrativos emplearen menores de dieciséis años en representaciones públicas, teatrales o artísticas.

Las prohibiciones a que se refiere este número quedan sometidas a las disposiciones de la autoridad competente, la que, para su dispensa, apreciará la relación entre los inconvenientes físicos y morales del trabajo y las condiciones del menor.»

«4.º Los que utilizaren o se lucraren del trabajo de ofrecimiento o venta de tabaco, flores, periódicos o cualquier otra clase de objetos por menores de dieciséis años en la vía y lugares o edificios públicos.»

Artículo 584, 6 bis

Queda así redactado:

«Los encargados de un enajenado que dejaren de cumplir sus deberes de tutela o guarda.»

Artículo 587, 1 y 3

«1.º Los que cometieren hurto si el valor de lo sustraído no excediere de 30.000 pesetas.»

3.º Los que cometieren estafa o apropiación indebida en cuantía no superior a 30.000 pesetas.»

Artículo 593

Se suprime el segundo párrafo del artículo 593 del Código Penal. El artículo queda así:

«Si los ganados se introdujeren de propósito, además de pagar las multas expresadas, sufrirán los dueños o encargados de su custodia de uno a treinta días de arresto menor, siempre que el daño no excediere de 15.000 pesetas.»

Artículo 596

Se suprime del artículo 596 del Código Penal el párrafo segundo. Por lo que el artículo queda así:

«Los que infringieren los reglamentos o bandos de buen gobierno sobre quema de rastrojos u otros productos forestales, serán castigados con la multa de 500 a 5.000 pesetas.»

Artículo segundo

Los siguientes artículos del Código Penal quedan suprimidos o modificados en estos términos:

Artículo 27

Se suprime la palabra «muerte» y las expresiones «presidio mayor», «presidio menor» e «interdicción civil». El último apartado debe tener por rúbrica: «Pena accesoria», en singular.

Artículo 30

Sus apartados 3.º y 5.º quedan, respectivamente, así redactados:

«La de prisión mayor y la de confinamiento, de seis años y un día a doce años.»

«La de prisión menor y la de destierro de seis meses y un día a seis años.»

Artículo 45

Queda así redactado:

«La pena de reclusión mayor llevará consigo la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.»

Artículo 46

Se suprime la expresión «presidio mayor».

Artículo 47

La expresión «presidio y prisión menores» queda sustituida por la de «prisión menor».

Artículo 73

Las escalas graduales quedan así redactadas:

Escalas graduales

Escala número 1:

- 1.ª Reclusión mayor.
- 2.ª Reclusión menor.

3.ª Prisión mayor.

4.ª Prisión menor.

5.ª Arresto mayor.

Escala número 2:

1.ª Extrañamiento.

2.ª Confinamiento.

3.ª Destierro.

4.ª Represión pública.

5.ª Caución de conducta.

Escala número 3:

1.ª Inhabilitación absoluta.

2.ª Inhabilitación especial para cargo público, derecho de sufragio, activo y pasivo, profesión u oficio.

3.ª Suspensión de cargo público, derecho de sufragio, activo o pasivo, profesión u oficio.

Tabla demostrativa de la duración de las penas divisibles y del tiempo que abraza cada uno de sus grados.

En los párrafos 3.º y 4.º, las expresiones «presidio y prisión mayores» y «presidio y prisión menores» quedan sustituidas por «prisión mayor» y «prisión menor», respectivamente.

Artículo 75

Se suprime la expresión «o aquella fuera la de muerte».

Artículo 77

Queda sin contenido.

Artículo 83

Queda sin contenido.

Artículo 84

Se suprime la palabra «presidio».

Artículo 113

El párrafo 1.º queda así redactado:

«Los delitos prescriben a los veinte años cuando la Ley señalare al delito la pena de reclusión mayor».

Artículo 115

El apartado 1.º queda así redactado:

«Las de reclusión mayor a los treinta y cinco años.»

Artículo 120

Queda así redactado:

«El español que indujere a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o se concertase con ella para el mismo fin, será castigado con la pena de reclusión mayor.»

Artículo 137 bis

Queda así redactado:

Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, racial o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1.º Con la pena de reclusión mayor si causaren la muerte, castración, esterilización, mutilación o lesión grave a alguno de sus miembros.

2.º Con la reclusión menor, si sometieren al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud.

En la misma pena incurrirán los que llevaren a cabo desplazamientos forzados del grupo o de sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro.»

Artículo tercero

La expresión «reclusión mayor a muerte», contenida en los artículos 121, 122, 139, 142, 144, 163, párrafo 2.º; 215, párrafo 2.º; 219, apartado 1.º; 233, párrafo 1.º; y 406, párrafo último, queda sustituida por la expresión «reclusión mayor en su grado máximo.»

Artículo cuarto

Las expresiones «presidio mayor» o «presidio menor» quedan sustituidas por las expresiones «prisión mayor» o «prisión menor», respectivamente, en los siguientes artículos: 269, 270, 272, 273, 275, 277, 278, 280, 285, 292, 295, 296, 299, 302, 303, 305, 306, 325, 326, 385, 386, 394, 400, 468, 470, 509, 519, 520, 521, 524, 540, 542, 544, 546 bis, a); 549, 550, 551, 552, 554, 556 y 558.

Artículo quinto

Los límites económicos, cuantías de multas y cifras consignadas como valor, cuantía o cantidad objeto del hecho punible, consignadas en los siguientes artículos, quedan así modificados:

a) El límite económico de 20.000 pesetas señalado en el artículo 28, se entenderá de 30.000 pesetas.

b) La cuantía de las multas establecida en los artículos que se citan en los números siguientes, se entenderán modificadas por las que se expresan:

1.º La pena de multa de 20.000 a 200.000 pesetas establecida en el artículo 74, por la de 30.000 a 300.000 pesetas.

2.º La pena de multa de 20.000 a 40.000 pesetas establecida en los artículos 84, 191, 240, 309, 311, 322, primer párrafo; 326, segundo párrafo; 364 número segundo; 367, 478, segundo párrafo; 480, 482 y 489 bis y 517, segundo párrafo, por la de 30.000 a 60.000 pesetas.

3.º La pena de multa de 20.000 a 100.000 pesetas establecida en los artículos 188, 189, 191, número dos; 192, 196, 197, 208, 210, 232, último párrafo; 237, 239, 240, 246 bis, 247, 275, 277, 278, 279 bis, primer párrafo; 281, 282, 292, 300, 301, 312, 320, 322, segundo párrafo; 323, 324, 325, 327, segundo párrafo; 338, 339, 340, 341, 342, 343, 343 bis, 360, 361, 364, número primero; 365, 366, 368, 369, 371, 372, 373, 374, 376, 377, 380, 382, 390, 404, 420, número cuarto y segundo párrafo; 431, 452 bis, a); 452 bis, b), 459, segundo párrafo; 478, primer párrafo; 487, primer párrafo; 488, 490, 493, 497, segundo párrafo; 498 y 546 bis, c), por las de 30.000 a 150.000 pesetas.

4.º La pena de multa de 20.000 a 200.000 pesetas establecida en los artículos 175, 177, 188, 190, 201, 202, 204, 232, primer párrafo; 244, 249 bis, 266, 295, 296, 302, 303, 310, 321, 326, primer párrafo; 327, primer párrafo; 329, 332, 338 bis, 340 bis, a); 340 bis, b); 345, 351, 379, 415, segundo y tercer párrafos; 420, número dos; 432, 436, 454, 459, primer párrafo; 468, 470, 486, 487, segundo párrafo; 489, 492 bis, 496, 499, 516 bis, 537, 560, 563 bis, b) y 561, con la de 30.000 a 300.000 pesetas.

5.º La pena de multa de 20.000 a 400.000 pesetas establecida en los artículos 238, número tercero; 279 bis, segundo párrafo; 416, 452 bis d); 460, 497, primer párrafo; 499 bis; 534, 545, y 546 bis a), primer párrafo, por la de 30.000 a 600.000 pesetas.

6.º La pena de multa de 20.000 a 1.000.000 de pesetas establecida en los artículos 132, 198, 223, 291, 540, 542 y 544, por la de 30.000 a 1.500.000 pesetas.

7.º La pena de multa de 20.000 a 2.000.000 de pesetas establecida en los artículos 148 bis y 200, por la de 30.000 a 3.000.000 de pesetas.

8.º La pena de multa de 20.000 a 4.000.000 de pesetas establecida en el artículo 344 bis, primer párrafo, por la de 30.000 a 6.000.000 de pesetas.

9.º La pena de multa de 25.000 a 200.000 pesetas establecida en los artículos 165 bis, 165 bis a); 166, 167, 168, 169, 172, 175, 195, primer párrafo, por la de 30.000 a 300.000 pesetas.

10. La pena de multa de 50.000 a 100.000 pesetas establecida en el artículo 242, por la de 75.000 a 150.000 pesetas.

11. La pena de multa de 50.000 a 200.000 pesetas establecida en el artículo 195, segundo párrafo, por la de 75.000 a 300.000 pesetas.

12. La pena de multa de 50.000 a 500.000 pesetas establecida en el artículo 174, por la de 75.000 a 750.000 pesetas.

13. La pena de multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas establecida en los artículos 415, primer párrafo, y 546 bis a), último párrafo, por la de 75.000 a 1.500.000 pesetas.

14. La pena de multa de 50.000 a 2.000.000 de pesetas establecida en el artículo 238, número segundo, por la de 75.000 a 3.000.000 de pesetas.

15. La pena de multa de 100.000 a 500.000 pesetas establecida en los artículos 174 bis a), y 174 bis b), por la de 150.000 a 750.000 pesetas.

16. La pena de multa de 100.000 a 4.000.000 de pesetas establecida en el artículo 238, número primero, por la de 150.000 a 6.000.00 de pesetas.

17. Las penas de multas establecidas en los artículos 180, 297, 319, 331, 337, 375, 385, 386, 387, 392, 395, primer párrafo, 379, 398, último párrafo, 401, 402, 517, primer párrafo, 518, 536 539 546, 562 y 563 tendrán como límite mínimo el de 30.000 pesetas.

18. La pena de multa establecida en los artículos 570, 571, 580, 585, 589, números segundo, 590, 594 y 596, se entenderá en lo sucesivo de 750 a 7.500 pesetas.

19. La pena de multa establecida en los artículos 568, 569, 574, 576 y 578 se entenderá en lo sucesivo de 750 a 15.000 pesetas.

20. La pena de multa establecida en los artículos 572, 573, 579, 584 y 589 número primero, se entenderá en lo sucesivo de 1.500 a 15.000 pesetas.

21. La pena de multa establecida en los artículos 566, 567, 575, 581, 586, 591, 595, 597 y 600 se entenderá en lo sucesivo de 1.500 a 30.000 pesetas.

22. La pena de multa establecida en el artículo 592 se entenderá en lo sucesivo, en su número primero, de 30 a 75 pesetas en su número segundo, de 15 a 45 pesetas, y en su número tercero, de seis a 30 pesetas.

23. La pena de multa establecida en los artículos 598 y 599 tendrá como límite máximo el de 30.000 pesetas.

c) Las cifras consignadas como valor, cuantía o cantidad objeto del hecho punible en los artículos que se citan en los números siguientes se sustituirán por las que se expresan:

1.º La cifra de 15.000 pesetas en los artículos 286, 294, 301, 394, números primero y segundo; 518, 552, 559, 573, número segundo; 589, número primero; 591, número primero; 593, 595, 597, 598 y 599, por la de 30.000 pesetas.

2.º La cifra de 30.000 pesetas de los artículos 553 y 587, número segundo, por la de 50.000 pesetas.

3.º La cifra de 150.000 pesetas de los artículos 549, número primero y segundo; 550, números primero y segundo; 551, 552, 558 y 559, por la de 250.000 pesetas.

5.º La cifra de 1.500.000 pesetas del artículo 594, números tercero y cuarto, por la de 2.500.000 pesetas.

d) El artículo queda redactado así:

Artículo 427

«Las penas señaladas en los artículos 420 a 422, en sus respectivos casos, serán aplicables a las que por infracciones graves de las Leyes y Reglamentos de Seguridad e Higiene y de Trabajo ocasionen quebranto apreciable en la salud o en la integridad física de los trabajadores.»

e) El artículo 563 queda redactado así:

Artículo 563

«Los daños no comprendidos en los artículos anteriores cuyo importe pase de 30.000 pesetas serán castigados con la multa de 30.000 pesetas a 200.000 pesetas, sin que pueda bajar de 30.000 pesetas.»

DISPOSICION TRANSITORIA

«Los preceptos reformados del Código Penal se aplicarán a los hechos punibles que se realicen a partir de su entrada en vigor. Sin embargo, también se aplicarán, aunque hubiesen sido realizados antes, cuando favorezcan al reo.

Los Jueces y Tribunales procederán de oficio, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del reo, a rectificar las sentencias firmes no ejecutadas que se hayan dictado con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, en las que conforme a ella hubiera correspondido una condena más beneficiosa para el reo por aplicación taxativa de sus preceptos y no por la posibilidad del ejercicio del arbitrio judicial.

Las resoluciones, que adoptarán la forma de auto, serán susceptibles de recurso de apelación o casación, según fueren dictadas por los jueces de instrucción o Audiencias Provinciales respectivamente. El recurso de casación se admitirá únicamente por infracción de Ley y se limitará al motivo previsto en el párrafo primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El de apelación se sustanciará por los trámites del artículo 792 de la misma Ley.

En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso se observarán las siguientes reglas:

1.ª Si se tratase de un recurso de apelación, el Ministerio Fiscal y las partes podrán invocar en cualquier momento, antes de dictarse sentencia, los preceptos del Código Penal cuando resulten más favorables al reo; preceptos que el Tribunal deberá aplicar de oficio.

2.ª Si se tratase de un recurso de casación aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos reformados.

3.ª Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o de parte por el término de ocho días para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos reformados, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el Fiscal y el Magistrado ponente, continuando la tramitación con arreglo a Derecho.»

DISPOSICION ADICIONAL

«La cifra de 200.000 pesetas consignadas en el apartado tercero del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quedará sustituida por la de 300.000 pesetas.»

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 25 de junio de 1983.

B) PROYECTOS DE LEY*Proyecto de Ley. Reforma del artículo 417 bis del Código penal*

(«Boletín Oficial de las Cortes Generales». Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 10-I bis, del 23 de marzo de 1983 (*).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento de la Cámara, y por acuerdo de la Mesa, en su sesión del día 8 de marzo de 1983, oída la Junta de Portavoces y el representante del Gobierno, se ordena la remisión a la Comisión de Justicia e Interior y la publicación en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» del artículo 417 bis del proyecto de Ley Orgánica de modificación urgente y parcial del Código penal.

Dicho artículo será objeto de dictamen independiente por la Comisión de Justicia e Interior del resto del mencionado proyecto de Ley (publicado en el «BOCG», núm. 10-I, de 25 febrero 1983), abriendo plazo normal de presentación de enmiendas a partir de su publicación y tramitándose por el procedimiento ordinario.

Por tanto, los señores Diputados y los Grupos Parlamentarios disponen de un plazo de quince días hábiles que expira el 14 de abril para presentar enmiendas (**) al citado proyecto de Ley, cuyo texto se inserta a continuación.

En ejecución de dicho acuerdo, se ordena la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 18 de marzo de 1983.

(*) El plazo de presentación de enmiendas a este proyecto, segregado del de reformas urgentes del Código penal (Ver ANUARIO, 1983, 172) fue prorrogado hasta el 23 de abril.

(**) De las veinte enmiendas presentadas damos cuenta sólo de las dirigidas contra la totalidad. La votación siguiente al debate rechazó las enmiendas de los grupos popular y centrista por 184 votos en contra, 109 a favor y 2 abstenciones, y el texto alternativo del Partido Comunista, integrado en el Grupo Mixto, por 289 votos en contra, 5 votos a favor y 3 votos nulos o abstenciones.

PROYECTO DE LEY ORGANICA DE REFORMA DEL
ARTICULO 417 BIS DEL CODIGO PENAL

Artículo único. El artículo 417 bis del Código penal (*sic*) queda redactado de la siguiente manera:

«El aborto no será punible si se practica por un médico con el consentimiento de la mujer, cuando concurren (*sic*) alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

2.ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3.ª Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.»

ENMIENDAS A LA TOTALIDAD

Grupo parlamentario popular (enmienda núm. 5).

Solicita la *devolución* del texto del Proyecto, entre otras, por las siguientes razones:

1. Por ser contraria a lo dispuesto en la Constitución, singularmente al artículo 15. Y porque, de no entenderse así, la presente, no debería ser Ley Orgánica.

2. Por ser contraria a nuestra tradición moral y jurídica y al sentir probado de la mayoría del pueblo español y sus creencias quien, en todo caso, debería ser precisamente consultado al respecto.

3. Porque está demostrado que la despenalización del aborto no termina con la clandestinidad del supuesto.

4. Porque, tal y como está redactado el texto del Proyecto, equivale a la legalización de los tipos que se dicen penados en los artículos precedentes del Código que continúan vigentes en su formal letra pero vacíos de contenido penal.

5. Por razones técnico-jurídicas, especialmente comprensivas de una extensión inadecuada del principio de intervención mínima y del relativo a la no exigibilidad de otra conducta. Madrid, 20 de abril de 1983. Miguel Herrero R. de Miñón, Portavoz del Grupo.

Manuel Díaz-Pinés Muñoz, Diputado por Ciudad Real, en lo que afecta al artículo 417 bis, la siguiente enmienda núm. 7 de sustitución:

«1. El aborto provocado o interrupción voluntaria del embarazo, por lo que se refiere a la responsabilidad penal de la embarazada, será punible de acuerdo con lo señalado en el precedente artículo 405 de este

Código penal, y a los efectos que en él se consignan, en cuanto que se considera «descendiente» al hijo concebido y aún no nacido —«nasciturus»— que, a estos efectos, tendrá carácter de persona en cuanto sujeto de derechos en expectativa y, entre éstos, el primero: el derecho a nacer.

2. El marido de la gestante o, en su caso, el padre efectivo, reconocido como tal, del «nasciturus», tendrá las responsabilidades penales derivadas del conocimiento, consentimiento y grado de participación en el aborto.

3. La responsabilidad penal de los facultativos y cualesquiera otros colaboradores en el aborto, se fijará por los artículos 411 al 417 de este Código penal, de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 de este artículo, en relación con el 405, y —por extensión— con el 406 y el 407.»

Justificación

Se trata de proteger el primero de los derechos, el de nacer, de acuerdo con el artículo 15 de nuestra Constitución, con textos internacionales a los que España como Estado se ha adherido y, en último término, porque sin el respeto a la vida de los inocentes carecería de sentido, incluso, hablar de convivencia social. Palacio de las Cortes, a 21 abril 1983.

Grupo parlamentario centrista (enmienda núm. 11).

Se propone la supresión del artículo.

Motivación

Todos tienen derecho a la vida. El derecho a la vida, que el artículo 15 de la Constitución reconoce como el primero de los derechos fundamentales, necesita protección jurídico-penal.

Si el derecho a la vida pierde protección jurídico-penal, cabe cuestionarse qué sentido haya de tener un código punitivo que preste aquella protección a otros derechos de inferior rango.

La indisponibilidad de la vida ajena, que alienta desde la fecundación del óvulo, exige el amparo jurídico-penal para el nuevo ser. Con independencia de otras razones, parece claro que la expresión «todos tienen derecho a la vida» del artículo 15 de la Constitución debe ser interpretada en el contexto de otros preceptos constitucionales que no la utilizan en términos tan absolutos. Tal es el caso del artículo 17.1 que reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

La expresión totalizadora del artículo 15 incluye al ser vivo, no nacido, cuya vida ya es sagrada y merece ser penalmente protegida.

Ello no obstante, se formulan las siguientes observaciones:

1.ª *En el orden jurídico-penal.*—El proyecto de Código penal presentado por el Gobierno en la Legislatura inmediatamente precedente, confería un tratamiento jurídico-penal al aborto distinto del que le dispensan los artículos 411 y siguientes del Código en vigor. Una reforma orientada en aquel sentido habría compatibilizado las exigencias ineludibles de protección jurídico-penal de la vida humana con la realidad social del tiempo.

2.^a *En el orden civil.*—La Ley 11/1981, de 13 de mayo —y, en concreto, la reforma que introdujo en el artículo 174 del Código civil— ha significado un proceso de aceleración y de facilidad en la adopción de menores abandonados.

Una sociedad solidaria no debe, ante el aborto, adoptar la actitud permisiva de autorizarlo. Desde la solidaridad de quienes desean hijos hacia quienes, sin desearlos, los tienen, se puede y se debe tender el puente de la adopción.

3.^a *En el orden administrativo.*—Es verdad que las casas o establecimientos benéficos a los que alude el párrafo 4.º del artículo 174 del Código civil no siempre reúnen las debidas condiciones.

Uno de los ejes de la Constitución es el principio de solidaridad. Podría ser razonable el reconocimiento del derecho de toda mujer a entregar a su hijo en un establecimiento adecuado, creado por una Administración pública. La atención de estos establecimientos por los Ayuntamientos, por las Diputaciones provinciales, por las Comunidades Autónomas o por la Administración del Estado podría ser ejemplar.

Si el Estado impone, bajo la pena con que castiga el correspondiente delito, la obligación de que el embarazo desemboque en el parto, debe proveer a la subsistencia del nuevo ser en adecuadas condiciones. Esta no es una aspiración utópica, sino una respuesta positiva a la interpelación a la conciencia colectiva del Proyecto de Ley sometido por el Gobierno a las Cortes Generales.

Por todo ello, se solicita la supresión del artículo 417 bis del Código penal, en los términos en que el Proyecto de Ley ordinaria correspondiente lo configura y se solicita del Gobierno que, en sustitución del mismo, remita a este Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley Orgánica de Código penal que confiera nuevo tratamiento al aborto en la línea del Proyecto de Código penal que el Gobierno presentó en la precedente Legislatura. Asimismo, se solicita del Gobierno que remita, con carácter urgente, un proyecto de ley sobre establecimientos benéficos para el acogimiento de menores cuyas madres no deseen tenerlos consigo. A 21 abril 1983.

Enmienda a la totalidad y texto alternativo (núm. 12) de Santiago Carrillo.

Exposición de Motivos

Es un hecho incontestable que la vigente normativa sobre la interrupción del embarazo no ha alcanzado en absoluto a cumplir el objetivo de política legislativa que se proponía. En efecto, la importancia cuantitativa de las interrupciones voluntarias del embarazo clandestinas constituye el más grave problema social que justifica una ley de despenalización. Sin que se pueda ofrecer cifra exacta, por las propias condiciones de su oculta realización, se estima que en España se producen anualmente entre 100.000 y 500.000 abortos voluntarios. El Fiscal del Tribunal Supremo, en su memoria anual de 1974, hacía referencia a la cifra de 300.000. Las estadísticas oficiales de Gran Bretaña consignan que 20.000 mujeres españolas han abortado en dicho país en cada uno de los últimos años. Cifras similares se

ofrecen en las estadísticas holandesas. En cualquier caso, puede aceptarse que la persecución penal del aborto obliga a varias decenas de miles de mujeres a recurrir al aborto clandestino. Algunas de sus más graves consecuencias se pueden exponer aquí:

En primer lugar, desde el punto de vista sanitario, las condiciones en que se practica el aborto clandestino ponen sistemáticamente en peligro la salud y la vida de la mujer, con graves secuelas prácticas de muertes, lesiones físicas y psíquicas en la mujer, y en no pocas ocasiones en el propio hijo, cuando fracasa la intervención abortiva.

En segundo lugar, se manifiesta en el plano social una grave injusticia material: el dinero y la cultura permite a una minoría privilegiada recurrir al aborto en condiciones higiénico-sanitarias aceptables, sobre todo en el extranjero, libre de la persecución penal, mientras que, a la mayoría, por falta de medios materiales no les resta más que someterse al aborto clandestino en las deplorables condiciones descritas. Y es de resaltar que es entre la mujeres de posición económica más débil, en particular entre las mujeres de la clase trabajadora, donde se produce la más grave carencia de conocimiento de medios anticonceptivos y las mayores dificultades para atención adecuada a un número elevado de hijos y, en consecuencia, donde el aborto tiende más a expandirse.

A esto hay que añadir el que ni la legislación ni la práctica en nuestro país consideran la maternidad como una función social, cargando sobre la madre los costos económicos de atención y de educación del hijo, en condiciones frecuentemente insoportables para la mujer: los horarios de trabajo son incompatibles con los de los centros educativos, no existen prácticamente guarderías subvencionadas, ni ha habido hasta ahora una política gubernamental de desarrollarlas; todavía son frecuentes los despidos por embarazo o maternidad (según el INE, cuatro de cada cinco mujeres dejan el trabajo al tener el primer hijo); en la actual situación de crisis, las trabajadoras con hijos son sistemáticamente discriminadas para el despido, y se han endurecido las normas laborales respecto a la trabajadora madre (permiso de lactancia, reingreso tras la excedencia por maternidad, despido por absentismo incluso justificado).

En este marco jurídico y social, el legislador no puede defender, sin sonrojo, la imposición a la mujer de la prosecución de un embarazo que ella considera que no puede soportar.

Por último, en el plano jurídico, la prohibición penal indiscriminada del aborto y la realidad social de su práctica clandestina provocan graves perturbaciones. El Código penal prevé duras penas para quienes provocan abortos, para las mujeres que lo consienten y para las personas que colaboran en el hecho. Sin embargo, la transgresión de la ley es manifiesta y, como evidencian las cifras anuales mencionadas, constituye una práctica social ampliamente arraigada. Apenas unas decenas de personas son condenadas por los Tribunales de Justicia.

En estas condiciones, la pretensión de que la punición del aborto soluciona el problema y protege la vida humana en desarrollo se revela como falsa y gravemente hipócrita. La pena es del todo ineficaz para motivar en las mu-

eres el rechazo a la interrupción provocada del embarazo y, además, constituye la fuente principal del problema social y sanitario planteado.

En nombre de una protección que no es posible realizar verdaderamente, se criminaliza inútilmente a los hombres y mujeres implicados en el aborto clandestino, y la penalización del aborto se manifiesta de esta forma como un concurso irracional por parte del legislador. El castigo de unas decenas de personas entre los muchos miles que, conforme a una ley injusta, se hacen merecedores de ello, aparece no como expresión de la realización de la Justicia sino, por el contrario, como una absurda lotería al revés. La justicia penal aparece así como un poder arbitrario, generador de mayores males que los que pretende evitar, factor de desigualdad social, ineficaz y, como consecuencia de todo ello, como un poder injusto.

Esta insostenible situación descrita es lo que ha llevado a la generalidad de los países europeos a la reforma de la legislación en esta materia, asumiendo una más o menos amplia liberación de la voluntaria interrupción del embarazo bien a través del sistema de los plazos bien del de indicaciones.

La propuesta de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo levanta una ardua polémica de carácter fundamentalmente moral y religioso. Ahora bien, las opiniones contrarias a la despenalización en esta materia, basadas en argumentos éticos o religiosos, en sí absolutamente respetables, no pueden constituir óbice alguno para el legislador, pues el ordenamiento jurídico que consagra nuestra Constitución prohíbe la imposición por medio de la ley de pautas o concepciones morales o religiosas a los ciudadanos. Su cumplimiento debe relegarse, por el contrario, a la conciencia individual e intimidad de las personas.

Más aún, la Constitución veta la imposición de tales pautas o concepciones morales a través de la conminación de la ley penal, por constituir la misma la más radical de las intervenciones del Estado en el ámbito de la libertad del individuo.

Al legislador solamente le estaría vetado proceder a la despenalización de la interrupción del embarazo si tal decisión legislativa comportare una violación de derechos fundamentales garantizados por la Constitución. A este respecto puede servir de criterio interpretativo el comportamiento del legislador en los Estados miembros del Consejo de Europa, en los cuales rigen Constituciones que reconocen plenamente los derechos fundamentales, cuyos ordenamientos han inspirado la elaboración de nuestra Norma Fundamental y en cuyo ámbito jurídico aspiramos a integrarnos. La generalidad de estos países —Francia, Italia, Alemania Federal, Austria, Reino Unido, etc.— han estimado compatible la interrupción voluntaria del embarazo no solamente con las normas constitucionales respectivas, sino con normas de carácter supranacional que vinculan a todos ellos, incluida España, como es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. Así mismo se ha pronunciado la Comisión Europea de los Derechos Humanos en 1980.

A la luz de la Constitución y del Derecho Constitucional comparado no puede mantenerse, por tanto, una negativa a la despenalización.

La situación que da lugar al aborto se configura como un conflicto entre intereses o bienes jurídicos: la vida humana en formación y la libertad de la mujer. El legislador debe resolver tal conflicto conforme al criterio de la ponderación de intereses, procurando que ninguno quede sacrificado radicalmente en favor del otro. En este sentido se entiende que la mejor solución es la que permite que la libertad de la mujer prevalece en los tres primeros meses del embarazo y con posterioridad, da la primacía a la vida en formación.

De entre los dos sistemas básicos de despenalización se prefiere el denominado de «los plazos»: en el término de los tres primeros meses del embarazo, la interrupción del mismo queda a la decisión, personal de la mujer. La cual, previa información de carácter médico y jurídico, valora la situación y las dificultades ante las que se encuentra y decide por sí y libremente. Más allá de los tres meses, la intervención se autoriza solamente cuando la prosecución del embarazo implica un grave peligro para la vida o la salud de la mujer o se detectan graves anomalías en el feto.

El sistema de las indicaciones se rechaza por varias razones: no es posible prever de manera satisfactoria los criterios objetivos de delimitación de los presupuestos de cada indicación, generándose así inseguridades jurídicas y problemas de prueba; las mujeres decididas a interrumpir el embarazo no se acercarán a los centros sanitarios, en tanto que temerán perder con ello su libertad de decisión, que, en este sistema, depende del médico, y, al dar a conocer su embarazo, exponerse a que una posterior interrupción ilegal del mismo dé lugar a una persecución penal, con lo cual, la misma Ley impondría el mantenimiento de uno de los problemas que pretende solucionar: el aborto clandestino. El sistema de indicaciones implica, por otra parte, una distinción entre abortos motivados e inmotivados, castigándose los últimos porque, a diferencia de los otros, se les considera inmorales, de tal forma que es la «moralidad» lo que decide la incriminación.

El sistema de los plazos es, por otra parte, el que mejor respeta la propia esfera de responsabilidad de la mujer en orden a decidir el destino de su vida y evita que se produzcan injerencias en el ámbito de su personalidad provenientes de las instancias ajenas a ella que conlleva el sistema de indicaciones.

Por último, el sistema de los plazos, al prohibir el aborto después de los tres primeros meses como regla general, sirve también a la protección de la vida en formación, interés que antropológicamente no se puede desconocer.

En este contexto, el Proyecto del Gobierno, que limita la autorización del aborto a los supuestos de la indicación médica criminológica y eugenésica es todo punto inútil para resolver los dos problemas fundamentales que se ha de abordar en una despenalización: poner término a la lacra social del aborto clandestino y acomodar la legislación penal al respecto de los derechos fundamentales de la mujer y de la pareja, en particular el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia.

Incluso dentro del sistema legislativo de «indicaciones» seguido por el Gobierno, la ley podría acercarse a cumplir los objetivos enumerados si

hubiese incluido la denominada «indicación social». Todas las legislaciones que se inspiran en el sistema despenalizador de las indicaciones —y por supuestos las de plazo— la reconocen explícita o implícitamente. La razón de esta acogida se encuentra en el reconocimiento de que de otro modo la ley no resuelve en absoluto el grave problema personal y social del aborto clandestino. Con las indicaciones que se contemplan en el Proyecto no se despenaliza más que un ínfimo número del total de abortos voluntarios estimados. Más de un 85 ó 90 por 100 de los abortos que hoy se practican serán mantenidos en la clandestinidad y bajo la amenaza del Código penal. Mantener criminalizadas las interrupciones del embarazo inspiradas en la indicación social representa a la altura de nuestro tiempo y del cambio político una negación radical por parte del legislador de la libertad moral y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer y de la pareja.

Por todo lo expuesto y por estimar imprescindible y urgente una regulación legal de la interrupción voluntaria del embarazo se formula la siguiente Enmienda a la totalidad de sustitución por un texto alternativo:

TEXTO ALTERNATIVO

Artículo único.

En el Código penal se introduce un nuevo artículo 417 bis con el siguiente tenor:

«Art. 417 bis.

1. No es punible el aborto practicado por un médico dentro de las doce primeras semanas del embarazo con el consentimiento de la mujer. Tampoco es punible la mujer que dentro del mencionado plazo se produjese a sí misma el aborto.

2. El aborto practicado por un médico con posterioridad a las doce primeras semanas del embarazo y con el consentimiento de la mujer no es punible cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1.º) Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada y así lo dictamine un médico distinto del que practique la intervención.

2.º) Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas y tal pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada y se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación.»

Disposición Adicional

La interrupción voluntaria del embarazo podrá practicarse tan sólo en los casos y condiciones que a continuación se establecen:

Primero. 1. La mujer mayor de dieciséis años o emancipada por matrimonio que, encontrándose en los primeros noventa días de su embarazo, desee interrumpirlo, solicitará por escrito y con su firma, la asistencia correspondiente del centro médico público, de la Seguridad Social o privado, en el que haya de ser asistida.

2. La mujer menor de dieciséis años no emancipada por matrimonio que desee interrumpir el embarazo formulará su solicitud en los términos referidos en el párrafo anterior, con la conformidad de su padre o madre, tutor o guardador.

Cuando la solicitud de la menor no se presente con la mencionada conformidad, el médico o la institución sanitaria que la recibiere lo comunicará al Juez de Primera Instancia en el plazo de las siguientes veinticuatro horas. El Juez, dentro de los cinco días siguientes al conocimiento de la solicitud, visto el certificado médico de embarazo, oirá a la mujer que formula la solicitud, así como a quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guardaduría y, tras recabar, si lo estima conveniente, datos e informes complementarios de carácter médico, psicológico y social, dictará Auto autorizando a la mujer, si procede, a decidir sobre la interrupción de su embarazo.

Segundo. El médico o institución ante quien se presente la solicitud de asistencia para la práctica de la interrupción del embarazo, en los cinco días naturales siguientes a dicha solicitud, convocará a la mujer que lo solicita para reconocerla, certificar su embarazo y señalar la fecha de la intervención.

A partir del tercer día al del reconocimiento e información, si se ratifica la solicitud inicial, podrá practicarse la intervención por un médico.

Cuando el tiempo del embarazo se aproxime a la duodécima semana la intervención no será incluíble en listas de espera y será sometida a procedimiento asistencial similar al de las demás urgencias sanitarias.

Si hubiere transcurrido el plazo de las diez primeras semanas y el centro sanitario público no estuviere en condiciones de llevar a cabo la intervención solicitada, por insuficiencias del servicio, por no disponer de personal facultativo al efecto, o por cualquier otra causa, la dirección del mismo dispondrá lo necesario para que la intervención se lleve a cabo de inmediato en otro centro.

Tercero. Con posterioridad a las doce primeras semanas del embarazo el aborto solamente se autoriza si se verifica por un médico con el consentimiento de la mujer y concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1.º) Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la mujer y así lo dictamine un médico distinto del que practique la intervención.

2.º) Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas y tal pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada y se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación.

Cuarto. 1. El médico y demás personal facultativo podrá, a título individual, formular reserva de no participación en interrupciones voluntarias del embarazo, ante la Autoridad sanitaria competente.

Salvo en los supuestos de indicación médica y eugenésica previstos en el apartado tercero la formulación de la reserva releva de la obligación de asistencia profesional en los procedimientos y actividades dirigidas, específica y necesariamente, a determinar la interrupción voluntaria del embarazo, pero no de la asistencia anterior y subsiguiente a la intervención.

La formulación de la reserva conlleva la prohibición de practicar esta clase de intervenciones fuera de las instituciones sanitarias públicas.

La reserva se entiende revocada cuando quien la presentó toma parte, fuera de los casos establecidos en el apartado tercero, en procedimientos o intervenciones para interrumpir el embarazo realizados en centros sanitarios públicos.

2. Los directores de las instituciones sanitarias públicas habilitarán los medios personales y materiales necesarios para garantizar la prestación del servicio a que se refiere esta Ley.

Quinto. 1. La Autoridad sanitaria competente desempeñará la inspección ordinaria de los centros e instalaciones en los que se practiquen interrupciones voluntarias del embarazo.

2. A tales efectos llevarán un control registral de los centros habilitados para la práctica de interrupciones voluntarias del embarazo, de las intervenciones practicadas en los mismos, de los datos personales, que serán rigurosamente reservados, y de los médicos y personal sanitario que hayan formulado reserva.

Sexto. 1. El Ministerio de Sanidad y las Consejerías de Sanidad de los Gobiernos Autonómicos, informarán anualmente a sus respectivos Parlamentos de la aplicación práctica de esta Ley, proponiendo en su caso las modificaciones necesarias para su perfeccionamiento.

Séptimo. Los poderes públicos adoptarán todas las medidas necesarias para procurar la más amplia información sobre el empleo de medios anticonceptivos, especialmente a través de la creación de Centros de Orientación Sexual y Anticoncepción.

Octavo. El Gobierno, sin perjuicio de las funciones que sean competencia de las Comunidades Autónomas, desarrollará en el plazo de tres meses, por vía reglamentaria, lo dispuesto en esta Ley, y en especial:

1. La organización y funcionamiento de las instituciones sanitarias públicas para garantizar el cumplimiento de las prestaciones sanitarias a que se refiere la presente Ley.

2. La normativa a que se han de acomodar los centros e instalaciones sanitarias privadas para que les sea autorizado proceder a las prestaciones a que se refiere esta Ley.

Disposición Final

Esta Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Enmienda al art. 417 bis por Calero Rodríguez (núm. 15).

Supresión.

Justificación: Por razones de ética cristiana, científicas, biológicas, embriológicas, genéticas y humanitarias.

Enmienda del Grupo Parlamentario Centrista (núm. 17).

Al artículo primero.—Se propone la supresión del artículo 417 bis.

Justificación. Volver a su redacción actual. (Subsumida en la Enmienda número 11 de este mismo Grupo.)

Enmienda a la totalidad de don Joaquim Xicoy i Bassegoda, don Josep Antoni Durán i Lleida y don Llibert Cuatrecases i Membrado, Diputados de la Minoría Catalana, con la conformidad del Portavoz del Grupo Parlamentario, solicitando su devolución al Gobierno (núm. 20).

Justificación

1. Los Diputados que suscriben estiman que el Proyecto en su contenido, que por otra parte, por su imperfecta redacción permitiría en la práctica la despenalización de más supuestos que los contemplados, es contradictorio con el artículo 15 de la Constitución, que proclama «Todos tienen derecho a la vida». Ningún tipo de interpretación autoriza a considerar que el derecho a la vida queda limitado a los seres humanos nacidos. Debe rechazarse la interpretación según la cual la expresión «todos», sea sinónima de la palabra «persona» en el sentido de la legislación civil (art. 30 del C. c.).

El «nasciturus» aun no siendo persona en el sentido jurídico, es un ser vivo, y en una interpretación teleológica del precepto constitucional es preciso estimar que la protección se extiende a la vida humana intrauterina.

El artículo 15 de la Constitución no ofrece lugar a dudas. Inicialmente el Anteproyecto declaraba: «Todos tienen derecho a la vida»; como consecuencia de una enmienda que fue apoyada por los diputados de varios grupos parlamentarios, precisamente por la trascendencia que pudiera tener de cara a una posible despenalización del aborto, se volvió a la primitiva redacción, que quedó definitivamente incorporada al texto fundamental.

En cuanto a una interpretación sistemática:

Si bien es cierto que ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos, proclaman de modo expreso que el derecho a la vida, se extienda, también, a los concebidos y no nacidos, queda claro que tampoco excluyen esta interpretación. Pero, en cambio, en el Preámbulo de la Declaración Internacional de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959, se declara, literalmente, que «el niño tiene derecho a una protección jurídica adecuada, tanto antes como después de su nacimiento». El Principio 4.º reconoce el derecho a cuidados prenatales adecuados.

Además, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en 4 de octubre de 1979, aprobó una Recomendación en la que se reconoce el derecho del niño a la vida desde el momento de la concepción. Con base a esta Recomendación se aprobó una Declaración de Derechos del Niño, antes del nacimiento, en cuyo principio 2.º se proclama que la Ley debe asegurarle antes del nacimiento el derecho a la vida inherente a todo ser humano.

2. No puede sostenerse, seriamente, que las tres indicaciones que recoge el Proyecto tengan su justificación jurídico-filosófica en el estado de necesidad. Si ello fuera así, sobraría el Proyecto, toda vez que la despenalización

ya resultaría del juego de las eximentes establecidas con carácter general en nuestro Código penal.

Queda claro la aplicabilidad de la eximente de estado de necesidad en el supuesto de conflicto de intereses entre el mantenimiento de la vida dependiente del feto con el mantenimiento o peligro grave de la vida independiente de la madre. Pero en los demás supuestos: salud de la madre, embarazo por violación, y posibles defectos o taras del feto, no existe proporcionalidad ni prevalencia en favor de una vida menos onerosa de la madre, frente a la irreversible supresión de otras vidas.

3. Tampoco se estima admisible apoyar el Proyecto invocando principios generales del moderno Derecho penal, tales como el de la no exigibilidad de otra conducta o como el de la mínima intervención de la ley en situaciones de irresistibilidad humana.

Es evidente, que una aplicación extensiva de estos principios, en la línea del Proyecto, vaciaría de contenido la mayor parte de figuras delictivas que el Derecho penal moderno no discute.

La supuesta no exigibilidad de otra conducta, y situación de irresistibilidad, en las indicaciones ética y eugenésica, no vendría impuesta por el hecho del embarazo, sino por la indefensión en que la negligencia del Estado sitúa al ciudadano ante las aludidas eventualidades, subsanable por vías distintas del aborto.

Solamente, desde una cultura o ética determinadas, que no consta sean las vigentes, mayoritariamente, en la sociedad española de nuestros días, podría tener cabida la justificación propugnada por el Proyecto.

4. Todo lo dicho anteriormente no es incompatible con el establecimiento de un sistema especial de atenuantes, que en la valoración de los que suscriben equivaldría a eximentes incompletos, para aquellos casos en que el móvil delictivo apareciera condicionado por singulares circunstancias concurrentes.

5. La presente enmienda se presenta con la conformidad del Grupo Parlamentario, a los efectos de permitir a los Diputados que suscriben la defensa de su posición, pero sin prejuzgar la posición de cada uno de los componentes del Grupo Parlamentario, ni en esta enmienda, ni en relación con el Proyecto de Ley ni con las demás enmiendas que se presentan al mismo por otros Diputados o Grupos, atendido que en este caso, cada uno de los Diputados del Grupo goza de plena libertad para definir su posición, mediante el ejercicio de su voto, de acuerdo con su conciencia.

Proyecto de Ley Orgánica por la que se desarrolla el artículo 17.3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido y al preso y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. («B. O. C. G.». Congreso de los Diputados. Serie A. Núm. 22-I, del 27 abril 1983).

EXPOSICION DE MOTIVOS

El artículo 17.3 de nuestra Constitución exige la garantía de asistencia de Abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca. A su vez también exige que toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar.

El presente proyecto de Ley desarrolla uno de los derechos fundamentales de nuestra Constitución inserto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como Ley Procesal, garantía esencial de los derechos fundamentales.

Los principios del desarrollo de este derecho se caracterizan atendiendo no sólo a su consideración como derecho público subjetivo, sino también como garantía jurídico-procesal, reconocida en nuestra Constitución y exigida como esencial por nuestro ordenamiento jurídico, propio de un Estado de Derecho. De ahí se desprende la naturaleza del derecho como irrenunciable, salvo en el limitadísimo supuesto de detenciones por delitos contra la seguridad del tráfico, por entenderse que la exigencia del ejercicio del derecho, en todo caso, puede perjudicar al detenido en estos supuestos concretos.

La asistencia letrada no se concibe como una mera presencia en el momento de practicarse la declaración o el reconocimiento, sino como una auténtica asistencia activa cuyo contenido se define por la posibilidad de exigir por parte del Letrado, que al detenido o preso le sean leídos los derechos que le reconoce la Ley, la posibilidad de exigir el reconocimiento médico del asistido, la intervención mediante aclaraciones y observaciones, dejando constancia de unas y otras, durante la declaración, y, en definitiva, la posibilidad, una vez terminada ésta, de entrevistarse el Letrado con el detenido o preso. Este contenido esencial de la asistencia letrada al detenido supone un avance evidente en relación al vigente ordenamiento jurídico español y en el desarrollo democrático de nuestra Nación, alcanzando para el Estado mayores niveles de legalidad y legitimidad.

Los detenidos y presos aún en los supuestos de incomunicación, también tendrán derecho a la asistencia letrada. El proyecto de Ley no podía desconocer por un lado que el artículo 55.2 de la Constitución no incluye el derecho de asistencia letrada al detenido entre los derechos que pueden ser suspendidos para personas determinadas y, por otro lado, la doctrina

establecida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los criterios fijados por la Fiscalía General del Estado.

El profundo desarrollo de este derecho es compatible a su vez con la defensa de la sociedad. El Estado mantiene intactas las posibilidades de defensa de la seguridad pública, y garantiza una investigación policial eficaz.

Por otra parte, la presencia del Letrado es garantía de que tanto la declaración como el reconocimiento serán realizados ajustados a la legalidad, con lo que la fuerza probatoria de las mismas gana intensidad, a la vez que destruye cualquier suspicacia respecto a las condiciones en que se ha desarrollado.

Se trata, en definitiva, con este proyecto de Ley de desarrollar un derecho fundamental reconocido en la Constitución cuya exigencia de desarrollo era una necesidad inexorable.

En su virtud, a propuesta de los Ministros de Justicia e Interior, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 30 de marzo de 1983, acordó remitir a las Cortes Generales el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo único

Los arts. 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tendrán el siguiente contenido:

«Art. 520.—1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio.

2. Toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, de los hechos que se le imputan motivadores de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

a) Derecho a guardar silencio no declarado (*sic*) si no quiere, no contestando a alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo lo hará ante el Juez.

b) Derecho a no confesarse culpable.

c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a su declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designare Abogado, se procederá a la designación de oficio.

d) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Si se tratare de un menor de edad o incapacitado, la Autoridad bajo cuya custodia se encuentra el detenido o preso notificará las circunstancias antedichas a la persona que ejerza la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo y, si no fuera hallada, se dará cuenta inmediata al Ministerio Fiscal; si fuera extranjero, derecho a comunicar con el Cónsul de su país, a quien se notificará de oficio el hecho de la detención.

e) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano.

f) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal, por el de la Institución en que se encuentre o, en ausencia de los anteriores, por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

3. La Autoridad Judicial, y los funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso, se abstendrán de hacerle recomendaciones sobre la elección de Abogado y comunicarán, de forma fehaciente, al Colegio de Abogados el nombre del Abogado elegido por aquél para su asistencia o petición de que se le designe de oficio. El Colegio de Abogados notificará al designado dicha elección a fin de que manifieste su aceptación o renuncia. En caso de que el designado no aceptare el referido encargo, no fuere hallado, o no compareciere, el Colegio de Abogados procederá al nombramiento de un abogado de oficio. El Abogado designado acudirá al centro de detención a la mayor brevedad y, en todo caso, en el plazo máximo de ocho horas contadas desde el momento de la comunicación al referido Colegio.

Si transcurrido el plazo de ocho horas desde la comunicación realizada al Colegio de Abogados, no compareciese Letrado alguno en el lugar donde el detenido o preso se encuentre, podrá procederse a la práctica de la declaración o del reconocimiento de aquél, si lo consintiere, sin perjuicio de las responsabilidades contraídas en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de los Abogados designados.

4. No obstante, el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de Letrado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico.

5. La asistencia del Abogado consistirá en:

a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 de este artículo y que se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f).

b) Solicitar de la Autoridad Judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la aclaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

c) Entrevistarse con el detenido, si éste así lo solicita, al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido.»

«Art. 527—El detenido o preso, mientras se halle incomunicado no podrá disfrutar de los beneficios expresados en el presente Capítulo.

El detenido o preso incomunicado disfrutara de los derechos establecidos en el artículo 520, con las siguientes modificaciones:

a) En todo caso, su Abogado será designado de oficio.

b) No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado d), del número 2.

c) Tampoco tendrá derecho a la entrevista con su Abogado prevista en el apartado c), del número 5.»

Proyecto de Ley Reguladora del Derecho de Asilo (B. O. C. G. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 32.1, del 7 junio 1983.)

Exposición de motivos:

I. La presente Ley tiene por objeto cumplir el mandato del artículo 13, 4.º, de la Constitución y, al mismo tiempo, ofrecer una solución jurídica a un problema de hecho como es el del refugio en España de personas perseguidas en sus países por motivos ideológicos o políticos de acuerdo con los criterios de hospitalidad y tolerancia que deben inspirar el estado democrático definido en nuestra Constitución.

De las dos clases de asilo, el territorial y el diplomático, esta Ley sólo se ocupa del primero, único aludido en el mencionado precepto constitucional. Se unifican los conceptos de «asilado refugiado», de tal forma que quien obtiene asilo recibe un status jurídico que viene a identificarse en lo esencial con el Estatuto para los Refugiados.

Finalmente, debe indicarse que esta Ley es un complemento necesario al Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951) y al Protocolo sobre el mismo tema (Nueva York, 31 de enero de 1967), que hoy forman parte del ordenamiento jurídico español como consecuencia de la adhesión de 22 de junio de 1978.

II. Las cuestiones jurídicas principales que presenta una Ley de Asilo, son las siguientes:

1. Motivos de asilo:

El derecho de asilo en su dilatada historia ha transformado el ámbito de protección. Si en un principio beneficiaba sólo a los delinquentes comunes y nunca a los políticos, desde finales del XVIII la tendencia se invierte, de modo que en la actualidad sólo protege a los perseguidos políticos, entendida esta expresión en sentido amplio (raza, religión, nacionalidad, etc.).

Nuestra Ley es en este punto generosa, pues junto a los perseguidos comprende también a quienes hayan cometido delitos políticos o conexos que no lo sean en España.

2. Protección que ofrece el Asilo:

La protección primaria y esencial consiste en no devolver a la persona al Estado perseguidor y, por tanto, desestimar las peticiones de extradición. De ahí que la solicitud de asilo suspenda cualquier proceso de extradición (art. 5.º, 2). En cualquier caso, la expulsión de un extranjero nunca se realizará al país perseguidor, salvo casos de extradición formalmente acordada (art. 19.1).

Además, el asilo puede comprender también todas o algunas de las me-

didadas previstas en el artículo 2.º (autorización para trabajar, asistencia social, etc.).

3. Reconocimiento del derecho:

La petición de asilo puede hacerse en cualquier frontera española, aun cuando no se tenga la documentación en regla; en este último caso pueden adoptarse medidas cautelares. Lógicamente la petición puede cursarse también dentro del territorio nacional.

El reclamante puede valerse de abogado, que se nombrará de oficio si lo solicita. Se prevé también la intervención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (art. 5.º, 4).

La condición de asilado se reconoce por extensión a los ascendientes y descendientes en primer grado, así como al cónyuge (art. 5.º, 4).

4. La competencia:

La competencia en materia de asilo (concesión, revocación, condiciones) se atribuye al Gobierno, a propuesta del Ministerio del Interior, por tratarse de un acto en ejercicio de la soberanía del Estado. Se crea una Comisión Consultiva, compuesta por representantes de los Departamentos Ministeriales afectados por la concesión del asilo, que deberá ser oída por el Ministerio del Interior antes de que éste eleve al Gobierno su propuesta de resolución. La existencia de esta Comisión garantiza la coordinación, en materia de asilo, de todos los Ministerios afectados.

Las resoluciones del Ministerio del Interior no admitiendo a trámite el expediente de solicitud de asilo o poniéndolo fin son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El mismo recurso cabe contra las resoluciones del Gobierno revocadoras de la concesión de asilo. Por lo que respecta a las denegaciones de asilo se introduce la posibilidad del reexamen administrativo de las mismas, de acuerdo con las recomendaciones de los organismos internacionales especializados en la materia.

En la elaboración de esta Ley se ha consultado al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y a la Comisión Española de Ayuda al Refugiado.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, el Gobierno, acordó remitir a las Cortes Generales el siguiente

PROYECTO DE LEY

TITULO UNICO

CAPITULO I

Disposiciones generales.

Art. 1.º Derecho a solicitar asilo.

El territorio español constituirá un refugio inviolable para todas las personas a quienes se conceda asilo de conformidad con esta Ley. Se reconoce a los extranjeros el derecho a solicitar asilo.

Corresponde al Gobierno el reconocimiento y decisión sobre las solicitudes de asilo, atendiendo a las circunstancias del solicitante y del país perseguidor. La concesión de asilo se realizará mediante Real Decreto dictado a propuesta del Ministerio del Interior, a quien corresponderá su preparación y elaboración en los términos establecidos en la presente Ley y Disposiciones que la desarrollen.

Art. 2.º Contenido del asilo.

El asilo, a los efectos internos, es la protección dispensada por el Estado, en el ejercicio de su soberanía, a los extranjeros que se encuentren en algunas de las circunstancias previstas en el artículo 3.º, que consiste en la no devolución al Estado donde tenga fundada razón para temer persecución o castigo sobre las bases del artículo 3.1 de la presente Ley, y en la adopción de todas o algunas de las siguientes medidas:

- a) Autorización de residencia indefinida o temporal en España.
- b) Expedición de los documentos de viaje e identidad necesarios.
- c) Autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles.
- d) Asistencia social y económica en la forma que se determine reglamentariamente.
- e) Cualesquiera otras que se recojan en los Convenios Internacionales suscritos por España.

Art. 3.º Causas que justifiquen la solicitud de asilo.

1. Podrán solicitar asilo en España:

- a) Las personas que se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o no quieran acogerse a la protección del mismo debido a fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, opiniones políticas o actividades políticas.
- b) Las personas que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde tuvieran su residencia habitual no quieran regresar al mismo, por las causas recogidas en el apartado anterior del presente artículo.
- c) Las personas que no quieran someterse a la protección del país de su nacionalidad ante el temor de sufrir cualquier clase de enjuiciamiento o sanción como consecuencia de actividades que no estén consideradas como delictivas en el ordenamiento jurídico español.
- d) Las personas no comprendidas en los párrafos anteriores en los casos en que la concesión del asilo se justifique por razones humanitarias.

2. Si el solicitante del asilo tuviere más de una nacionalidad, la expresión «del país de su nacionalidad» se entenderá referida a cualquiera de ellas. No se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a quien, teniendo más de una, no se haya acogido, careciendo de razón válida derivada de un fundado temor, a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.

3. En ningún caso se otorgará asilo a las personas respecto de las cua-

les existan motivos fundados para considerar que han cometido algunos de los delitos contra la paz, contra la humanidad o de guerra definidos en los instrumentos internacionales elaborados para dictar disposiciones referentes a tales delitos. Asimismo, no podrá concederse asilo a quienes sean culpables de actos contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas.

Tampoco podrá otorgarse asilo a quien, con anterioridad a la concesión del mismo, hubiere cometido un grave delito común, un delito contra la seguridad de la aviación civil, un delito de terrorismo o cualquier otro acto considerado punible por los Convenios Internacionales válidamente ratificados por España.

CAPITULO II

De la concesión y del reconocimiento de la condición de asilado

Art. 4.º Presentación de la solicitud de asilo.

1. El extranjero que se encuentre en territorio español presentará su petición de asilo ante la Autoridad gubernativa competente.

La entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos propios de la condición de asilado, a condición de que se presente sin demora a las Autoridades.

2. La petición de asilo hecha en cualquier frontera supondrá la admisión provisional del extranjero, sin perjuicio de lo que pueda acordarse definitivamente por el Gobierno.

Si el extranjero carece de la documentación exigida por las Autoridades españolas, el Ministerio del Interior podrá acordar la fijación de residencia obligatoria al interesado en tanto no resuelva su solicitud.

3. La petición de asilo presentada por extranjero ante una Embajada o Consulado será tramitada a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Art. 5.º Efectos de la solicitud de asilo.

1. Solicitado el asilo por cualquier extranjero, no podrá ser expulsado sin que el Gobierno haya resuelto su petición, sin perjuicio de las medidas cautelares que pueda adoptar la Autoridad gubernativa por motivos de salud o seguridad públicas.

2. La solicitud de asilo suspenderá hasta la decisión definitiva, cualquier proceso de extradición del interesado que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud de concesión de asilo será comunicada inmediatamente al órgano ante el que tuviera lugar el correspondiente proceso.

3. Reglamentariamente se determinarán las normas de procedimiento para reconocimiento de asilo, situación provisional de los reclamantes y documentación en que se le reconozca tal situación.

4. En todo caso se permitirá al reclamante valerse de abogado y se le

nombrará de oficio si lo solicita; se establecerá la obligación de comunicar al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados la presentación de las solicitudes de asilo y la resolución definitiva que se dicte sobre las mismas, permitiéndose al Alto Comisionado informarse de la marcha de los expedientes, estar presente en las audiencias al reclamante y presentar informes, verbales o escritos, por sí o por representante apoderado al efecto ante el Ministerio del Interior; igualmente, se permitirá a las asociaciones legalmente reconocidas que entre sus objetivos tengan el asesoramiento y ayuda al refugiado la presentación de informes escritos ante el Ministerio del Interior.

Art. 6.º Comisión Consultiva para las solicitudes de asilo.

Se crea, en el seno del Ministerio del Interior, una Comisión Consultiva que informará sobre las solicitudes de asilo. La Comisión estará compuesta por un representante de cada uno de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia, Interior y Trabajo y Seguridad Social. Las normas de funcionamiento de la Comisión se determinarán reglamentariamente.

Art. 7.º Concesión del asilo.

La concesión del asilo será de la competencia del Gobierno, a petición de la parte interesada.

El Ministerio del Interior, oída la Comisión Consultiva citada en el artículo anterior, propondrá al Gobierno la resolución que estime pertinente sobre las solicitudes de asilo.

Art. 8.º Requisitos de la concesión de asilo.

Para que el Gobierno resuelva favorablemente la petición de asilo será necesario que se pruebe o aparezcan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos previstos en el número 1 del artículo 3.º de esta Ley.

Artículo 9.º Reexamen de la denegación.

El extranjero a quien le haya sido denegado el asilo podrá en cualquier momento, si tuviera nuevos datos probatorios de sus afirmaciones o considerase que las circunstancias que justificaban la denegación han desaparecido, instar del Ministerio del Interior la revisión de su expediente.

Art. 10. Extensión familiar del asilo.

La condición de asilado se reconocerá por extensión a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del asilado, salvo los casos de separación legal, separación de hecho, divorcio, mayoría de edad o independencia familiar, en cuyo caso se valorará por separado la situación de cada miembro de la familia.

Art. 11. Denegación del asilo por permanencia en otro Estado.

Podrá no reconocerse la condición de asilado a quienes por razones económicas y familiares o de otra índole tengan derecho a residir en un tercer Estado o de hecho se encuentren, no simplemente en tránsito, en dicho tercer Estado, pudiendo obtener en el mismo la residencia y seguridad de no devolución al país perseguidor.

CAPITULO III

De los efectos del reconocimiento y pérdida de la condición de asilado

Art. 12. Derecho de no devolución.

El reconocimiento de la condición de asilado otorga al extranjero el derecho a no ser devuelto al país donde pueda tener motivos para temer fundadamente persecución o castigo, en los términos del artículo 3.º.

Art. 13. Residencia y permiso de trabajo.

El reconocimiento de la condición de asilado implica la autorización de residencia en España, la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles, la expedición del documento de identidad necesario y, en su caso, de viaje, todo ello con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley.

Art. 14. Condiciones especiales sobre residencia y trabajo.

El reconocimiento de la condición de asilado en el supuesto previsto en el apartado d) del número 1 del artículo 3.º, implicará un permiso de residencia temporal por un plazo de seis meses. Transcurrido dicho plazo, se revisará la condición de asilado cuya revocación deberá ser motivada y fundarse en causa justa que afecte al orden público interior, seguridad exterior del Estado o intereses internacionales del mismo.

En tales casos podrá otorgarse el permiso de residencia con alguna de las medidas de seguridad que se prevén en el artículo 18 y se estará a lo dispuesto en la normativa general sobre trabajo de extranjeros, que también se aplicará en todo caso a la familia del asilado.

Art. 15. Otras medidas protectoras.

La adopción de las demás medidas previstas en el artículo 2.º de esta Ley se realizará teniendo en cuenta los medios efectivos con que cuenta el Estado, de acuerdo con lo previsto en los Convenios suscritos por España, y atendiendo siempre a principios humanitarios.

Art. 16. Circunstancias excepcionales.

1. Por circunstancias excepcionales de índole política, económica y social podrá, con carácter general, denegarse la concesión de la autorización de la residencia y trabajo prevista en los tres artículos anteriores.

2. A las Cortes Generales mediante Ley corresponde la apreciación de la concurrencia de tales circunstancias y la determinación de alcance de las medidas a adoptar, respetando en todo caso las situaciones preexistentes.

Art. 17. Efectos de la denegación de asilo.

La denegación del reconocimiento de la condición de asilado salvo en el caso de entrada ilegal en España no implicará la expulsión del solicitante, quien estará en las mismas condiciones que cualquier otro extranjero para obtener la autorización de residencia y trabajo y ostentar los demás derechos previstos en las Leyes y Convenios Internacionales.

Art. 18. Medidas cautelares.

1. Además de los derechos previstos en esta Ley, los extranjeros asilados disfrutarán en España de los mismos derechos y libertades que los demás extranjeros, gozando, en todo caso, los comprendidos en los apartados a), b) y c) del número 1 del artículo 3.º de esta Ley del tratamiento previsto en la Convención de Ginebra de 1951.

2. Sin embargo, por razones debidamente motivadas de seguridad del Estado, el Ministro del Interior podrá, con carácter temporal adoptar las medidas de alejamiento de fronteras o de núcleos de población determinados singularmente. También podrá acordar por las mismas razones, presentaciones periódicas del asilado ante la autoridad competente.

3. Cuando las relaciones exteriores de España se viesen afectadas de modo grave y directo por actividades desarrolladas en España por una asociación, compuesta total o parcialmente de asilados, que exceda del ejercicio del derecho de libre expresión reconocido en la Constitución, el Ministro del Interior podrá, previo apercibimiento y mediante resolución motivada, proceder a la suspensión de las actividades de la misma y proponer su disolución ante la Autoridad judicial. Contra la decisión de suspender las actividades de la asociación cabrá el recurso a que se refiere el artículo 21 de esta Ley.

Art. 19. Expulsión de los asilados.

1. Los extranjeros asilados podrán ser expulsados del territorio español por actividades graves o reiteradas contra la seguridad interior o exterior del Estado.

En ningún caso se les expulsará al país donde hubiere motivos para temer persecución o castigo.

2. El Ministerio del Interior comunicará la expulsión al interesado, haciéndole saber los recursos que proceden contra la expulsión, así como que si los ejercita en el plazo de diez días quedará en suspenso la misma, sin perjuicio de otras medidas de seguridad que puedan adoptarse en este caso.

3. En todo caso, se concederá al expulsado un plazo razonable para buscar su admisión legal en otro país.

Art. 20. Revocación de la condición de asilado.

El Gobierno podrá acordar la revocación de la condición de asilado o de alguno o todos los beneficios previstos en el artículo 2.º de esta Ley en los siguientes casos:

a) Cuando el asilo se haya obtenido mediante datos, documentos, o declaraciones que sean falsos y determinantes del reconocimiento obtenido.

b) Cuando el asilado abandone por más de un año el territorio nacional o adquiera residencia en otro país, a menos que obtenga una autorización previa si median causas que lo justifiquen.

c) Cuando el asilado pueda regresar a su país de origen en caso de haberse producido cambios que hagan cesar la persecución o los motivos racionales de temor a sufrir persecución.

d) Cuando se incurra en alguna de las causas de privación de la condición de asilado previstas en los Convenios Internacionales.

Art. 21. Recursos judiciales.

Las resoluciones del Ministerio del Interior no admitiendo a trámite las peticiones de asilo o poniendo término al expediente, y las del Gobierno que revoquen el asilo previamente concedido, serán recurribles ante la Sala correspondiente de lo Contencioso-Administrativo, ajustándose, en cuanto a su interposición y procedimiento, a lo previsto en las normas que regulan la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas.

DISPOSICION ADICIONAL

La denegación del reconocimiento de la condición de asilado, cualquiera que sea su causa, no impide que los órganos competentes en materia de extradición puedan entender, de acuerdo con la legislación correspondiente, que no procede la extradición por tratarse de un delito de carácter político o, aunque se trate de un delito común, fundarse en motivo de carácter político la petición de extradición.

Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.º, apartado 2.º de la presente Ley, estuviese pendiente una solicitud de extradición, la decisión del Gobierno será comunicada al órgano correspondiente.

DISPOSICION TRANSITORIA

En tanto no sean promulgadas las normas reguladoras de amparo judicial, la referencia que a las mismas se contiene en el artículo 21 se entenderá hecha a los artículos 6.º a 10 de la Ley de 28 de diciembre de 1978.

DISPOSICION FINAL

Se autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones exija el desarrollo de la presente Ley.

C) PROPOSICIONES DE LEY

Proposición de Ley Orgánica, relativa a asistencia de letrado al detenido (art. 17.3 de la Constitución). Presentada por el Grupo Parlamentario Mixto («B. O. C. G.» Congreso de los Diputados. Serie B. Núm. 20-I, del 10 febrero 1983).

Al amparo de lo establecido en el artículo 126.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados, tengo el honor de solicitar de esa Mesa la tramitación de la siguiente proposición de Ley Orgánica que desarrolla el artículo 17.3 de la Constitución.

El respeto a la libertad —elemento imprescindible de todo sistema democrático— debe reflejarse en un conjunto normativo que permita la plenitud del ejercicio de los derechos del ciudadano y asegure la máxima protección en los supuestos de privación de ésta que, en todo caso, deberá someterse —estrictamente— a las formas previstas en la Ley.

Dentro de este conjunto normativo adquiere especial relevancia la necesidad de articular una serie de medidas que, basadas en el principio de que la detención no podrá rebasar el límite estrictamente necesario para la práctica de las diligencias de averiguación, garanticen al detenido el total respeto a su integridad física, el conocimiento de las causas de su situación, los derechos que la Ley le reconoce y la forma de ejercitarlos.

Varias de estas medidas son recogidas en la Ley de 4 de diciembre de 1978 y, entre ellas, la asistencia del letrado al detenido adquiriendo rango constitucional al ser consagradas en el artículo 17.3 de nuestra norma suprema con el voto favorable de todos los Grupos políticos. La clara necesidad de proceder al desarrollo previsto en el mencionado precepto motiva la siguiente proposición de ley que tiene su antecedente en la presentada en la anterior legislatura por el Grupo Parlamentario Comunista y que, lamentablemente, no llegó a alcanzar las páginas del «B. O. E.». En ella se introducen un conjunto de modificaciones en la normativa vigente que tienden a reforzar las garantías del detenido y la función del abogado, concretar el ámbito de aplicación e introducir controles médicos adecuados. Por otro lado, de forma inequívoca, se proclama la irrenunciabilidad de la asistencia letrada.

De acuerdo con el mandato constitucional, que no establece limitación alguna al respecto, los preceptos de esta Ley son de plena aplicación a los supuestos previstos en el artículo 55.2 de nuestra Constitución y sólo podrán ser objeto de suspensión conforme a lo dispuesto en el párrafo primero del mencionado artículo en los casos de declaración del estado de sitio.

Cualquier otra interpretación supondría un claro quebrantamiento de la letra y del espíritu de nuestro texto fundamental que ha querido convertir la garantía y la protección de los derechos fundamentales en un fin irrenunciable y consustancial con la existencia de una sociedad democrática.

PROPOSICION DE LEY

Art. 1.º El artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal queda re-dactado en los siguientes términos:

«1. La detención, lo mismo que la prisión provisional, deben efectuarse de la manera y en la forma que perjudiquen lo menos posible a la persona y a la reputación del inculpado. Todo detenido o preso debe ser informado, desde luego y en términos claros y precisos, de modo que le sean comprensibles, de las causas que han determinado su detención y de los derechos que le asisten. En ningún caso se le podrá compeler a prestar declaración si, invitado a hacerlo, se negase.

2. Su libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar su persona.

3. Desde el momento en que se practique su detención o se acuerde su prisión, al afectado le será designado abogado, elegido por él mismo o nombrado de oficio, para que le aconseje y asesore, se persone en el lugar de custodia, asista a los interrogatorios y le instruya de las garantías legales, exigiendo en su caso la lectura del presente artículo e interviniendo en todo reconocimiento de que sea objeto.

4. Si el detenido o preso se niega a declarar, aun en presencia de su abogado, se consignará tal decisión en las actuaciones. Tanto si hubiera prestado declaración como si se hubiera negado a declarar podrá entrevistarse después con el abogado siempre que lo desee, personal y reservadamente.

5. La Autoridad bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso notificará la detención de forma inmediata, y en su caso el letrado elegido, al Colegio de Abogado, el cual, si no resulta posible la actuación del designado o si no ha habido designación, proveerá lo necesario para la intervención de un abogado de oficio en el lugar de custodia.

6. Si transcurridas ocho horas desde la notificación realizada al Colegio de Abogados no compareciere en el lugar donde el detenido se encuentra letrado alguno, podrá procederse a su interrogatorio y a la práctica de cualesquiera otras diligencias urgentes sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 1 de este artículo.

7. Asimismo, desde el momento de su privación de libertad, la persona afectada tendrá derecho a que se comunique al familiar o a la persona que desee el hecho de su detención y el lugar de custodia. Cuando se trate de menor de edad o persona incapaz, la autoridad bajo cuya custodia esté tendrá la obligación de notificar a la persona indicada las circunstancias antedichas, y si ésta no fuere hallada se dará cuenta inmediatamente al Ministerio Fiscal.

8. Terminado el interrogatorio podrá interesar el letrado que se formulen preguntas al detenido o preso que estime convenientes para el esclarecimiento de los hechos.

9. El letrado podrá solicitar que se practique reconocimiento médico del detenido a cargo de un facultativo designado por él mismo.

10. El derecho a la asistencia letrada es irrenunciable.»

Art. 2.º Se añade al artículo 486 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un segundo párrafo del siguiente tenor:

«La persona citada podrá designar abogado o comparecer acompañada de él.»

Art. 3.º El artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal queda redactado de la siguiente forma:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 520, cuando el detenido o preso desee ser visitado por un médico, un ministro de su religión, parientes o personas con quienes esté en relación de intereses o por las que puedan darles sus consejos, deberá permitírsele con las condiciones prescritas en el Reglamento de Cárceles, si no afectasen al secreto y éxito del sumario.»

Art. 4.º El artículo 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal queda redactado en los siguientes términos:

«Excepto la asistencia letrada de la que no podrán ser privados, los detenidos o presos mientras se hallen incomunicados no podrán disfrutar de los beneficios expresados en el presente capítulo y regirán respecto de los mismos las disposiciones del capítulo anterior.»

Art. 5.º Lo dispuesto en los artículos anteriores será de aplicación en todo caso a los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución y Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, que lo desarrolla.

DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

DISPOSICION FINAL

La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Proposición de Ley reguladora del procedimiento del «habeas corpus». (Orgánica). Presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (PNV). («B. O. C. G.». Congreso de los Diputados. Serie B. Núm. 22-I, del 15 febrero 1983).

EXPOSICION DE MOTIVOS

El artículo 17.4 de la Constitución establece que «la Ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente». La necesidad

de desarrollar este artículo es más que evidente, no sólo porque existe un mandato constitucional en tal sentido, sino porque lo reclama la dignidad de la persona puesta en solfa a veces con detenciones arbitrarias e ilegales o sin el respeto debido a los derechos que garantizan la Leyes procesales y la propia Constitución.

De conformidad con el artículo 81 de la Constitución, esta proposición de Ley debe revestir el carácter de orgánica, pues afecta directamente al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que contiene la Constitución en el Título I, Capítulo Segundo, Sección primera.

En su virtud, el Grupo Parlamentario Vasco (PNV) presenta la siguiente proposición de Ley:

Art. 1.º Habrá lugar al procedimiento de «habeas corpus»:

1. Cuando una persona haya sido privada ilegalmente de libertad, o se halle en tal situación más tiempo del legalmente autorizado, siempre que tal privación no proceda de resolución dictada por autoridad judicial competente.

2. Cuando quien lleve a cabo la privación de libertad no respete los derechos que la Constitución y las Leyes procesales garantizan a toda persona detenida.

Art. 2.º Será competente para entender de la solicitud de «habeas corpus», el Juez de Instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad.

Art. 3.º Están legitimados para iniciar el procedimiento:

1. De oficio, el Juez de Instrucción a que se refiere el artículo anterior.

2. El Ministerio Fiscal.

3. La persona que se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el artículo 1.º, o cualquier otra persona en su nombre.

4. Cualquiera que acredite tener motivos bastantes para suponer, fundadamente, que una persona se halla en la situación descrita en el artículo 1.º de esta Ley.

Art. 4.º Salvo cuando el procedimiento se incoe de oficio, éste se iniciará por medio de escrito o de comparecencia, en el que se hará constar:

1. El nombre y circunstancias personales del solicitante y de la persona para la cual se solicita el amparo judicial.

2. Lugar en que se halla el privado de libertad y autoridad o persona bajo cuya custodia se encuentra.

3. Motivo concreto por el cual se solicita el amparo.

Art. 5.º El Juez de Instrucción sólo podrá denegar de plano la solicitud de «habeas corpus», si ésta fuese manifiestamente improcedente, debiendo en otro caso ordenar la incoación del procedimiento.

Contra la resolución que, en uno u otro caso, se adopte, no cabrá recurso alguno.

Art. 6.º La autoridad, el agente de la misma o el funcionario público que no pudiese en conocimiento inmediato del Juez competente la solicitud de «habeas corpus» formulada por la persona privada de libertad que se encuentre bajo su custodia incurrirá en la pena de inhabilitación especial.

Art. 7.º Admitida a trámite la solicitud de «habeas corpus», el Juez de Instrucción fijará hora para la vista dentro de las diez siguientes, convocando a la misma a la persona privada de libertad, a su abogado, si lo tuviera, a la persona bajo cuya custodia se encontrare aquella y al Ministerio Fiscal. Hasta la celebración de la vista, el Juez podrá acordar por sí o a instancia del Ministerio Fiscal o del abogado, y con citación en todo caso del primero, la práctica de la diligencias que estime indispensables.

Art. 8.º En el acto de la vista, se oirá, en primer lugar, a la persona privada de libertad y, acto seguido, a quien la tuviese bajo su custodia; si el privado de libertad hubiese designado abogado, hará uso éste de la palabra a continuación, finalizando la vista con la intervención del Ministerio Fiscal.

Art. 9.º Celebrada la vista, el Juez resolverá en el acto, adoptando cualquiera de estas decisiones:

1. Ser conforme al derecho la privación de libertad.
2. En el caso del párrafo 2.º, del artículo 1.º, mantener la privación de libertad a disposición de su autoridad, o de la autoridad judicial que fuere competente.
3. Decretar la libertad inmediata, si el privado de la misma lo fue ilegalmente.
4. Ordenar que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición judicial, si se hubiese superado el plazo legalmente establecido para la detención.

Contra la resolución que se dicta no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte que se considere agraviada, pueda ejercitar las acciones penales que estime pertinentes.

Art. 10. Si el Juez que entienda el procedimiento, a la vista de lo actuado en el mismo, aprecia indicios de materia delictiva por parte de quien llevó a cabo la privación de libertad, procederá a incoar el correspondiente procedimiento penal, o remitirá testimonio de lo actuado al Juzgado competente, si no lo fuese el mismo.

Cuando en el solicitante del amparo se apreciase temeridad o mala fe, será condenado en las costas del procedimiento; en cualquier otro caso, éstas se declararán de oficio.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo establecido en la presente Ley.

Segunda. La presente Ley entrará en vigor el día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

*Modificación del art. 174 bis, b), del Código Penal. (Orgánica).
Presentada por el Grupo Parlamentario Mixto. («B. O. C. G.».
Congreso de los Diputados. Serie B. Núm. 36-I, del 18 de
abril de 1983.)*

EXPOSICION DE MOTIVOS

La Ley Orgánica de 4 de mayo de 1981, número 2/81, introdujo en el Código penal, entre otros nuevos preceptos, el artículo 174 bis, b), del Código penal que castiga con la pena de prisión mayor la figura delictiva de colaboración con bandas organizadas y armadas definida y penada hasta entonces por el artículo 2.º del Real Decreto-ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Durante el tiempo de su vigencia ha quedado demostrado que la misma, en cuanto al precepto aludido se refiere, conculca el principio de proporcionalidad entre los delitos y las penas, dándose el caso de que una aplicación estricta de la legalidad vigente conduciría al absurdo jurídico de tener que condenar a penas de privación de libertad más graves al cómplice o encubridor que subyace en el tipo penal de colaborador, que al autor del propio delito principal.

Ya en la legislatura anterior, el Diputado que suscribe formuló una proposición de Ley idéntica a la presente, publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* —Congreso de los Diputados—, de 23 de abril de 1982, que no pudo ser tramitada a causa de la anticipada disolución de las Cámaras.

Ahora, para remediar esta situación jurídica, contraria, evidentemente, al estado de derecho, se formula nuevamente la siguiente

PROPOSICION DE LEY ORGANICA

Artículo primero.—El artículo 174 bis, b), del Código penal quedará redactado como sigue:

«Art. 174 bis, b). Será castigado con las penas de prisión menor y multa de cien mil a quinientas mil pesetas, salvo que por la aplicación de otros preceptos correspondiera una pena más grave, el que obtenga, recabe o facilite de cualquier modo información, vehículos, alojamientos o locales, armas o explosivos u otros medios materiales, o cooperación económica y el que realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan:

a) La fundación, organización o reconstitución de las bandas o grupos armados a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, y la organización, la planificación o la realización de las actividades de cualquier clase de las referidas bandas o grupos armados.

b) La comisión de cualquier clase de delito por persona o personas integradas en dichas bandas o grupos armados en el ámbito de los objetivos y actividades de los mismos. Cuando como consecuencia de lo previsto en este apartado se produzca la muerte de una o más personas la pena se elevará a reclusión menor.

En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito cuya comisión favorezca.»

D) DECRETOS

Real Decreto 971/1983, de 16 de febrero, por el que se desarrolla el título segundo de la Ley orgánica 7/1982, de 13 de julio, relativo a las infracciones administrativas de contrabando.
(«B. O. E.», núm. 97, del 23 abril) (*).

La Ley Orgánica 7/1982, de 14 de julio, viene a modificar de modo sustancial la normativa reguladora del ilícito de contrabando, pues si bien es cierto que aquella forma del fraude fiscal fue siempre objeto de atención de una específica legislación al respecto, la nueva Ley, sin alterar el sentido conceptual del contrabando, introduce un importante cambio en el sistema establecido para reprimir tal modalidad infractora.

Y así, con una distinción similar a la tradicional de delitos y faltas, la expresada Ley clasifica a las acciones o a las omisiones sancionables en delitos de contrabando e infracciones administrativas de contrabando, diversificando, a su vez, la competencia sancionadora al asignar a los Juzgados y Tribunales ordinarios el conocimiento de la materia delictiva, con sujeción, en su caso, al procedimiento que corresponda, mientras que encomienda a los Administradores de las Aduanas la sustanciación de las infracciones administrativas de la materia.

Esta novedad de atribuir a los Administradores de las Aduanas la tramitación de los expedientes sancionadores por infracciones administrativas de contrabando, aparte lo lógico de la adscripción, por cuanto las referidas infracciones lo son, normalmente, a las normas que regulan las actividades cuyo control y gestión compete a dichas autoridades, obliga, por otra parte, a establecer una regulación adecuada para completar algunos de los aspectos únicamente enunciados en la Ley, de forma que, sin merma de los principios de defensa de los inculpados y garantía de la Administración, quede asegurado el normal desenvolvimiento del Servicio.

Para un mejor ajuste, meramente instrumental, se recogen en la presente regulación definiciones y tipificaciones que debidamente reguladas en sus respectivos textos orgánicos (Contrabando, General Tributaria, Procedimiento Administrativo, Reclamaciones Económico-Administrativas...) permitirán una mayor claridad y facilidad de aplicación, y ello aun a riesgo de sacrificar la estricta técnica legal de evitar repeticiones sustantivas.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, de acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 16 de febrero de 1983,

(*) A continuación se inserta la rectificación de errores padecidos en este Real Decreto.

D I S P O N G O :

Artículo 1.º *De las infracciones administrativas de contrabando.*

Enumeración de las infracciones.

1. Incurrirán en infracciones administrativas de contrabando, si no fuesen delictivas, cuando el valor de los géneros o efectos objeto de las mismas sea inferior a un millón de pesetas, lo que:

1.1. Importaren o exportaren géneros de lícito comercio sin presentarlos para su despacho en las oficinas de Aduanas.

La ocultación o sustracción dolosa de cualquier clase de géneros, sean estancados, prohibidos o de lícito comercio dentro del recinto aduanero, a la acción de la Administración de Aduanas. Se entenderá como no presentación para su despacho y constituirá, por tanto, infracción de contrabando. Se presumirá que existe intención dolosa si las mercancías se encuentran contenidas en dobles fondos, espacios disimulados o en circunstancias que racionalmente supongan ese ánimo doloso.

1.2. Realizaren operaciones de comercio, tenencia o circulación de géneros de lícito comercio de procedencia extranjera, sin cumplir los requisitos establecidos; para acreditar su lícita importación.

1.3. Importaren, exportaren, poseyeren, elaboraren o rehabilitasen géneros estancados sin autorización.

1.4. Importaren, exportaren o poseyeren géneros prohibidos, y los que realizaren con ellos operaciones de comercio o circulación, sin cumplir los requisitos establecidos por las Leyes.

1.5. Exportaren sin autorización obras u objetos de interés histórico o artístico.

1.6. Obtuvieren, mediante alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el despacho de géneros estancados o prohibidos o mercancías extranjeras de lícito comercio, por las oficinas de Aduanas, o las autorizaciones para los actos a que se refieren los números anteriores.

1.7. Condujeren en buque español o extranjero, de porte menor del permitido por los Reglamentos, géneros estancados o prohibidos o mercancías de lícito comercio, en cualquier puerto o lugar de las costas no habilitado a efectos aduaneros o en cualquier punto de las aguas jurisdiccionales españolas.

1.8. Alijaren o transbordaren en un buque, clandestinamente, cualquier clase de géneros o efectos dentro de las aguas jurisdiccionales españolas o en las circunstancias previstas por el artículo 23 de la Convención de Ginebra sobre Alta Mar, de 29 de abril de 1958.

Infracciones de aprehensión e infracciones descubrimiento.

2. Las infracciones administrativas de contrabando serán de aprehensión y de descubrimiento.

2.1. De aprehensión: cuando al descubrirse la infracción o con anterioridad o posterioridad a su descubrimiento tenga lugar la aprehensión de los géneros o efectos.

2.2. De descubrimiento: si al descubrirse la infracción no tuviera lugar dicha aprehensión de los géneros.

Fecha en que se entienden cometidas las infracciones:

3. Las infracciones administrativas de contrabando se entenderán cometidas, salvo prueba en contrario, en la fecha en que fueran descubiertas.

Art. 2.º De los responsables en las infracciones administrativas de contrabando.

Serán responsables de las infracciones administrativas de contrabando las personas físicas que cometan las acciones o incurran en las omisiones sancionadas por la Ley.

Art. 3.º Competencia.

Competencia funcional:

1.1. Serán competentes para conocer de las infracciones administrativas de contrabando los Inspectores-Administradores de Aduanas e Impuestos Especiales, los Administradores principales de puertos francos y los Interventores de los territorios francos.

1.2. La Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales resolverá las consultas que se formulen sobre la aplicación de la Ley en materia de infracciones administrativas de contrabando. Asimismo, corresponde al Director general del Ramo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del presente Real Decreto, por delegación del Ministro de Economía y Hacienda, en tanto no haya prescrito la acción administrativa, la revisión de las resoluciones dictadas por infracciones administrativas de contrabando cuando se encontraren en cualesquiera de los supuestos contemplados en el artículo 154 de la Ley General Tributaria.

Competencia territorial:

2.1. Los Inspectores-Administradores de Aduanas e Impuestos Especiales de Alicante, Almería, Badajoz, Baleares, Barcelona, Cádiz, Cantabria (Santander), Castellón, Ciudad Real, Córdoba, La Coruña, Huelva, Madrid, Málaga, Murcia, Navarra, Sevilla, Tarragona, Toledo, Valencia, Valladolid, Vizcaya y Zaragoza, que conocerán de las infracciones administrativas de contrabando que se descubran en el territorio de su provincia, con las excepciones que se establecen en los números siguientes de este artículo.

2.2. Los Inspectores-Administradores de las Aduanas de Cartagena, Gijón, Jerez de la Frontera y Vigo serán competentes para conocer las infracciones que se descubran en los territorios que comprendan sus Delegaciones de Hacienda respectivas.

2.3. Los inspectores-Administradores de las Aduanas de Alcañices (Zamora), Avilés (Asturias), Canfranc (Huesca), Fuentes de Oñoro (Salamanca),

Irún (Guipúzcoa), La Farga de Montes (Lérida), La Junquera (Gerona), Motril (Granada), Ribadeo (Lugo), Tuy (Pontevedra), Valencia de Alcántara (Cáceres) y Verín (Orense), conocerán de las infracciones que se descubran en su provincia respectiva, sin perjuicio de lo dispuesto en otros números de este artículo.

2.4. Los Administradores principales de los puertos francos de Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife serán competentes para el conocimiento de las infracciones administrativas de contrabando que se descubran en los territorios de sus respectivas provincias.

2.5. Los Interventores de los territorios francos de Ceuta y Melilla conocerán de las infracciones administrativas de contrabando que se descubran en sus demarcaciones.

2.6. El conocimiento de los expedientes que se instruyan por las infracciones administrativas de contrabando que se descubran en las provincias en las que no exista Inspección-Administración de Aduanas, corresponderá a la Inspección-Administración de Aduanas e Impuestos Especiales que se indica seguidamente:

En la provincia de Alava, por la Aduana de Bilbao.

En la provincia de Albacete, por la Aduana de Madrid.

En la provincia de Avila, por la Aduana de Valladolid.

En la provincia del Burgos, por la Aduana de Valladolid.

En la provincia de Cuenca, por la Aduana de Madrid.

En la provincia de Guadalajara, por la Aduana de Madrid.

En la provincia de Jaén, por la Aduana de Málaga.

En la provincia de León, por la Aduana de Avilés.

En la provincia de Palencia, por la Aduana de Valladolid.

En la provincia de La Rioja, por la Aduana de Zaragoza.

En la provincia de Segovia, por la Aduana de Valladolid.

En la provincia de Soria, por la Aduana de Valladolid.

En la provincia de Teruel, por la Aduana de Zaragoza.

2.7. Como excepción a lo dispuesto en los números anteriores, las Inspecciones-Administraciones de Aduanas e Impuestos Especiales de Algeciras, La Línea de la Concepción, Pasajes y Port-Bou, por su carácter de dependencia de la Delegación de Hacienda respectiva, serán competentes para conocer las infracciones administrativas de contrabando que se cometan en su demarcación.

Conflictos de competencia:

3. Los conflictos de competencias que se susciten serán resueltos por el Director general de Aduanas e Impuestos Especiales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 a 19, ambos inclusive, de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, reguladora de la materia.

Art. 4.º *De las multas.*

Las personas responsables de las infracciones administrativas de contrabando serán sancionadas con multa en la forma que se detalla:

Cuantía:

1. La cuantía de la multa estará comprendida entre el medio y el duplo del valor de los géneros o efectos objeto del contrabando.

Graduación:

2. Para la aplicación de la sanción de multa se dividirá ésta en tres grados: máximo, medio y mínimo.

2.1. El grado máximo comprenderá entre el 1,51 como límite inferior y el duplo como límite superior del valor de los géneros o efectos.

2.2. El grado medio, entre el 1,01 como límite inferior y el 1,50 como límite superior de dicho valor.

2.3. El grado mínimo, entre el 0,5 como límite inferior y el tanto como límite superior del referido valor.

Aplicación:

3.1. Se aplicará la sanción de multa en su grado medio cuando no se aprecien en las personas responsables la concurrencia de circunstancias que indiquen un aumento o disminución del grado de malicia, siempre que el valor de los géneros o efectos sea superior a 250.000 pesetas y no sea superior a 750.000 pesetas.

3.2. Se aplicará la sanción de multa en su grado máximo en los casos siguientes:

3.2.1. Cuando el valor de los géneros o efectos sea superior a 750.000 pesetas.

3.2.2. Cuando la persona responsable hubiera sido sancionada en los cinco últimos años anteriores a la fecha de la comisión de la infracción, en resolución firme, por infracción administrativa de contrabando.

3.2.3. Cuando haya sido condenado el responsable, dentro de los cinco años anteriores a la fecha de comisión de la infracción, por sentencia firme, en delito de contrabando.

3.2.4. Cuando se aprecien circunstancias que indiquen un mayor grado de malicia, extremos de los que deberá hacerse mención expresa en la resolución sancionadora.

3.3. Se aplicará la sanción de multa en su grado mínimo en los siguientes casos:

3.3.1. Cuando el valor de los géneros o efectos no sea superior a 250.000 pesetas.

3.3.2. Cuando se aprecien circunstancias que indiquen una disminución del grado de malicia, extremos que deberán hacerse constar en la resolución que se dicte.

3.4. Si concurrieran circunstancias de las enumeradas en los apartados 3.2 y 3.3 serán compensadas racionalmente.

Art. 5.º Comiso.

1. Toda sanción que se imponga por una infracción administrativa de contrabando llevará consigo el comiso de los géneros o efectos siguientes:

1.1. Los que constituyan el objeto de la infracción.

1.2. Los materiales, instrumentos y maquinaria empleados en la fabricación, elaboración y transformación de los géneros estancados o prohibidos.

1.3. Los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión de la infracción, siempre que no pertenezcan a tercero que no haya tenido participación en ésta o que el Organismo Administrativo competente estime que dicha sanción no resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y el importe de los géneros objeto del contrabando.

2. No se procederá al comiso de los géneros o efectos del contrabando cuando éstos sean de lícito comercio y hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe.

Art. 8.º Condonación de la sanción de multa.

1. Las multas impuestas en concepto de sanciones por infracciones administrativas de contrabando podrán quedar sin efecto mediante condonación graciable, de conformidad con lo establecido en los artículos 125 a 128, ambos inclusive, del vigente Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas de 20 de agosto de 1981.

2. Las multas impuestas por infracciones administrativas de contrabando no serán objeto de la condonación automática, que, para determinados casos y circunstancias, conceden otros preceptos de la legislación de Hacienda.

Art. 7.º Distribución del importe de las multas.

De la distribución:

1. El importe de las multas satisfechas por infracciones administrativas de contrabando se distribuirá del siguiente modo:

1.1. En principio, será dividido en tres partes iguales, de las cuales corresponderá una a la Hacienda y las otras dos, en concepto de premio, a los aprehensores y descubridores.

1.2. Cuando la parte de multa correspondiente a los aprehensores y descubridores excediera de 100.000 pesetas se tendrán en cuenta las siguientes normas:

— Del exceso que haya entre las 100.00 hasta 250.000 pesetas, será para aprehensores y descubridores el 80 por 100.

— De la parte que exceda de 250.000 sin pasar de 500.000 pesetas, será para aprehensores y descubridores el 40 por 100.

— De la parte que exceda de 500.000 pesetas sin pasar de 1.000.000 de pesetas, será para aprehensores y descubridores el 20 por 100.

— De la parte que exceda de 1.000.000 de pesetas, será para aprehensores y descubridores el 10 por 100.

1.3. Cuando en la aprehensión o descubrimiento hubiesen concurrido funcionarios de Aduanas y de los Resguardos, la cantidad se distribuirá entre los Cuerpos o Resguardos que hubieran intervenido, haciendo tantas partes iguales como sean éstos, las cuales serán distribuidas posteriormente

con arreglo a las disposiciones del Ministerio de Economía y Hacienda y los Reglamentos de cada Cuerpo.

Del impago de la multa:

2. Cuando la multa no fuera totalmente satisfecha, el producto de la venta de los géneros o efectos decomisados tendrá la consideración de sanción de multa al solo efecto de abono de premio a los aprehensores y descubridores, sin que las cantidades percibidas en dicho concepto puedan exceder de las que les corresponderían en caso de que la multa hubiese sido satisfecha en su totalidad.

De la indeterminación:

3. En el supuesto de que se declare cometida una infracción sin poder determinar las personas responsables, el producto obtenido de la venta de los géneros o efectos decomisados se dividirán en tres partes iguales: Dos de ellas para la Hacienda y la otra para aprehensores y descubridores, si los hubiera. La otra distribución se hará con sujeción a las normas de este artículo.

De la efectividad:

4. La distribución del premio correspondiente a los aprehensores y descubridores no podrá efectuarse hasta tanto alcance firmeza la resolución en cuya virtud haya sido impuesta la multa.

Art. 8.º Del procedimiento sancionador.

Iniciación del procedimiento:

1.1. El procedimiento para sancionar las infracciones administrativas de contrabando podrá iniciarse:

- a) Por denuncia particular.
- b) De oficio.
- c) Por la actuación de las autoridades y fuerzas competentes para la persecución y descubrimiento de estas infracciones.
- d) Por la actuación de otras autoridades civiles y militares en su respectivo territorio, miembros de las Fuerzas Armadas y toda fuerza pública armada.

1.2. La acción para sancionar las infracciones administrativas de contrabando podrá ser consecuencia de denuncia de particulares, quienes la presentarán ante las Inspecciones-Administraciones de Aduanas e Impuestos Especiales, Administraciones de Puertos Francos o Intervenciones de Territorios Francos competentes, según el territorio en el que se entienda cometida, y, en general, ante cualquier órgano de la Hacienda Pública, mediante comparecencia o por escrito, haciendo constar el hecho o la omisión con todas sus circunstancias de lugar y tiempo, personas, naturaleza de los géneros o efectos y cuantos datos conduzcan a facilitar su comprobación.

1.3. Serán competentes para la persecución y descubrimiento del contrabando y extender las correspondientes actas:

a) Los funcionarios de los Cuerpos de Inspectores de Aduanas e Impuestos Especiales y de Gestión de la Hacienda Pública (especialidad Gestión Aduanera).

b) Los funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera.

c) Las Fuerzas de la Guardia Civil que cumplen las funciones propias del Resguardo de Aduanas.

1.4. Las autoridades y fuerzas citadas en el párrafo d) del apartado 1.1 anterior podrán actuar en los siguientes casos:

a) Cuando por razones de urgencia fuesen requeridas al efectos por los funcionarios especialmente dedicados a la persecución del contrabando.

b) Cuando sorprendieran a los culpables en el momento de cometer la infracción.

c) Cuando les fuere notoriamente conocida alguna infracción de contrabando y pudiesen realizar preventivamente la aprehensión, si no se hallarén presentes las personas mencionadas en el apartado anterior.

En estos casos deberán hacer constar la aprehensión y sus circunstancias y poner los géneros aprehendidos a disposición de la autoridad y Organismo competente para conocer de la infracción, haciendo la entrega bajo recibo.

1.5. Corresponderá a los funcionarios del Cuerpo de Inspectores de Aduanas e Impuestos Especiales la dirección de las actuaciones cuando concurren con otros funcionarios o fuerzas en la práctica de un servicio.

Actas:

2.1. Las actuaciones se formalizarán mediante acta suscrita por cualesquiera de las personas que se citan en el número 1.3 de este artículo y se remitirán al órgano que corresponda en razón de su competencia territorial.

2.2. Las actas deberán contener, al menos, los extremos siguientes:

— El lugar, día, hora y circunstancias en que se verificó la aprehensión o se efectuó el descubrimiento, haciendo relación a los hechos ocurridos.

— Los nombres, apellidos, documento nacional de identidad, si constan; vecindad, domicilio y demás circunstancias personales de quienes presumiblemente hayan participado en los hechos constitutivos de la infracción.

— Los datos, indicios o sospechas fundadas de quienes puedan ser los responsables, si es que no fueron hallados en el momento de la aprehensión o descubrimiento.

— La descripción de los géneros o efectos aprehendidos, con especificación del número de bultos, clase, marcas, contenido y peso, de tal forma que queden perfectamente identificados; y si no fueran aprehendidos, las cantidades que han sido objeto de la operación fraudulenta, con el mayor detalle posible, indicando los documentos, testimonios o cualesquiera otras pruebas de las que se deduzcan la cantidad, características, calidad u otros que permitan conocer su naturaleza y valor.

— La descripción de los contenedores, vehículos, embarcaciones, aeronaves y otros medios en que se contuvieren, transportaran, alijaran o circularan los géneros o efectos.

— Los nombres de los aprehensores o descubridores, con expresión del Cuerpo o Resguardo a que pertenezcan.

— El precepto o preceptos que se consideren infringidos.

— La Aduana, Administración de Puerto Franco o Intervención de Territorio Franco a la que se remite el acta.

2.3. El acta será suscrita por los aprehensores o descubridores y por los presuntos responsables, y en defecto de éstos, si no saben o no quieren firmar, por dos testigos.

2.4. Se extenderá por triplicado, remitiéndose un ejemplar al órgano competente, otro quedará en poder de los aprehensores o descubridores y el tercero se entregará a los interesados, que les servirá de notificación a los efectos de iniciación del procedimiento sancionador.

2.5. Las actas se remitirán, dentro de las cuarenta y ocho horas, a la Aduana competente, poniendo a su disposición los géneros o efectos aprehendidos.

2.6. Sin perjuicio de la remisión del acta y entrega de los géneros o efectos, los funcionarios o fuerzas intervinientes en la aprehensión o descubrimiento llevarán a efecto las diligencias complementarias que puedan encomendárseles o que estimen conveniente remitir a la Aduana como ampliación del acta para el más completo esclarecimiento de los hechos.

Ordenación e instrucción del procedimiento:

3.1. Recibida el acta se registrará en un libro habilitado a este solo efecto, con numeración secuencial dentro de cada año natural, en el que se consignarán las distintas fases del procedimiento.

3.2. Por cada acta recibida será instruido un expediente identificado con el número con que se ha registrado el acta, que se tramitará bajo la directa responsabilidad del Inspector, Administrador, Administrador principal de Puerto Franco o Interventor de Territorio Franco que corresponda.

3.3. Se adoptarán las medidas provisionales que se estimen oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer. No se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las Leyes.

3.4. Podrá disponerse la acumulación de expedientes que guarden conexión directa entre sí, por propia iniciativa o a instancia de los interesados, siempre que corresponda conocer de todos ellos, por razón del territorio en que se hayan descubierto, a la misma oficina de Aduanas, sin perjuicio de estimar cometidas varias infracciones a efectos de la sanción que corresponda en función del valor de los géneros o efectos.

3.5. Se podrán recabar certificaciones, informes y dictámenes periciales de otros Organismos, así como la práctica de pruebas y actuaciones, con objeto de llegar al más completo conocimiento de los hechos y sus circunstancias que pueden ser constitutivos de infracciones administrativas de contrabando.

3.6. En todo caso, se solicitará de la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales antecedentes de los inculpados sobre posibles sanciones por infracciones administrativas de contrabando o condenar por de-

litos de contrabando deducidas del Registro Central de Penados y Rebeldes.

3.7. Asimismo, podrán interesarse de los inculpados las aclaraciones, justificaciones, documentación, etc., que se considere precisa para la correcta calificación de los hechos.

3.8. Cuando en el curso de la tramitación del expediente se advierta la posibilidad de que estuviesen relacionadas con el mismo otras personas, se les notificará de dicha circunstancia, informándoles de los hechos en que se les considere implicadas y de las posibles consecuencias que de los mismos pudiera derivarse, considerándoseles, desde entonces, como parte del procedimiento.

Valoración de los géneros o efectos:

4. Los géneros o efectos aprehendidos, tan pronto como se inicie el expediente, serán valorados por la Aduana competente para conocer del expediente, con arreglo a las siguientes reglas:

4.1. Géneros estancados:

— Si se trata de géneros estancados, por el precio de venta al público.

— De no estar señalado dicho precio se adoptará la valoración establecida para la clase más similar.

4.2. Tratándose de géneros de origen extranjero, por aplicación de las normas que regulan la valoración en Aduanas, incrementándose el valor resultante por el importe de los tributos exigibles a su importación.

4.3. Respecto a los géneros de origen nacional, se estará a los precios oficiales, si los hubiere, o, en su defecto, a los precios medios del mercado señalados en ambos casos para mayoristas.

4.4. La valoración se realizará por los Servicios de Valoración de la Inspección-Administración de Aduanas, Administración Principal de Puerto Franco o Intervención de Territorio Franco que le corresponda resolver el expediente, con aplicación de las reglas contenidas en este artículo y teniendo en cuenta las normas vigentes para determinar el valor en Aduanas de las mercancías.

4.5. De la valoración de los géneros se extenderá una diligencia, que se unirá al expediente. Asimismo contendrá la liquidación de todos los tributos.

4.6. Cuando la aprehensión no haya tenido lugar, la valoración se efectuará con arreglo a los datos de que se disponga y aplicación de las reglas contenidas en los apartados anteriores.

Pliego de cargos y puesta de manifiesto del expediente:

5.1. Incoado expediente serán efectuadas cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a determinar las responsabilidades susceptibles de sanción.

5.2. A la vista de las actuaciones practicadas, se formulará un pliego de cargos, en el que se expondrán los hechos imputados.

5.3. El pliego de cargos se notificará a los interesados, poniéndoles simultáneamente el expediente de manifiesto, para que en un plazo no inferior

a diez días ni superior a quince, puedan contestar a los cargos formulados, exponer las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

5.4. Contestado el pliego de cargos o transcurrido el plazo para hacerlo, se formulará propuesta de resolución que se notificará a los interesados para que en el plazo de ocho días puedan alegar cuanto consideren conveniente a su defensa.

Resolución:

6.1. La resolución, que será motivada, contendrá necesariamente, al menos, los siguientes extremos:

— Los hechos que se estiman probados y la infracción que se considera cometida.

— Cantidad, clase y valor de los géneros o efectos objeto de la misma.

— Las personas que se consideran responsables de la infracción.

— La circunstancia de si han sido condenadas con anterioridad por delito de contrabando o sancionadas por infracción administrativa de contrabando.

— La existencia o no de circunstancias que indiquen un menor o mayor grado de malicia.

— La multa que se impone a cada uno de los responsables.

— El comiso de los géneros, efectos, vehículos, embarcaciones, etc., si procede, o la declaración de no procedencia del comiso indicando expresamente las razones, así como el destino que debe dársele en cualquier caso, especialmente si son monopolizados o de ilícito comercio.

— Si corresponde efectuar la distribución reglamentaria de la multa.

— Los recursos que, contra la resolución, procedan, órgano ante el que se han de interponer y plazo de presentación, advirtiéndose que procederá la reclamación económico-administrativa ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

6.2. Si se estimase que no se ha cometido infracción administrativa de contrabando, en la resolución también motivada, se expresarán los elementos de hecho y los fundamentos de derecho en que se base, así como el destino que procede dar a los géneros, efectos y medios de transporte, y la existencia o no de indicios de haberse cometido infracción tributaria o de otra naturaleza.

6.3. La resolución se notificará a los responsables y a los aprehensores y descubridores, cumpliéndose en su formalización lo establecido al efecto en los artículos 79 y 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

6.4. Si la valoración alcanzase o superase un valor total de un millón de pesetas, el objeto del contrabando fuera drogas, estupefacientes, armas, explosivos o cualesquiera otra mercancías cuya tenencia constituya delito o el contrabando se realice a través de una organización, el acuerdo se limitará a ordenar la remisión del acta, con todo lo actuado, a los Juzgados ordinarios que les corresponda según su competencia, notificando a los interesados de dichos extremos.

Forma de proceder con los géneros, efectos y medios de transporte aprehendidos:

7.1. Los aprehensores pondrán a disposición de los Inspectores-Administradores de Aduanas, Administradores principales de puertos francos o Interventores de territorios francos que corresponda, los géneros, efectos y medios de transporte.

7.2. Cuando los géneros o efectos aprehendidos sean de los comprendidos en los monopolios públicos, se procederá en la forma que indiquen las disposiciones reguladoras de dichos monopolios.

— Si se trata de tabaco o efectos timbrados, serán remitidos inmediatamente a la Representación o Administración subalterna de «Tabacalera, S. A.», cuyas dependencias procederán a determinar el valor que les corresponde, dándoles el destino que reglamentariamente proceda.

— Si fueran productos de los comprendidos en el Monopolio de Petróleos, serán remitidos a la Agencia Provincial de Ventas de CAMPSA para que, después de determinar el valor y comunicarlos a la oficina de Aduanas correspondiente, se proceda en la forma reglamentaria.

7.3. Los referidos géneros, efectos y medios de transporte no podrán ser devueltos a sus poseedores mientras no recaiga resolución firme que así lo declare.

7.4. Una vez que sean firmes las resoluciones administrativas, se procederá con los géneros, efectos y medios de transporte de la forma siguiente:

a) Se comunicará a las Compañías arrendatarias o administradoras de los monopolios la resolución recaída con objeto de que se les dé el destino reglamentario a los géneros o efectos que le hayan sido remitidos.

b) A los artículos prohibidos se les dará el destino que determinen los Reglamentos, entregándose al organismo encargado de su intervención o control, si lo hubiera, o, en caso contrario, procediéndose a su destrucción. En todo caso, se unirá al expediente recibo de la entrega o acta de destrucción.

c) Los géneros de lícito comercio decomisados serán vendidos en pública subasta, con arreglo al procedimiento establecido en los artículos 419 y 423 de las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas y disposiciones complementarias. Los que sean de origen extranjero se considerarán nacionalizados a efectos de no tener que satisfacer los tributos correspondientes a la importación.

d) El importe de la venta de los referidos géneros, deducidos los gastos de custodia, conservación u otros producidos, será distribuido, si procede, ingresándose la parte que corresponda a la Hacienda, contabilizándose con la aplicación presupuestaria de «Renta de Aduanas. Derechos Menores».

7.5. Podrán ser excluidas de las subastas aquellas obras u objetos de interés histórico o artístico que a juicio de la Dirección General de Bellas Artes y Archivos deban engrosar los fondos patrimoniales de un Museo de titularidad estatal.

7.6. Si la resolución declarase que no procede el comiso de los géneros, efectos o medios de transporte, se actuará del siguiente modo:

- a) Los que no hubieren sido enajenados se devolverán a quienes acrediten ser sus propietarios.
- b) Si se tratase de géneros o efectos estancados que se hubiesen entregado a la Compañía arrendataria o administradora del monopolio correspondiente, y que ésta hubiese enajenado, rendirá cuenta del importe obtenido y lo entregará a quien acredite la propiedad de aquéllos.

Pago de las sanciones:

8.1. El pago de la multa se efectuará en la Caja de la Aduana en que se haya resuelto el expediente.

8.2. Deberá realizarse en efectivo por alguno de los medios de pago establecidos y con los requisitos y condiciones que se determinan para cada uno de ellos en el Reglamento General de Recaudación.

8.3. Transcurridos quince días desde la notificación de la resolución recaída, se efectuará el pago en el plazo previsto al efecto en las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas.

8.4. Los importes de las sanciones, deducidos los gastos de custodia, conservación u otros producidos, se contabilizarán y aplicarán presupuestariamente como «Renta de Aduanas. Derechos Menores». El importe de la venta de los géneros, efectos y medios de transporte decomisados se considerará, a efectos contables, como sanción de multa, realizándose, asimismo, su aplicación presupuestaria por el concepto de Derechos Menores de la Renta.

Art. 9.º Extinción de la responsabilidad.

1. La responsabilidad por infracciones administrativas de contrabando se extingue:

1.1. Por la muerte del responsable cuando no haya recaído resolución firme en la fecha en que tuviere lugar.

1.2. Por pago de las sanciones.

1.3. Por prescripción de la acción para perseguir la infracción, que tiene lugar a los cinco años desde el momento en que se cometieran las respectivas infracciones.

1.4. Por prescripción de la sanción impuesta, que se produce a los cinco años desde la fecha de la resolución firme.

1.5. Por cualquier otra forma admitida por las Leyes que sean aplicables a estas infracciones administrativas de contrabando.

2. Los plazos de prescripción a que se refieren los apartados 1.3 y 1.4 de este artículo se interrumpen:

2.1. Por cualquier acción administrativa, realizada con conocimiento formal del inculcado, conducente al descubrimiento, aprehensión, comprobación, etc., del hecho presuntamente constitutivo de infracción.

2.2. Por interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase.

3. La prescripción se aplicará de oficio, sin necesidad de que se invoque o se excepcione por el inculcado.

Art. 10. Recursos.

1. Las resoluciones definitivas dictadas en expedientes seguidos por infracciones administrativas de contrabando serán susceptibles de ser impugnadas potestativamente en reposición ante la autoridad aduanera que las haya dictado, ajustándose a las normas que regulan dicho recurso.

2. Podrá reclamarse en vía económico-administrativa las referidas resoluciones ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial correspondiente, de conformidad en el Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas.

Art. 11. Revisión por la Dirección General del Ramo.

La Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales procederá al examen de las resoluciones dictadas por los órganos territoriales a efectos de la conveniente unificación de criterios y, en su caso, del ejercicio del procedimiento especial de revisión regulado en el artículo 154 de la Ley General Tributaria.

Art. 12. Registro de sancionados.

La Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales establecerá un registro de personas y Entidades sancionadas por infracciones administrativas de contrabando en el que se anotarán las sanciones firmes dictadas, del cual se podrán proporcionar los datos necesarios a los Servicios Provinciales que les sirvan como antecedentes precisos para graduar las sanciones a imponer en cada caso.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Segunda.—Queda autorizado el Ministro de Economía y Hacienda para adoptar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y ejecución del presente Real Decreto.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—Los procedimientos iniciados por infracciones administrativas de contrabando, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, se sustanciarán y decidirán por los trámites establecidos en el presente Real Decreto.

Segunda.—Para la debida aplicación de lo dispuesto en el anterior artículo 4.º y hasta tanto que, formando el Registro a que se refiere el precedente artículo 10, 2.º, puedan solicitarse de él los correspondientes antecedentes sobre personas o Entidades sancionadas o condenadas por contrabando, las autoridades aduaneras encargadas de tramitar y resolver los expedientes de infracciones administrativas de contrabando deberán solicitar dicha información al Tribunal Económico-Administrativo Central —Sala de

Contrabando—, sin perjuicio de averiguar por otros medios si con anterioridad a la fecha de comisión del hecho han sido condenadas o sancionadas dichas personas por sentencia o resolución firme.

DISPOSICION DEROGATORIA

Queda derogada a todos sus efectos la sección tercera, capítulo tercero, del título IV —artículos 373 y 378 bis— de las vigentes Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas sobre el procedimiento administrativo en los casos de contrabando.

En el «B. O. E.» núm. 116 del 16 mayo 1983 se publica la siguiente corrección de errores al anterior Real Decreto 971/1983 de 16 de febrero:

CORRECCION de errores del Real Decreto 971/1983, de 16 de febrero, por el que se desarrolla el título segundo de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, relativo a las infracciones administrativas de contrabando.

Primera línea del Real Decreto, donde dice: «de 14 de julio», debe decir: «de 13 de julio».

Artículo 3.º, 2.1, donde dice: «que conocerán ...», debe decir: «conocerán ...».

Artículo 3.º, 2.7, donde dice: «... administrativas de contrabando que se cometan en ...», debe decir: «... administrativas de contrabando que se descubran en su demarcación».

Artículo 8.º, punto 3.6, donde dice: «contrabando o condenar por delitos ...», debe decir: «contrabando o condenas por delitos ...».

Artículo 8.º, punto 6.1, párrafo 9.º, donde dice: «Los recursos que, contra la resolución, procedan, órgano ante el que se han de interponer y plazo de presentación, advirtiéndose que procederá la reclamación económico-administrativa ante la jurisdicción contencioso-administrativa», debe decir: «Los recursos que, contra la resolución, procedan, órgano ante el que se han de interponer y plazo de presentación, advirtiéndose que procederá la reclamación económico-administrativa ante el correspondiente Tribunal Provincial y subsiguientemente ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

Artículo 10.2, donde dice: «... de conformidad en el Reglamento ...», debe decir: «... de conformidad con el Reglamento ...».

Artículo 11, donde dice: «... procederá al examen de las resoluciones dictadas por los órganos ...», debe decir: «... procederá al examen de las resoluciones absolutorias dictadas por ...».

Disposición transitoria segunda, donde dice: «... y hasta tanto que formando el Registro ...», debe decir: «... y hasta tanto que formado el Re-

gistro ...». Y donde dice: «... el precedente artículo 10, 2.º ...», debe decir: «... el precedente artículo 12 ...».

Disposición derogatoria, donde dice: «... —artículos 373 y 376 (sic) bis— ...», debe decir: «... —artículos 373 a 378 bis— ...».

E) ORDENES

ORDEN de 25 de abril de 1983 por la que se desarrolla el artículo 8.º del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, relativo a la venta y arrendamiento de viviendas y locales («B. O. E.», núm. 104, del 2 de mayo).

El artículo 8.º del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, impone a todas las personas que vendan o arrienden viviendas o locales de cualquier clase la obligación de facilitar a los órganos correspondientes los datos de identificación de los contratantes.

Con el fin de recabar los datos necesarios para facilitar la investigación policial de todo hecho delictivo, se hace necesario desarrollar y regular esta obligación, estableciendo las previsiones precisas al efecto.

En su virtud, este Ministerio ha tenido a bien disponer:

1.º Todas las personas naturales o jurídicas que vendan o arrienden viviendas o locales de cualquier clase tendrán la obligación de facilitar sus propios datos y los del comprador o arrendatario, dentro de los cuatro días siguientes al de la perfección del contrato, verbal o escrito, en la Comisaría de Policía o Puesto de la Guardia Civil correspondiente a la localidad en que se encuentre ubicado el inmueble objeto del contrato.

2.º La Dirección de la Seguridad del Estado editará ficha normalizada, a tenor del modelo que se adjunta como anexo a la presente Orden, cuyos datos serán cumplimentados por el vendedor o arrendador, al que se le devolverá la copia de la misma, debidamente sellada por la oficina receptora.

La información así obtenida sólo podrá ser utilizada para la prevención de delitos, impidiéndose el acceso a la misma o su difusión no autorizados con tal finalidad.

3.º El incumplimiento de la obligación regulada en la presente Orden será considerado como acto que altera la seguridad pública y sancionado de acuerdo con lo dispuesto en su legislación específica.

4.º La presente disposición entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

ORDEN de 28 de mayo de 1983 por la que se suspende la vigencia de la norma tercera de la Orden de 25 de abril de 1983, dictada en desarrollo del artículo 8.º del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, relativo a la venta y arrendamiento de locales. («B. O. E.» núm. 129 del 31 de mayo.)

La Orden de 25 de abril de 1983 preveía su entrada en vigor el día 1 de junio de 1983, pero, sin embargo, motivos de diversa índole han impedido tener a punto para dicha fecha la infraestructura técnica necesaria para poner en marcha las medidas previstas en la misma. Por ello es aconsejable dejar en suspenso la norma tercera de la Orden, que se refiere a la imposición de sanciones, sin perjuicio de que, establecida por el Real Decreto-ley 3/1979 la obligación de facilitar a los servicios de seguridad ciudadana los datos de identificación de todas las personas naturales o jurídicas que vendan o arrienden viviendas o locales de cualquier clase, los ciudadanos la cumplan, colaborando de esta forma a la consecución de una mejor seguridad ciudadana.

En consecuencia, este Ministerio ha tenido a bien disponer:

Artículo 1.º Queda en suspenso la entrada en vigor de la norma tercera de la Orden de 25 de abril de 1983, relativa a la imposición de sanciones en los casos de incumplimiento de la obligación que se regula en la citada Orden, que desarrolla lo dispuesto en el artículo 8.º del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre venta y arrendamiento de viviendas y locales.

Art. 2.º La presente Orden entrará en vigor en el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Jurisprudencia penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Universidad Complutense. Madrid

Artículo 1.º Relación de causalidad e imputación objetiva del resultado: categorías independientes y sucesivas.

“La sentencia de esta Sala de 20 de mayo de 1981, ya ha distinguido con la precisión posible dentro de la difícil doctrina de la causalidad, entre relación causal e imputación objetiva, como categorías independientes y sucesivas, y que para la responsabilidad penal no basta con la constancia de la relación causal —a determinar según el criterio de la equivalencia de condiciones— sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, para lo que se requiere la adecuación de la causa para producir aquél como consecuencia lógica y natural de aquélla. Es decir, como se tiene adelantado, que la imputación objetiva se sitúa en un momento anterior a la llamada imputación subjetiva. La concurrencia o no de causalidad es algo empíricamente constatable, a determinar según los métodos de las ciencias naturales, y esta es la base de la teoría de la equivalencia de condiciones. Pero otra cosa distinta es que para el injusto típico se requiera además la concurrencia de una categoría puramente normativa: la imputación objetiva, es decir, que mediante criterios extraídos de la interpretación de la esencia y función del tipo de injusto, se pueda afirmar desde el punto de vista jurídico penal, que un resultado es objetivamente atribuible, imputable, a una acción. Como criterios de imputación objetiva del resultado pueden señalarse (como más frecuente) el de la adecuación, pero también pueden existir otros, como el de la relevancia, el de la realización del peligro inherente a la acción base, o los del incremento o disminución del riesgo, o el del fin de protección de la norma; éstos últimos discutidos, pero esclarecedores en materia como la de la causalidad, cuya conceptualización doctrinal sigue en evolución.” (Sentencia de 5 de abril de 1983.)

Artículo 1.º Relación de causalidad: creación del riesgo.

“Existe relación de causalidad entre una determinada conducta y un resultado típico, cuando aplicando las mentadas normas de experiencia o el común sentir de las gentes, procede entender, que el agente, al tiempo

de realizar la conducta de que se trate, pudo y debió prever o conjeturar que con la misma ponía en riesgo o peligro un bien jurídicamente protegido, cuando, posteriormente, el peligro potencial se haya convertido en real." (Sentencia de 29 de enero de 1983.)

Artículo 1.º Relación de causalidad: no es aplicable la teoría de la prohibición del retroceso.

"Que no es argumento válido para poder sustentar la interrupción del nexo causal el de que el existente entre la acción del procesado y el resultado debe entenderse interrumpido en virtud de la teoría de la prohibición del retroceso o de regreso, por haber interferido entre aquélla y éste. La acción antijurídica y dolosa de un tercero que constituyó la causa material directa e inmediata del resultado, porque para que ello pudiera ser así, sería menester que la actuación dolosa del tercero constituyese uno de los acontecimientos extraños a los que la doctrina y la jurisprudencia vienen reconociendo virtualidad para romper la relación de causalidad, lo que en modo alguno se puede apreciar en el caso de autos, en los que la acción dolosa posterior y la anterior conducta culposa son homogéneas en orden a la producción del resultado, viniendo a constituir dos trazos de una misma cadena causal, si bien uno de ellos merezca la calificación jurídica de doloso y de culposo el otro, pues quien lanza la semilla del peligro en campo abonado en cuanto se conoce que existen personas dispuestas a recogerla y a llevarla a sus últimas consecuencias, no puede considerarse jurídicamente ajeno al resultado, por lo que no puede desconocerse el engarce o conexión entre éste y la imprudente conducta inicial desencadenante del proceso causal, que puso en peligro un bien jurídicamente protegido, como es la vida de otra persona, pues el peligro, no es más que la posibilidad cognoscitiva de que se produzca el daño, por lo que cuando el daño potencial se convierte en real, ha de entenderse ligado en relación de causalidad a la referida conducta aunque sólo sea de manera mediata, especialmente, cuando, como en el caso de autos, la posibilidad adquiriría caracteres de alta probabilidad." (Sentencia de 29 de enero de 1983.)

Artículo 9.º, circunstancia 1.ª La situación de paro: eximente incompleta de estado de necesidad.

"Cometieron el delito contra la propiedad por el que se les condena, impulsados por una angustiosa situación económica derivada del hecho de haber quedado en paro laboral, cuyo subsidio había sido retrasado por obstáculos administrativos, hallándose abocados a ser desahuciados de sus respectivas viviendas por falta de pago, es indudable que su situación, no es la misma, en el orden de la culpabilidad, del que atenta al bien jurídico que atentaron los procesados sin hallarse en la situación

angustiosa en que ellos se encontraban, como era el próximo o inminente riesgo o probabilidad de perder un bien tan necesario o imprescindible para el hombre como es la vivienda, bien manifiestamente superior al sacrificado, por lo que dadas dichas circunstancias y que la situación de necesidad no había sido provocada por los procesados, es claro, que procede estimar el único de los motivos del recurso mediante el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el núm. 1.º del artículo 9.º en relación con el artículo 8.º-7.º del Código penal.” (Sentencia de 25 de abril de 1983.)

Artículo 9.º, circunstancia 8.ª Arrebato u obcecación: síntesis de la doctrina jurisprudencial.

“Las declaraciones de la jurisprudencia (...) exigen, sintéticamente hablando, que, el agente, obre o actúe impulsado por estímulos o incitaciones reales, serios, externos, procedentes del ofendido, lícitos, legítimos, justos y poderosos, esto es, graves, intensos, importantes, trascendentes, cuyo poderío, desencadena u origina, naturalmente, es decir, como hubiera sucedido en el común de las gentes o en la generalidad de los humanos, **arrebato u obcecación**, o sea, emoción o pasión estéticas —fulgurante, explosiva y fugaz, la primera, y soterrada y duradera, la segunda—, que oscurezca, u ofusquen u obnubilen el entendimiento o raciocinio del sujeto activo o que aminoren, disminuyan o aflojen sus frenos inhibitorios o sus facultades de autodominio y autocontrol.” (Sentencia de 25 de enero de 1983.)

Artículo 10, circunstancias 15. Reincidencia: no hay contradicción con lo dispuesto en el artículo 73, 2, de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

“El artículo 73, 2, de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, en tanto en cuanto prescribe que los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica, tiene distinto ámbito de la penal, pues mientras en ésta es preciso tener en cuenta tales circunstancias para la graduación de la pena, actuando en el período antecedente al penitenciario, al paso que aquel precepto se refiere expresamente al período de asistencia postpenitenciaria, o sea, cuando el condenado ha cumplido la pena impuesta, precepto que, en modo alguno, contradice el principio de igualdad ante la Ley consagrado en el artículo 14 de la Constitución procediendo, en consecuencia, la desestimación del segundo de los motivos del recurso.” (Sentencia de 25 de febrero de 1983.)

Artículo 12, número 1.º Autoría: negación de la teoría del acuerdo previo.

“No basta la justificación de haber existido entre varias personas acuerdo previo para la comisión del delito, para que todas y cada una de ellas hayan de ser consideradas responsables penalmente del delito pro-

puesto y ejecutado, en concepto de autores, cualquiera que haya sido su intervención en la realización de los hechos delictivos, sino que el acuerdo previo o pactum sceleris, es sólo el elemento subjetivo, aunque imprescindible y necesario para cualquier clase de participación, por lo que es preciso el examen de la conducta objetiva del partícipe en la dinámica de la ejecución para decidir, si es coautor, cómplice o por no haber tenido intervención alguna en ella, no existe título en que fundar la imputación." (Sentencia de 18 de febrero de 1983.)

Artículo 14. Admisión de la autoría accesoria: coproducción causal del resultado, por parte de dos personas, sin mediar concierto. Posibilidad de que sea diferente en cada una de ellas el título subjetivo de imputación (dolo o culpa).

"Es doctrina pacífica o comúnmente admitida, la de que, dado el concepto de autoría formulado en el artículo 14 de nuestro Código penal, puede reputarse autor de un determinado hecho punible, no solamente a quien hubiese realizado la acción directamente productora del resultado típico, como v. g., la de matar en los delitos de homicidio o asesinato, sino también a quien, sin haberla realizado, hubiese causado el resultado y, así mismo, que un resultado típico de los delitos de lesión, puede ser el efecto de las conductas de personas diferentes que hayan coadyuvado a producirlo en relación causal, aun sin que entre ellas hubiese mediado acuerdo o ni siquiera se conociesen entre sí, siéndoles imputable el resultado en atención a su grado de culpabilidad, de modo que puede ser imputado a título de dolo a unas y de culpa a otras, porque aquéllas hubiesen querido el resultado y éstas no." (Sentencias de 29 de enero de 1983.)

Artículo 147. Injurias al Jefe del Estado. Bien jurídico: doble naturaleza.

"Que el delito de injurias al Jefe del Estado o al Rey (...) tiene doble naturaleza por razón de que los bienes atacados son dos, pues por una parte se lesiona el honor y dignidad de la más alta magistratura del Estado, y por otra la fortaleza y vigor que debe tener esta magistratura como Institución básica y fundamental para el buen y normal funcionamiento del Ente Público." (Sentencia de 26 de enero de 1983.)

Artículo 194. Impedir el ejercicio de los derechos cívicos: el alcalde de una localidad, so pretexto de la toma violenta del Congreso de los Diputados, ordena a los ciudadanos determinadas medidas restrictivas de derechos reconocidos por la Constitución.

"Resulta evidente la comisión del delito que se imputa al recurrente, en tanto en cuanto en el hecho probado se declara que desempeñando el cargo de alcalde en la localidad de Terrinches, de la provincia de Ciudad Real, y enterarse sobre las veinte horas del veintitrés de febrero de mil

novecientos ochenta y uno de que un grupo de personas había tomado violentamente el Congreso de los Diputados, so pretexto de una posible alteración de orden público, que nunca se había producido ni tan siquiera indiciariamente, y haciendo una interpretación individual y personalísima de preceptos legales carentes de virtualidad y actualidad, y sin consultar previamente con el Gobernador civil de la provincia, confeccionó un escrito ordenando el cierre de los tres únicos bares del pueblo a partir de las veintitrés horas, escrito que entregó personalmente o por medio de un alguacil a los dueños de los establecimientos, ordenando, posteriormente, de forma verbal, adelantar el cierre a las veintiuna horas, dirigiéndose inmediatamente a la iglesia del pueblo y, a pesar de la oposición del párroco, hizo uso del megáfono instalado en el templo, dirigiéndose a los vecinos, en su condición de alcalde, y ordenándoles que se abstuvieran de salir a la calle y que, de tener que hacerlo por urgente y perentoria necesidad, dejaran de reunirse en grupos superiores a dos personas, y cuyas medidas mantuvo hasta la mañana siguiente, impidiendo a sus conciudadanos desenvolverse en su vida cotidiana con las acostumbradas normas de libertad." (Sentencia de 23 de marzo de 1983.)

Artículo 218, número 5.º. Sedición: incendio de enseres en un motín carcelario, con el fin de llamar la atención de los parlamentarios.

"Que de los hechos relatados como probados en el primer resultando de la resolución impugnada, realizados por los reclusos del Centro Penitenciario de detención de Zaragoza, entre los que se hallaman los ahora recurrentes se obtiene sin género de duda la certeza de que los mismos constituyen un delito de sedición previsto y penado en los artículos 218 y siguientes del Código penal, como acertadamente han sido calificados por el Tribunal "a quo" cometido o realizado en grado de consumación, ya que conforme a tal narración, los reclusos ya se habían alzado pública y tumultuariamente, contra los funcionarios de la prisión, colocándose en la actitud de violencia, desorden, rebeldía, motín o insurrección que en dicha parte de la resolución impugnada se describe, procediendo a incendiar los enseres, mobiliario y dependencias del mentado centro propiedad del Estado, con el fin de conseguir de este modo, llamar la atención de los parlamentarios que en tal ocasión visitaban el establecimiento, para que éstos instasen del Gobierno que por éste se concediera un indulto a los presos por delitos comunes, produciéndose a consecuencia de ello la muerte de dos reclusos por asfixia y daños en los bienes estatales, evaluados en dieciséis millones, quinientas veinticinco mil pesetas, todo ello antes de que se produjese la intervención de la fuerza pública y sin que aparezca demostrado que los recurrentes hubieran asumido en la revuelta papeles de cabecillas o jefes de la misma." (Sentencia de 5 de abril de 1983.)

Artículo 231, 1.º Atentado: resistencia grave. Sus diferencias con la simple resistencia del artículo 237.

“Según la doctrina legal, lo que distingue la resistencia grave que constituye atentado, y la no grave, que es simple resistencia, no es que la primera persiga el desprestigio de la autoridad y la segunda escapar de la aprehensión, pues también en ésta hay desprestigio al no obedecer el mandato o acto de autoridad, sino en la forma de exteriorizar la resistencia; en la primera, activamente, por actos positivos de violencia externa, en la segunda, por la rebelde actitud simbolizada por un no hacer; es decir, en una es agresiva y acometedora, aunque siempre resistencia. la segunda es meramente pasiva.” (Sentencia de 28 de enero de 1983.)

Artículo 236. Atentado a los agentes de la autoridad: no es preciso poner manos en el sujeto pasivo.

“Que la agresión consiste no sólo en acometimiento material, sino también, cuando se adopta actitud de violencia, es decir, un acto formal de iniciación del ataque o un movimiento de acometividad revelador del propósito criminal de agredir, sin que sea preciso, ni poner manos en el agente pasivo, ni que éste llegue a realizar contra su voluntad algo a lo que se vea constreñido.” (Sentencia de 22 de febrero de 1983.)

Artículo 280. Cambio del número de motor de un ciclomotor.

“Que en cuanto a la conducta, suficientemente descrita en el tipo penal, afecta, como ha declarado la jurisprudencia, entre otros elementos a los signos de identificación de un vehículo, porque individualizan la marca de la cual son complemento y la mutación de los numerarios bien del motor, bien del mismo vehículo es falsificación del signo identificador y distintivo de la casa que lo fabrica; habiéndose añadido de manera expresa que tal alteración es directamente aplicable a los ciclomotores en cuanto que el artículo 132 del Código de la Circulación los equipara a las marcas a que se refiere el artículo 237 y número de fabricación que debe ir grabado o troquelado, así como en la contraseña de homologación del vehículo y características a que se refiere la Orden de 10 de marzo de 1976; y la inobservancia de tales preceptos sobre afectar a empresas y particulares, lo hace también a los intereses públicos, al hacer circular en el comercio productos no auténticos, causando quebrantos económicos que no pueden quedar impunes, siendo a estos efectos irrelevantes que el signo, control, troquel, etc., estén o no inscritos en el Registro de la Propiedad Industrial.” (Sentencia de 14 de febrero de 1983.)

Artículo 302, número 9. Falsedad ideológica: admisión de la autoría mediata con instrumento cualificado.

“Que el permiso de conducir es un documento oficial que, aun conteniendo indudables datos relativos a la identidad personal de su titular, tiene por finalidad esencial la de acreditar la habilitación a la persona poseedora del mismo para conducir vehículos de las clases que en él se expresen (sentencias de 6 de octubre y 9 de diciembre de 1981 y 9 de julio y 15 de diciembre de 1982 y 28 de febrero último), siendo de destacar, a los efectos que ahora interesan, que el número 9.º del artículo 302 alberga la falsedad ideológica o intelectual, entendiéndose por tal, bien la constatación de una circunstancia falsa en un documento público hecha a sabiendas por funcionario público, o la simple manifestación engañosa de un particular que provoca el que el funcionario, como mero instrumento, dé contenido falso a un documento ignorando tal circunstancia, actuando entonces el particular como autor mediato, valiéndose del inmediato, alcanzando a aquél la responsabilidad como si hubiera ejecutado él mismo el hecho típico.” (Sentencia de 8 de marzo de 1983.)

Artículo 321.—Intrusismo: el título, cuya carencia integra el tipo, ha de ser necesariamente académico. Nulidad parcial del precepto al rebasar la autorización de la Ley de Bases.

“Entre la redacción que presenta el artículo 321 del Código penal y la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961, que dio lugar a la revisión de 1963, hay notorias y sensibles diferencias, ya que si en aquél se habla de título oficial, o reconocido por la disposición legal o convenio internacional, en ésta (párrafo segundo de la Base 5.ª) se hace la admonición imperativa de que el artículo 321 será modificado conforme a las exigencias actuales, para lograr una mayor eficacia en la represión del intrusismo, castigando a los que, sin poseer condiciones legales para ello, ejercieron cargos de una profesión, carrera o especialidad, que requiera título académico oficial o reconocido por las Leyes del Estado o los convenios internacionales, con lo que, dicho se está, el texto legal que logró carta de naturaleza en el Código penal, al suprimir el término académico dio una extensión desmesurada y expansiva en franca contradicción con la autorización concedida en la Base ya indicada, aflorando así el arduo problema del exceso que ha de resolverse en el sentido de que la norma delegada incurre en *ultra vires* por falta de cobertura de la Ley de delegación, debiendo entenderse, en consecuencia, que el primer párrafo del artículo 321 es nulo en todo aquello que rebasa la autorización concedida por la calendada Ley de Bases y, en consecuencia, restringir el título a que hace referencia el párrafo primero del artículo 321 del Código penal al que ostente la cualidad de académico.” (Sentencia de 23 de marzo de 1983.)

Artículo 484. Sustracción de menores: las sustracciones protagonizadas por los padres, si no padece la seguridad del menor, son atípicas. Posibilidad de acudir a otros preceptos.

“La intención o propósito final de la acción, o si se quiere la especificidad del dolo, que no es evidentemente la de poner en peligro la seguridad del menor, sino el de atraerla para sí por explicables y a veces exacerbadas motivaciones sentimentales que podrían llegar hasta supuestos de inexigibilidad de otra conducta, alejarían aquella tipificación de sustracción de menores sostenida por la acusación particular (...), lo cual no impide apreciar la existencia de un delito de desobediencia cuando media un mandato o requerimiento judicial, o la existencia de un delito de coacciones si con vías de hecho o mediante actos violentos de propia autoridad se infringen las determinaciones adoptadas sobre los hijos en un convenio o pacto de separación conyugal, o simplemente —interponiendo medios coactivos— se rompe una situación constituida de puro hecho, como fue en este caso la creada por el padre de las menores, reservando la grave calificación penal de sustracción de aquellos supuestos en que la acción del padre o de la madre, inspirada en motivaciones éticas inalterables, puede acarrear grave daño o poner en peligro o riesgo la seguridad del menor, dando a esta expresión un lato sentido que abarca desde su vida, e integridad física o moral, hasta la interrupción de una relación de familia substituyéndola por otra en que estén conocida e irreversiblemente ausentes las funciones de vigilancia, custodia y adecuación que la formación integral del menor demanda.” (Sentencia de 15 de marzo de 1983.)

Artículo 496. Coacciones: vis in rebus. Cortar el suministro de agua.

“Que, quien, como el acusado, preside la alcaldía de una localidad onubense, y reclama, a sus administrados, el pago de contribuciones especiales no acordadas por la Corporación que regenta. y, después de dos requerimientos infructuosos, decide, como represalia o medio coercitivo, privar del suministro de agua a dos vecinos remisos en el abono de los recibos de dicha contribución, cortando en efecto, el servicio de tan necesario líquido, valiéndose para ello de un fontanero, escoltado por un policía municipal, en su caso, y, por una pareja de la Guardia Civil, en el otro, comete, de modo palmario, el delito descrito y sancionado en el párrafo primero del artículo 496 del Código penal, pues, de modo ilegítimo, extralimitándose en sus funciones y obrando de modo autoritario, abusivo y nada respetuoso con los derechos individuales de las personas reconocidos por las Leyes, ordenó, se utilizara, además de “vis in rebus”, la presión psicológica intimidante que emana de la presencia expectante, en el corte del servicio de agua potable, de agentes de la autoridad dispuestos sin duda a reprimir cualquier resistencia u obstáculo que impidiera el cumplimiento de la orden dictada por el citado edil municipal, privando así, a dos vecinos de la localidad, de un artículo de primera

necesidad, e impidiéndoles, mediante la “vis compulsiva” mencionada, usar de lo que la Ley no prohíbe.” (Sentencia de 24 de marzo de 1983.)

Artículo 496. Coacciones: la precisión de no estar legítimamente autorizado es superflua.

“El agente no debe estar “legítimamente autorizado”, precisión legal totalmente superflua, innecesaria y redundante, pues no es sino una manifestación específica de la causa de exclusión del injusto que figura en el número 11 del artículo 8 del Código penal y que, por tanto, es de aplicación general a toda suerte de infracciones.” (Sentencia de 24 de marzo de 1983.)

Artículo 501, número 5.º Robo con violencia o intimidación: relación entre las violencias y el apoderamiento. Hurto, no obstante la violencia inicial.

“La violencia o intimidación determinantes de la figura delictiva que se tipifica en tal precepto y se sanciona en el que le sigue en orden cronológico es preciso que tengan por fin el apoderamiento de las cosas ajenas, es decir, que se realicen para ejecutar la apropiación, y, en el presente caso, si fue el mismo vigilante quien abrió la puerta a los ladrones y éstos le empujaron, después de abierta aquélla, cayendo al suelo, no se explica qué relación pueda tener “el empujón y la caída del guarda” con el “apoderamiento de los objetos”, cuando, abierta dicha puerta, hubiesen conseguido los ladrones, con empujón o sin él, apropiarse de todo aquéllo que les hubiera venido en gana, sobre todo no señalándose ningún otro accidente relativo a la actuación del referido vigilante en defensa o protección de las cosas sustraídas, por lo que es de estimar el único motivo del recurso.” (Sentencia de 3 de marzo de 1983.)

Artículo 501, último párrafo. Los destornilladores merecen el calificativo de armas.

“Si por arma, a efectos del último párrafo del artículo 501 del Código penal, se ha de entender todo instrumento destinado a defenderse u ofender, o, con mayor precisión, todo útil idóneo para aumentar la capacidad vulnerante o intimidante del agente o agentes aunque, por su naturaleza, también pueda utilizarse en tareas lícitas y legítimas, no cabe duda de que los destornilladores, por más que su destino natural y normal sea el de aplicarlos a las referidas tareas, merecen el calificativo de armas.” (Sentencia de 26 de enero de 1983.)

Artículo 504, circunstancia 2.^a Fractura: concepto.

“La fractura en el caso que contempla el número segundo del artículo 504 del texto penal no se limita a la puerta o ventana “*strictu sensu*”, sino debe extenderse a las cerraduras en cualquiera de sus elementos, cerrojos, picaportes, aldabillas, fallebas, candados y sus armellas de sujeción, cadenas de seguridad, goznes o bisagras y a cualquiera mecanismos o dispositivos de cierre o de seguridad, ya sean mecánicos, eléctricos o electrónicos.” (Sentencia de 2 de febrero de 1983.)

Artículo 515, número 4.º. Reincidencia específica: compatibilidad con la reincidencia genérica y la reiteración.

“Para la cualificación por reincidencia del delito de hurto sancionado en el número 4.º del artículo 515 del Código penal, es decir, cuando el valor de la cosa hurtada no excediere de 15.000 pesetas y el culpable hubiese sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto, estafa, apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación, o dos veces en juicio de faltas por estafa, hurto o apropiación indebida, basta con una condena anterior por delito para la cualificación, operando las restantes condenas no consumidas por la cualificación que convierte la falta en delito, como agravantes genéricas, con lo que ni se vulnera el artículo 59 ni se viola el principio jurídico “*non bis in idem*”, por lo que habiendo sido condenado el culpable con anterioridad a estos hechos por dos delitos de hurto, dos de utilización de vehículo de motor ajeno, otro de estafa, otro de apropiación indebida y tres de conducción ilegal, basta cualquiera de las dos condenas por delito de hurto para la cualificación y las restantes servirán para calificar la reincidencia y la reiteración.” (Sentencia de 22 de marzo de 1983.)

Artículo 531, párrafo segundo. Disposición de una cosa como libre sabiendo que está gravada: casos que comprende.

«La acción delictiva “el que dispusiere”, se refiere tanto a las enajenaciones traslativas como a las constitutivas, y, en lo que concierne al “sabiendo que estaba gravada”, este Tribunal ha sentado un concepto amplio de gravamen, entendiéndolo como tal, la prenda, la hipoteca, la anticresis, la prenda sin desplazamiento, la hipoteca mobiliaria, las prohibiciones de enajenar, el embargo, preventivo o no, el secuestro, la anotación preventiva, la afectación de un bien al cumplimiento de una obligación, y, en general, toda clase de garantías, preferentemente las de carácter real.» (Sentencia de 10 de marzo de 1983.)

Artículo 531, párrafo 2.º No realiza el tipo quien enajena un bien inmueble no seguido de tradición, y con posterioridad constituye sobre él una hipoteca.

«Quien enajena un bien inmueble en documento privado no seguido de tradición o entrega de la cosa, no pierde el dominio del mismo, toda vez que, en la legislación española no rige el principio “solo consensu paret proprietatem”, sino que, antes bien, y como se infiere de los artículos 433, 609, 1.095 y 1.462 y siguientes del Código civil, el contrato de compraventa, no trasmite, por sí solo, la propiedad, siendo indispensable, para la pérdida de dicha propiedad, por parte del “tradens”, y para la consecutiva adquisición por parte del “accipiens”, que, al acuerdo de voluntades, subsiga la tradición de la cosa o bien enajenado efectuada de alguno de los modos especificados en los artículos 1.462 y siguientes del Código civil, y, por tanto, no habiendo perdido el vendedor la titularidad del bien en cuestión, aunque, posteriormente a la compraventa, lo enajene, arriende o grave, su comportamiento, sin perjuicio de las acciones civiles a que haya lugar, no se adapta ni adecúa o la exigencia legal “el que fingiéndose dueño de una cosa inmueble”, pues, sea cual sea su intención y aunque se admita cierta turbiedad de propósito, no ha incurrido en la superchería ni en la ficción o apariencia de propiedad que inexcusablemente requiere el Código penal, toda vez que, pese a la venta primitiva, continúa siendo propietario de un bien que vendió pero no llegó a entregar.» (Sentencia de 10 de marzo de 1983.)

Artículo 534. Protección de los derechos de la Propiedad industrial. Requisitos.

“Los elementos o condicionamientos que originan la figura delictiva son: a) En cuanto a la acción, una infracción, como sinónima de transgresión o quebrantamiento de los derechos de la propiedad industrial, captada a través de los artículos 133 al 145 de la Ley de 1902 sobre propiedad industrial, vigentes por su Estatuto de 22 de mayo de 1931, determinantes de un resultado lesivo para la explotación del objeto de la citada propiedad, susceptible de una valoración económica, en atención, no solamente al daño emergente, sino también al lucro cesante, derivados de la utilización defraudatoria; b) En cuanto a la culpabilidad, por el dolo genérico sobre la acción en el sentido que sea consciente y voluntaria, y además por el dolo específico de la intención o ánimo defraudatorio, que origina la introducción, dentro del tipo penal, de un elemento subjetivo del injusto y dado lugar a que la jurisprudencia de esta Sala se haya inclinado por la inexistencia del delito ante la actuación no maliciosa; y c) En cuanto a la antijuricidad, que la infracción del derecho se haga en atención a la normativa reguladora de la propiedad industrial, por lo que es necesario la previa inscripción registral de la propiedad, y además que la norma socio-cultural repudie la conducta o dinámica de-

lictiva como atentado defraudatorio contra la explotación y uso del titular del derecho ante la intensidad defraudatoria." (Sentencia de 23 de marzo de 1983.)

Artículo 535. Apropiación indebida: no devolución, por el promotor de construcción de viviendas, de las cantidades anticipadas. Ley de 27 de julio de 1968.

"El procesado, recibió de la perjudicada la cantidad de ciento sesenta mil pesetas a cuenta del precio de un millón de pesetas, importe del precio del piso que le había vendido, sito en un bloque de viviendas que se hallaba construyendo, cantidad de la que dispuso en beneficio propio, no haciendo a la perjudicada entrega del piso vendido ni haberle devuelto la referida cantidad, habiendo incumplido lo dispuesto en la Ley de 27 de julio de 1968, en orden al depósito en cuenta especial de las cantidades percibidas como anticipo por los constructores y al afianzamiento de la devolución de las cantidades percibidas, es claro, que incurrió en el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código penal por el que fue condenado dada la remisión que al mismo se hace en la Ley anteriormente mencionada." (Sentencia de 2 de febrero de 1983.)

CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

(Sentencia de 22 de abril de 1983)

Artículo 185, 7.º Estado de necesidad: requisitos.

En el estado de necesidad "es requisito básico e imprescindible tanto para la eximente completa como para la incompleta, equivaliendo a una situación de conflicto, **actual o inminente y total**, entre dos bienes en el que la salvación de uno exige el sacrificio del otro, requiriéndose además: a) **peligro** para el bien jurídico, el cual requiere un juicio valorativo "ex ante", pues el acontecimiento temido, de ordinario, gracias a la intervención del agente, habrá de ser evitado; b) dicho peligro ha de ser **real**, y, al efecto, los Códigos españoles desde 1848 a 1928, exigían "la realidad del mal que se trata de evitar"; es menester, por tanto, que, dicho peligro exista, sea posible, que amague al agente y que sea próximo o inminente, habiendo declarado este Tribunal en sentencias de 22 de noviembre de 1935, 16 de septiembre de 1934, 27 de octubre de 1962, 28 de junio de 1963, 15 de abril de 1980, 28 de septiembre de 1982 y 17 de noviembre del mismo año, que, el estado de necesidad se caracteriza por la objetividad y por la inmediatez, debiendo existir una **base real** en los hechos declarados probados, sin que quepan deducciones salvo que el antecedente y su relación con la consecuencia ofrezca evidencia axiomática; no obstante cabe el estado de necesidad **putativo** siempre que se adquiera la convicción de que el agente, siquiera sea erróneamente, se creía ame-

nazado por un mal que él reputaba real; c) el mal temido debe ser actual o, al menos, **inminente**, habiéndolo declarado así las sentencias de este Tribunal de 8 de junio de 1935, 28 de noviembre de 1944, 20 de junio y 27 de febrero de 1947, 22 de octubre del mismo año, 9 de noviembre de 1949, 3 de febrero y 1 de mayo de 1954, 21 de octubre de 1957, 7 de febrero y 28 de diciembre de 1962; d) el mal al que el peligro se refiere tiene que ser un perjuicio para un bien jurídico merecedor de un juicio valorativo, debiendo, el mencionado perjuicio, merecer el calificativo de grave —sentencias de 6 de noviembre de 1943, 28 de noviembre de 1944, 22 de octubre de 1946 y 3 de febrero de 1954—, si bien, el mentado perjuicio no tiene por qué consistir en un resultado típico —sentencia de 18 de diciembre de 1963— pero, para que constituya un mal es preciso que se reputa, como tal por el mundo circundante, no bostando con que merezca tal calificativo desde el punto de vista individual del agente —sentencias de 9 de noviembre de 1949, 9 de diciembre del mismo año y 29 de noviembre de 1968—; e) el conflicto ha de ser **absoluto** y, así lo exigen las sentencias de este Tribunal de 6 de noviembre de 1943, 28 de noviembre de 1944, 20 de mayo de 1967, 2 de septiembre de 1968, 16 de mayo de 1969 y 23 de septiembre y 15 de noviembre del mismo año, 31 de octubre de 1978, 2 de julio y 26 de octubre de 1979, 6 de noviembre y 14 de julio de 1981 y 26 de febrero y 16 de septiembre de 1982, pudiéndose agregar que, hasta el Código de 1928, se exigía por la Ley que “no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”; y esta exigencia la reclaman hoy día, tanto la doctrina como la jurisprudencia, pese a no requerirlo la actual circunstancia 7.^a formulándose, con carácter axiomático, la siguiente proposición: “Cuando no se han agotado las vías legítimas para la salvación del bien, así como cuando se recurre a un medio innecesariamente perjudicial, faltará en verdad, al presunto estado de necesidad la cualidad de absoluto”; y si bien es cierto que las sentencias de 26 de marzo de 1936, 13 de marzo de 1953, 2 de febrero de 1955, 9 de diciembre de 1957, 9 de junio de 1959, 31 de enero y 11 de febrero de 1964, 2 de marzo de 1970 y 29 de abril de 1971, aprecian, dicha circunstancia, como incompleta, pese a no concurrir el conflicto absoluto, ello obedeció a razones psicológicas y no objetivas; f) la situación de necesidad debe ser instantánea y no permanente, afirmación que es muy discutible; g) desde el punto de vista **subjetivo**, el agente, ha de actuar impulsado por un estado de necesidad para evitar un mal propio o ajeno —sentencias de 6 de noviembre de 1943, 28 de noviembre de 1944, 10 de marzo de 1951, 30 de febrero de 1957 y 16 de septiembre de 1964—, es decir, que es el estado de necesidad el que debe motivar el actuar psíquico del sujeto. Finalmente, puede cerrarse esta exposición, declarando que la circunstancia 7.^a opera tanto para evitar un mal propio como cuando, el sujeto activo, causa un mal para salvar a un tercero del peligro que le afecta —**auxilio necesario**—, pudiendo, el mentado auxilio necesario, referirse a la **comunidad**, como admite la doctrina moderna y se deduce del párrafo tercero de la regla segunda del artículo 20 del Código penal; constituyendo adecuado colofón de este tema, la doctrina de las sentencias de este Tribunal de 21 y 23 de junio de 1982, las

cuales exigen, para la operación de la eximente, que se produzca un conflicto urgente, real y efectivo, grave, actual o inminente, inaplazable, absoluto —por ser el único camino o medio para evitar el mal que se avecina— y total, esto es, que, el bien en peligro, se encuentra en trance de destrucción y no de simple deterioro.

18) **CONSIDERANDO:** que, en el caso de autos, no consta con la debida claridad, el tipo de mal, efectivo, real, actual o inminente, e inaplazable, que los conjurados temían y el que era preciso evitar con la abolición, nada menos, que del sistema democrático y de la Constitución del gobierno legítimo por otro encabezado por el General Armada, sin que, se perciba tampoco, que gravitara sobre los acusados un peligro individual concreto y determinado que amenazara destruir sus bienes jurídicos. Concediéndoles que trataran de combatir, porque lo consideraban de absoluta necesidad, peligros que se ciernen sobre España como, v. g., el terrorismo o el separatismo, por una parte, debían haber agotado los medios pacíficos para evitar tales males y, en cualquier caso, su actuación debía haberse proyectado directamente contra el terrorismo o contra la amenaza de destruir la unidad española, y no, aprovechar la coyuntura como pretexto, y atacar al Congreso, al Gobierno, a las Instituciones fundamentales y a la Constitución, que no eran responsables del pretendido estado de cosas insufribles para los acusados, pues el estado de necesidad requiere inexcusablemente que el mal que se teme sea conjurado o destruido sin lesión para terceros que no son, en absoluto, responsables ni constituyen la causa del mal temido y que se avecina. Procediendo, por virtud de lo expuesto, la desestimación del sexto motivo de fondo, de los formulados por el Teniente General Miláns del Bosch, basado en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de la circunstancia 7.^a del artículo 185 del Código de Justicia Militar.”

Artículo 185, 12. Obediencia debida. Naturaleza: causa de exclusión de la culpabilidad.

“Que, la eximente de obediencia debida, está definida, con suma parquedad, en el número 12 del artículo 8 del Código penal común, y, con mayor pormenor, en la circunstancia 12 del artículo 185 del Código de Justicia Militar. Sobre su naturaleza, la doctrina clásica entendía que se trataba de una causa de justificación o de exclusión del injusto, mientras que, hoy día, se la califica como una causa de exclusión de la culpabilidad, imbricada además con la inexigibilidad de otra conducta, toda vez que, el que obedece, no actúa con su propio raciocinio y por su capacidad de querer, sino que se halla bajo el influjo de un error esencial supuesto que cree equivocadamente que se le manda un acto justo, sin que, además el Derecho puede incurrir en la contradicción de encontrar justa la ejecución de una orden injusta; no obstante, todavía subsisten opiniones doctrinales que, partiendo, entre otras razones, del contenido del artículo 20 del Código penal, que no menciona, como responsable civil, al que procedió

por obediencia debida, sostienen que se trata de una causa de justificación, distinguiéndola del cumplimiento del deber porque, en éste, la conducta del agente se relaciona directamente con la Ley sin la intermediación del superior jerárquico o sin la voluntad del dicho superior; en la primera —obediencia debida— hay una triple relación, superior-inferior, inferior-tercero y superior-tercero, que no se da en el cumplimiento del deber. (...) Llegada la época de la codificación, el Código de 1848, reputaba obligatorios todos los mandatos del superior, mientras que los de 1870 y 1932 no consideraban obligatorios ni excusantes, dichos mandatos, cuando se tratara de órdenes administrativas que infringen, clara, manifiesta y terminantemente, un precepto constitucional, condicionando la obligatoriedad del mandato a que se dé la competencia del superior y a que el mentado mandato, se halle revestido de las formalidades legales; el Código de 1944, frente a los sistemas de la licitud de la investigación, de la obligatoriedad del mandato, y de la distinción según la condición de la persona que recibe la orden (funcionarios-autoridad o funcionarios-agente), contiene la clave de la adecuada solución en el artículo 369, donde en su segundo párrafo, se dice que no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley, añadiendo, el párrafo tercero de dicho precepto, que tampoco incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos constituidos en autoridad que no den cumplimiento a un mandato en el que se infrinja manifiesta y terminantemente cualquiera otra disposición general.”

Artículo 185, 12. Obediencia debida: concepto. Clases.

“En cuanto al concepto de dicha eximente, y dado el silencio del Código, se dice que, una persona, obra en virtud de obediencia debida cuando perpetra un acto ilícito cumpliendo órdenes de su superior jerárquico; sin embargo, se conocen tres clases de obediencia, la familiar, la laboral y la jerárquica, habiendo declarado este Tribunal (en sentencias de 30 de octubre de 1952, 12 de marzo de 1956, 25 de octubre y 24 de noviembre de 1962, 30 de enero de 1967, 8 de marzo de 1969 y 1 de julio de 1976), que, la obediencia jerárquica, es la única que excusa y no la laboral, si bien, a finales del siglo pasado y a principios de éste, abundan los fallos, de este Tribunal, referentes a la obediencia en la esfera familiar, y las sentencias de 17 de octubre de 1890, 7 de junio de 1916, 30 de noviembre de 1925 y 22 de octubre de 1958, se ocupan de la obediencia laboral y, todavía, la de 18 de noviembre de 1980, refiriéndose a dicho tipo de obediencia, declara que, para la aplicación de la eximente, es preciso que, el receptor de la orden, incida en error sobre la licitud de la misma, creyéndola; de buena fe, legítima, o bien que, aún percibiendo la ilicitud de la orden, se vea compelido a aceptarla por no poderle ser exigida otra conducta más conforme a Derecho. Con carácter general, este Tribunal —véanse sentencias de 7 de noviembre de 1885, 4 de marzo de

1886, 23 de junio de 1894, 23 de noviembre de 1950, 10 de diciembre de 1970 y 27 de noviembre de 1976, y también, la muy importante, por referirse a obediencia en la esfera militar de 16 de agosto de 1936—, exige, para la estimación de la eximente estudiada: a) una orden —pues no basta la mera indicación (sentencia de 18 de diciembre de 1957)— emanada de una autoridad superior; b) que la orden se encuentre dentro de los límites de la **competencia** de quien ordena; y c) que esté revestida de las **formalidades** legales; habiendo añadido, la sentencia de este Tribunal de 30 de abril de 1976, que cita las de 23 de mayo de 1969, 23 de julio de 1973 y 22 de mayo de 1974, que la orden delictiva no vincula al inferior, y que, en todo caso, es indispensable: 1.º) subordinación del que obedece respecto al que manda; 2.º) que, tal subordinación, sea ordenada o reconocida por la Ley; 3.º) mandato legítimo; 4.º) que dicho mandato emane desde el campo de las atribuciones del que la ha dado; y 5.º) que no haya obligación, en el subordinado, de examinar si la orden es justa o injusta.”

Artículo 185, 12. Obediencia debida: el deber de obedecer cesa ante órdenes contrarias a la Constitución.

«En la esfera castrense, como la seguridad y eficacia de los ejércitos reposa en los pilares fundamentales de la disciplina y de la subordinación, la doctrina sostiene que, en tiempo de guerra, la obediencia ha de ser ciega, inflexible e incondicional, y, en tiempo de paz, al no darse en el Código de Justicia Militar un precepto semejante al del artículo 369, párrafos segundo y tercero, del Código penal común, el subordinado que cumple las órdenes de su jefe natural con el que se halla vinculado jerárquicamente, queda exonerado de responsabilidad, a menos que lo mandado constituya “atrocitatem facinoris”; pero, esto no obstante, el Código de Justicia Militar, a partir de la reforma de 21 de abril de 1949, en la circunstancia 12 de su artículo 185, ya cuida de añadir “Esta eximente la tomarán o no en cuenta los Tribunales según las circunstancias de cada caso y teniendo presente si, tratándose de un hecho penado en este Código, se prestó obediencia con malicia o sin ella”; y tras la Ley de 6 de noviembre de 1980, que reformó profundamente el citado Código, el rigor se acentúa, tanto en tiempos de paz como en los de guerra, puesto que, la redacción consecutiva a dicha Ley, de la circunstancia 12, agrega a “El que obra en virtud de obediencia debida”, el siguiente inciso: “Se considera que no existe obediencia debida cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución”, y, por otra parte, la disposición citada, introduce en el artículo 328 del Código de Justicia Militar, un párrafo, mediante el cual, la desobediencia no será tal “cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución”.»

Artículo 185, 12. Obediencia debida. Error. Eximente putativa.

“Finalmente resta estudiar el problema de si, la obediencia debida, puede operar como eximente putativa en aquellos casos en los que, el agente, incurre en error, vencible o invencible, sobre la realidad de la orden, sobre la superioridad del que la formula y dirige, sobre la competencia de éste para ordenar lo que ordenó, o, finalmente, sobre la ilicitud del referido mandato; a lo que puede darse una respuesta positiva conforme a la cual si, el error, es invencible habrá total exoneración y si es vencible, el comportamiento del agente, será meramente culposo; debiéndose añadir que, comoquiera que lo que pudo creer el sujeto activo, se encuentra en lo más recóndito de su intelecto —barrera infranqueable en la que es imposible penetrar—, y para evitar pretextos y subterfugios por parte del sujeto activo que, interesadamente y para liberarse de toda responsabilidad, diga y sostenga que creyó o interpretó la orden del modo más conveniente para él, se hace preciso que, el presunto error, se confirme con datos objetivos que se hallen consignados e insertos en la narración histórica, tras indagación cuidadosa, concluir estimando que, en efecto hubo obediencia putativa.

16.º) **CONSIDERANDO:** que, en el caso presente, nada hay en el relato fáctico de la sentencia impugnada que suponga presupuesto fáctico de la eximente estudiada, pues no consta que, el Teniente General Miláns, obedeciera órdenes de ningún superior jerárquico, ni que se hallara en la creencia, errónea desde luego, de que tales órdenes se habían dado y él las había recibido, sin que, por lo demás, el “impulso regio” del que, con exceso y tan gratuitamente, se ha hablado en este recurso y a lo largo de toda su tramitación, haya pasado de hábil alegato enmascarador, invocado por los sublevados, los que trataron y tratan de parapetarse tras la Corona, afirmando mendazmente que obedecían órdenes Reales, órdenes de las que no existe rastro, huella, atisbo o asomo en el relato fáctico de la resolución impugnada. Procediendo, a virtud de todo lo expuesto, la desestimación del quinto motivo, de fondo, del recurso interpuesto por el acusado Miláns, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de la circunstancia 12 del artículo 185 del Código de Justicia Militar.”

Artículo 186, circunstancia 7.ª Motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia: requisitos para su apreciación.

“Que, la atenuante 7.ª del artículo 186 del Código de Justicia Militar, idéntica a lo séptima del artículo 9 del Código penal común —móviles morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia—, ha sido estudiada en numerosas sentencias de este Tribunal, naturalmente en su vertiente común, habiendo establecido la sentencia de 30 de diciembre de 1980 que, la atenuante de los móviles elevados —móviles morales en el Código italiano, móviles honorables en el Código suizo—, se inserta

en el número 7.º del artículo 9 del Código penal, encontrándose ausente dicha atenuante en el Código de 1932, aunque había huellas de la misma en el Código de 1928, habiendo sido estudiada reiteradamente por este Tribunal, el cual ha estimado, como la doctrina científica, que hubiera bastado con la referencia, en la séptima del artículo 9.º del Código penal y en la séptima del artículo 186 del Código de Justicia Militar, a los móviles morales puesto que los altruistas y los patrióticos también lo son, habiendo aplicado, esta Sala, la atenuante debatida, generalmente en los casos de participación en abortos "honoris causa" de personas distintas a las mencionadas en el artículo 414 del Código penal, en los de inscripción en el Registro Civil del nacimiento, como legítimos, de niños que carecían de esta condición, y, finalmente, en los de exaltación de los sentimientos paternos. Móviles morales son los que se ajustan a los dictados y exigencias de la ética social vigente en el momento del hecho, altruistas —el altruismo ha sido definido como "una especie de caridad fría"— los que persiguen el bien ajeno de modo desinteresado, sin beneficio propio e incluso a costa de éste, pero según declaración constante de este Tribunal —véanse sentencias de 12 de junio de 1962, de 17 de abril de 1964, de 27 de enero de 1965 y de 7 de febrero de 1966—, para evitar que prevalezca la tesis legendaria del bandido generoso, o la jovellanista del delincuente honrado, la conducta debe tener favorable repercusión en el ámbito comunitario; y se entiende, por móviles patrióticos, los no inspirados en motivaciones partidistas o de ideología política exacerbada, sino los evocados por el concepto de Patria en cuya valoración coinciden y confluyen todas las tendencias y opiniones, habiendo declarado, al respecto, este Tribunal, en sentencias de 15 de octubre de 1948, 14 de octubre de 1949, 26 de marzo de 1963, 27 de enero de 1965, 19 de octubre de 1967 y 30 de diciembre de 1980, que no se albergan, dentro del patriotismo, las conductas y opiniones individuales no por todos compartidas; teniendo que ser, dichos móviles, de importancia, esto es, de trascendencia real, capitales o fundamentales, así como patentes o notorios, añadiéndose finalmente la nota de proporcionalidad con el delito de que se trate —véase sentencia de 15 de octubre de 1948, así como la de 13 de junio de 1955—, de tal modo que si, el resultado punible, es excesivo y desmesurado sin que guarde ecuación o correlación con las especiales representaciones del sujeto activo, la atenuante no debe aplicarse.

134) **CONSIDERANDO:** que, en el comportamiento de los encausados no se aprecia la existencia anímica de unos móviles morales, puesto que, la subversión del orden político establecido, la rebelión contra las autoridades constituidas, el derrocamiento del Gobierno legítimo, el secuestro de los miembros del Congreso y de los del Gobierno, el encauzamiento de la democracia —entiéndase, sin eufemismos, supresión de la misma— y la derogación de las libertades política y sindical, no responden a los dictados de la ética, entendida como la ética social del entorno comunitario, donde la mayoría del pueblo español ha optado repetidamente por un régimen pluripartidista, con órganos representativos elegidos mediante sufragio universal, en el marco de una monarquía hereditaria y constitucional, donde se respeten los derechos individuales de la persona

reconocidos por las Leyes, con libertad de creación de partidos políticos y de asociación sindical; tampoco son perceptibles los móviles altruistas en algunos de los acusados, porque el triunfo del alzamiento debía repercutir en su favor, siendo los beneficiarios del mismo, mientras que, en los demás, se echa de menos la repercusión favorable de su conducta en el ámbito social; y, en lo que respecta a los móviles patrióticos, por todos es conocida la reverencia y el culto al amor a la Patria que se tributa, a ésta, dentro del estamento militar, donde los símbolos de la misma se juran y veneran, prometiendo defender la bandera de España hasta la última gota de sangre; pero, este sentimiento, que también es compartido por los españoles bien nacidos, no concuerda plenamente con lo exigido por este Tribunal a la hora de interpretar lo que significan dichos móviles, puesto que es indispensable que la conducta delictiva obedezca a unas motivaciones inspiradas en el concepto de Patria, en el que coincidan todas las ideologías y partidos, no bastando, para la atenuación, con haber procedido guiados por unos móviles pseudo-patrióticos fundados exclusivamente en un concepto parcial de la Patria, la que no se comprende ni ama si no es con una forma de gobierno determinada y con una administración territorial que sea la personalmente querida por los delincuentes. Procediendo, en perfecta armonía con lo expuesto, la estimación del motivo undécimo de los formulados por el Ministerio Fiscal, sustentado en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de la atenuante 7.^a del artículo 186 del Código de Justicia Militar.”

Artículo 196, 1.º Coautoría: no es imprescindible la práctica de todos los actos constitutivos de la fase ejecutiva.

“Que, en relación con la codeincuencia o coparticipación, este Tribunal, en tiempos pretéritos, sostenía que, para que a un partícipe se le pueda reputar autor de un delito en fase de ejecución —intentada o consumada— basta con que se haya concertado con los demás y conozca la ilicitud de lo pactado, respondiendo “in solidum” de lo perpetrado por los otros aunque él no hubiera intervenido en la fase ejecutiva del “iter criminis”. Pero tiempo ha que la doctrina científica, así como este Tribunal —véanse, v. g., las sentencias de 25 y 28 de marzo y 30 de mayo de 1974, 31 de enero y 12 de febrero de 1975, 16 de febrero, 19 del mismo mes, 22 de marzo, 25 de marzo, 5 de junio, 4 de noviembre y 15 de diciembre de 1976, 26 de marzo de 1977, 31 de enero de 1978, 23 de noviembre del mismo año, 5 de febrero de 1979, 26 de junio de 1981, 2 de abril de 1982 y 2 también de abril, 5 del mismo mes, 16 de junio y 30 también de junio de 1982, entre otras muchas—, abandonando la posición antes referida, mantienen que, para que a un partícipe se le repunte autor material, personal y directo de un delito intentado o consumado, se precisa inexcusablemente, concierto de voluntades, pacto previo o mutuo acuerdo, “conscientia scaeleris”, esto es, conciencia de la ilicitud del acto conve-nido, y aportación de esfuerzo propio, es decir, realización, personal y

directa de actos de ejecución adaptados a las exigencias típicas de la infracción de que se trate, aunque, y en consonancia con la distribución de tareas y de cometidos propia de la codelincuencia, no es indispensable se perpetren, personalmente, todos los actos constitutivos de la fase ejecutiva, respondiendo "in solidum" por virtud de la prevalente teoría de la unicidad, de lo entre todos ejecutado, por más que, como ya se ha dicho, no hubiere practicado, por sí mismo, todos y cada uno de los actos integrantes de la dinámica comisiva.

124) RESULTANDO: que, el General Armada (...) llegada la hora de perpetrar lo convenido y de cumplir el cometido que se había asignado, asumió una postura y unas maneras tortuosas y sinuosas, constitutivas de un doble juego: si triunfa la rebelión, él será el nuevo Presidente del Gobierno que sustituya al legítimo; si, por el contrario, fracasa, el General Armada será el benefactor que llevó al Congreso la propuesta u ofrecimiento de un avión para que los rebeldes se exiliaran, y que, finalmente, y gracias a sus abnegadas gestiones, logre la rendición de los sublevados ocupantes del Palacio del Congreso y convenga con ellos y suscriba el acta de rendición. Pero, pese a ese disimulo y a un comportamiento interesante equívoco, lo cierto es que, el relato fáctico de la sentencia de instancia, enseña, que, su nombre, es citado, como el de una pieza clave y decisiva (...). Infiriéndose, de todo lo relatado, que el acusado Armada, rebasó ampliamente la fase de conspiración, entrando, conforme a lo convenido, en la de ejecución, que quedó, unas veces, frustrada, y, otras, consumada, en lo que a su actuación personal concernía, pero, habiéndose perfeccionado el delito de rebelión tan pronto se produjo el alzamiento en Madrid, en Valencia y en la División Acorazada "Brunete", Armada responde, como autor, e "in solidum", de lo sucedido en otros puntos neurálgicos correspondientes al plan concertado, respondiendo, además, con el carácter de cabeza o jefe de la rebelión, puesto que, además de ser su intervención estelar, era el principal beneficiario de la mentada rebelión, la que iba a encabezar en tanto en cuanto sería el Presidente del Gobierno que sustituyera al legítimo."

Artículo 286. Rebelión militar: delito pluripersonal. Consumación anticipada. No es necesaria la violencia.

"Que, no siendo concebible un delito de rebelión militar perpetrado por una sola persona, dicha infracción, ha sido calificada de necesariamente plurisubjetiva o pluripersonal, y, también, de ejecución colectiva, caracterizándose, ante todo, por la existencia de un alzamiento o levantamiento en armas, tendencialmente encaminado a atacar al ordenamiento constitucional, al Jefe del Estado, a su Gobierno o a Instituciones fundamentales de la nación, y que revista las características, unas subjetivas y otras de carácter objetivo, a que se refieren los cinco números de artículo 286 del Código de Justicia Militar, siendo también consustancial al delito de rebelión militar su carácter de infracción de mera actividad, toda vez que basta que se produzca el alzamiento en armas

para que se consuma y perfeccione instantáneamente el hecho punible, aunque los rebeldes no hayan conseguido los objetivos o fines pretendidos con su insurrección o insurgencia, esto es, que no se exige resultado alguno para la mentada perfección delictiva. Y cabe añadir que, la violencia, no es requisito indispensable de la rebelión, pudiéndose pactar y llevar a cabo de modo incruento sin que, por ello, se destipifique el comportamiento de los agentes, lo que enseña la historia patria, donde han abundado los pronunciamientos o sublevaciones sin violencia ni efusión de sangre —v. g., el de Pavía que puso fin a la primera República, el de Dabán y Martínez Campos que, en 1875, restauró la Monarquía borbónica, o el de 1923 del General Primo de Rivera (todos ellos triunfantes, por lo que no fueron sometidos a proceso sus autores)— y que ratifica el contenido del artículo 294 del Código de Justicia Militar, el que, al conceder excusa absoluta o sustanciosa atenuación a los rebeldes no comprendidos en el artículo 287, presupone que, dichos rebeldes, depongan las armas antes de haber hecho uso de las mismas, esto es, sin que, en el curso de la rebelión, se haya producido violencia, agresiones a las personas o efusión de sangre; todo ello sin perjuicio de resaltar que lo que se proyecta y conviene como incruento, se torna violento y belicoso tan pronto se ofrece resistencia u oposición a los planes de los rebeldes, los cuales nunca pueden aseverar —dado que el futuro no se puede predecir por los humanos— que su alzamiento, con toda seguridad será incruento, sin víctimas y sin derramamiento de sangre.”

Artículo 287. Sustitución de la pena de muerte, conforme a lo dispuesto en el R. D. L. de 21 de diciembre de 1978, por la de treinta años de reclusión. Pena indivisible.

“El Real Decreto Ley de 21 de diciembre de 1978, consecuencia de lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución, sustituyó en el artículo 287 del Código de Justicia Militar, la pena de muerte por la de treinta años de reclusión, es decir, no por la de reclusión en toda su extensión, sino por la de dicha reclusión, en el límite superior de la misma. De este modo, la pena de muerte que era indivisible, fue sustituida por otra pena indivisible sobre la que no podían operar ninguna clase de circunstancias, ni agravantes ni atenuantes”.

Artículo 294. Posibilidad de revisar en casación el arbitrio que establece el artículo 294, en caso de que se haya tenido en cuenta para su apreciación la concurrencia de atenuantes mal aplicadas.

“Que, sin embargo, el punto neurálgico del problema lo constituye la cuestión de si el arbitrio que el mencionado precepto concede a los Tribunales militares, es incondicionado y, gracias a su discrecionalidad, irrevisable en casación. Y este Tribunal, después de haber meditado largamente el problema, entiende y declara lo siguiente: a) si el Tribunal

militar de instancia no ha explicado las razones por las que hace uso, más o menos amplio, de las facultades que le concede el citado artículo 294, reservándose las "in pectore", o se limita a aludir, a su personalidad, a su historial militar, a sus condecoraciones o a otros condicionamientos habituales en estos casos, como lo son también, la gravedad y el alcance del comportamiento criminal, la decisión que, al respecto adopte el Tribunal militar, en orden a la mayor o menor benevolencia con que se aplique la excusa, será puramente discrecional y no podrá discutirse ni revisarse en casación; b) si el Tribunal militar se apoya, para ejercer su arbitrio, en atenuantes de diversa índole, que conjuga con el artículo 294, si, efectivamente, las atenuantes antedichas fueron estimadas correctamente por el Tribunal militar, también su determinación pertenece a lo facultativo y discrecional, sin que pueda combatirse ni revisarse en esta vía; y c) si, como en el caso presente, el Tribunal militar de que se trate, combina el artículo 294 con atenuantes que este Tribunal estima mal aplicadas, el arbitrio, y la mayor o menor generosidad con que se ha concedido la atenuación calificada que el artículo 294 dispone, e incluso la aplicación, en algunos casos, de la exención de toda pena, podrá ser revisada por este Tribunal, el cual coincidirá o no con lo resuelto al respecto por el Tribunal militar."

Artículo 294. Deposición de la sarmas: excusa absolutoria.

"Que, la excusa absolutoria, en unos casos, y sustanciosa atenuación en otros, establecidas en el artículo 294 del Código de Justicia Militar, tan semejante a lo dispuesto en el artículo 226 del Código penal, supone una medida de política criminal encaminada a facilitar la rendición de los rebeldes sin que hubieran conseguido sus objetivos ni hecho uso de las armas, a restablecer cuanto antes el orden público perturbado y a evitar efusión o derramamiento de sangre, excusa absolutoria que no puede aplicarse de ninguna manera a los rebeldes incluidos en el artículo 287 de dicho cuerpo legal, que determina la exención de las penas que le correspondería, como rebeldes, si se trata de meros ejecutores y no tienen empleo militar superior a clases de tropa o marinería, y que, teniendo los rebeldes empleo militar superior al expresado o ejerciendo algún mando en las fuerzas rebeldes, a criterio del Tribunal, sufrirán sólo una pena inferior a las correspondientes o quedarán exentos de pena, añadiendo el precepto que la excusa o la atenuación, una vez exentos de pena los meros ejecutores, podrá aplicarse a los rebeldes comprendidos en el último párrafo del artículo 288 y en el artículo 289, así como a sus cómplices y encubridores."

FERRER SAMA, Antonio: "Los grados de la culpabilidad en la legislación española". Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1983.

El catedrático de Derecho penal y abogado ejerciente, Antonio Ferrer Sama, autor de numerosas obras, entre las que son de destacar: "Comentarios al Código Penal", "El delito de apropiación indebida", "El delito de abandono de familia", "El error en el Derecho penal", "La acción y características del delito de bigamia", "Estudio de la acción en el delito de hurto", etc., el día 16 de mayo de 1983 con ocasión de su ingreso como miembro de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación pronunció un discurso sobre "Los grados de la culpabilidad en la legislación española", trabajo con el que viene a aumentar el rico y variado conjunto de obras jurídicopenales que ha elaborado a lo largo de su laboriosa carrera universitaria y en razón de su muy ferviente vocación de docente y penalista.

"Los grados de la culpabilidad en la legislación española" a pesar de la exigencia de brevedad que el solemne acto requiere, se compensa con un poder de síntesis y de elección de aquellos elementos necesarios para la estructura del tema, propios de un maestro experimentado en estas lides, en las cuales el autor ha utilizado aguda pluma y maduros conocimientos.

Se inicia el trabajo con unas consideraciones generales sobre las formas o grados de la culpabilidad dirigidas a destacar de manera precisa y concreta los elementos relevantes en los artículos 1, 50, 9, 4.^a y 565 del Código penal. Seguidamente analiza La culpa como grado de culpabilidad en general, ofreciendo unas nociones de la misma, para a continuación dar unas breves pero muy concretas indicaciones históricas y legislativas sobre la materia en Europa, destacando de manera clara y sencilla especialmente la aportación que han ofrecido sobre el tema nuestros clásicos legisladores, reflejada en el Derecho canónico, Liber Judiciorum, Fuero Real, Las Partidas y Código penal de 1822.

El apartado III, consideraciones generales sobre los preceptos legales españoles en materia de culpabilidad, ya citados, se analizan someramente poniendo el acento de manera especial en el delito culposo como forma o grado de culpabilidad en general, solución poco aconsejable para el autor, por lo que aboga por la fórmula que limita la responsabilidad culposa a los casos en que el propio precepto penal así lo establezca. Culpa específica.

El apartado IV dedicado al análisis del caso fortuito, circunstancia 8.^a del artículo 8 se desarrolla conforme a lo preceptuado en los artículos 1 y 565 del Código penal, concluyendo que el contenido literal de dicha eximente es innecesario y perturbador porque la interpretación "con

ocasión de ejecutar un acto lícito" ha dado lugar a fallos verdaderamente forzados y a la consagración del tan censurado principio del "versari in re illicita".

El apartado V lo dedica a un detallado análisis del Proyecto de Reforma del Código penal español ("B.O.C.G.", serie A, 17-11980, núm. 108-I) en materia de culpabilidad, destacando de manera especial los hechos culposos específicamente tipificados, culpa específica. Con lo cual dicho proyecto abandona el concepto de culpa genérica, contenida en el artículo 565 del texto vigente, consagrando hechos culposos específicamente tipificados, para superar así la problemática de los tipos en blanco contenida en el precepto antes citado y viendo de esta forma así colmado su deseo de que las conductas culposas no se deben plasmar en el Código penal de forma genérica, como un grado más de la culpabilidad, sino como ahora se consagra en el proyecto de Código penal, artículos 17 y 18, de forma específica, es decir, que la culpa ha de constituir un elemento del tipo legal concreto que el Código penal estime sancionable.

Rafael ACOSTA PATIÑO

CARBONELL MATEU, Juan Carlos: «La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes». Editorial Edersa, Madrid, 1982, 205 págs.

La interesante obra que se comenta trata sobre las causas de justificación. En ella, el autor afronta una serie de problemas que han sido y son objeto de debate por parte de la doctrina. Estos problemas afectan tanto al fundamento de las causas de justificación cuanto a su naturaleza y fuentes. Cuestiones estas que tienen una importancia decisiva en la práctica del Derecho.

Tras una introducción donde se abordan las razones que impulsaron a Carbonell por la elección del tema y sobre aspectos metodológicos del tratamiento del mismo, el autor dedica la primera parte de la obra a analizar cuál es el fundamento de las causas de justificación.

Una exposición exhaustiva de las diferentes teorías sobre el fundamento de las causas de justificación conforma el capítulo primero. En el ámbito de las posturas que son contrarias a la sistematización de las causas de justificación se agrupan dos sectores. Por una parte la de quienes niegan un fundamento unitario, como Maurach o Eser, por otra, la de quienes niegan todo fundamento. En este último grupo se encuentran Thon y Bierling.

Entre quienes tratan de fundamentar las causas de justificación se distinguen las tesis pluralistas de las monistas. A las primeras corresponde la posición de Mezger, para quien las causas de justificación son reconducibles o bien al interés preponderante o a la ausencia de interés. Mientras que en las teorías monistas se han dado diversas soluciones. Así, mientras para Graf zu Dohna el denominador común es el medio adecuado para el injusto, para Welzel es la adecuación social y para Sauer la de la «mayor

utilidad que daño». Se llega así a la teoría de la ponderación de intereses, postura que el autor acepta como único postulado válido que comprende la justificación en toda su amplitud.

Se ocupa a continuación el autor de los reparos que cierto sector doctrinal opone a esta tesis, y lejos de obviarlos, Carbonell afronta, a mi entender con éxito, las objeciones formuladas. En este sentido aborda el problema que surge en el consentimiento, entendido como causa de justificación. Mientras que para Stratenwerth la no combinación de la ponderación de intereses con el principio de autodeterminación y autonomía de la voluntad impediría explicar porqué es una causa de justificación, aduce Carbonell que admitir esto no supone ver otra fundamentación distinta que la del interés preponderante. La autonomía de la voluntad se convierte en un interés más objeto de la ponderación.

En el ámbito del estado de necesidad, entiende Carbonell que el hecho de que en esta causa de justificación se trate de un conflicto de males y no bienes tampoco excluye la teoría de la ponderación de intereses. La comparación de los males no constituye sino el reverso de la misma moneda respecto de la ponderación de los bienes en conflicto, donde se toma en cuenta no sólo el valor de los bienes sino también el grado de lesión y de peligro.

El mismo criterio de la ponderación de intereses es empleado para fundamentar la legítima defensa. En la medida en que los bienes del agresor no quedan totalmente desprotegidos, no puede sostenerse que esta causa de justificación se limite a resolver un conflicto entre Derecho e injusto. Postura esta defendida en nuestra doctrina por Diego Luzón. Prueba de ello es que se exige la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima. El Ordenamiento jurídico se sitúa ante una paradoja: sólo puede proteger de manera absoluta la vida humana, si, al mismo tiempo deja de proteger en este caso, y sólo en este caso, la vida humana. Y es el principio de la ponderación de intereses el que está detrás: frente al interés que tiene el derecho en proteger la vida humana del agresor, se alza el interés que tiene en proteger la vida del agredido y además en afirmarse a sí mismo, pues si no lo hiciese sería inútil para proteger la vida humana ante cualquier agresión.

En el capítulo segundo de la obra se estudia la naturaleza de las causas de justificación. Se aborda en primer término el denominado sistema de la regla-excepción, al que sólo se le otorga una validez expositiva. La consideración de que toda conducta típica es antijurídica excepto cuando concurre una causa de justificación, debe matizarse en el sentido de que no existe una conducta contraria a derecho que se convierte en jurídica por la concurrencia de una causa de justificación, sino una conducta desde el principio conforme a derecho aunque aparentemente antijurídica cuya licitud se comprueba mediante el examen acerca de las causas de justificación. No existe un juicio de justificación subsiguiente a la afirmación de que la conducta es antijurídica sino, por el contrario, un resultado negativo del juicio de antijuricidad.

Tampoco se comparte la postura mantenida por Welzel de considerar la

justificación como el resultado de un concurso de normas entre la prohibitiva y la disposición permisiva y ello porque en ocasiones no hay una autorización sino un imperativo, además de que no cabe hablar de concurso cuando desde el primer momento surge la prohibición.

Del mismo modo se rechaza la tesis de los elementos negativos del tipo, ya que ésta desconoce la diferencia de valoración que realiza el derecho entre conductas típicas justificadas y conductas atípicas, pues sólo en las primeras se da un quebranto de intereses que queda compensado por la concurrencia de una causa de justificación, es decir, por la proporción de un interés superior. En esta medida un error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación constituye un error de tipo.

En el estudio de los elementos subjetivos de las causas de justificación, adquiere la obra, a mi entender, su más alto interés. En la medida en que el autor defiende una concepción objetiva de la antijuricidad, salvo en aquellas causas de justificación que expresamente lo contengan, en las demás no se puede exigir ningún elemento subjetivo. Postura esta que difiere de los que sostienen una concepción subjetiva del injusto, para quienes el desconocimiento por parte del agente de la concurrencia de una causa de justificación impide proceder a la absolución, debiendo castigarse o bien por delito consumado o bien por tentativa. Quien mata a su padrastro desconociendo que éste iba a matar a su madre en ese preciso instante no puede quedar impune si se exige un elemento subjetivo en la justificación. Para los defensores de la teoría del injusto personal habría que castigar por delito consumado o por tentativa si junto al desvalor de acción se exige el desvalor de resultado. Desde el punto de vista objetivo la conducta, en la medida en que produce un resultado valioso para el ordenamiento jurídico, debe de quedar impune.

En la segunda parte del libro se aborda el tema de las fuentes de las causas de justificación. Dado el carácter unitario del Ordenamiento una misma acción no puede al mismo tiempo ser justa y antijurídica para una o varias ramas del Derecho. Significa ello, que a la hora de analizar la justificación penal de una conducta típica habrá de ser tenida en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico tanto escrito como consuetudinario. Esto supone que en el Derecho penal se debe proceder a una apertura hacia el resto del ordenamiento jurídico, bien admitiendo causas de justificación supralegales que no atentarían contra el principio de legalidad por no tratarse de incriminaciones, o bien conteniendo una cláusula general de justificación. La admisión de causas supralegales es el camino seguido por la doctrina alemana por no contener el Código penal alemán ninguna cláusula general, al contrario de lo que ocurre en Italia, donde el artículo 51 cumple la función de cláusula general. En dicho artículo se recogen los supuestos en que se actúa en ejercicio de un derecho, igual que aquellos otros en los que se cumple un deber, sea éste por obediencia al ordenamiento jurídico o sea por obediencia a la autoridad pública. Pues bien, el mismo papel que en Italia desempeña el artículo 51 lo juega en nuestro país, en la opinión de Carbonell, la circunstancia 11.ª del artículo 8.º, reguladora del cumplimiento de un deber ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, que pasa a

desempeñar el papel de cláusula general que incluye todos los supuestos que aun produciendo un comportamiento valioso para el ordenamiento no tienen cabida en las demás justificaciones. En el ejemplo antes señalado no cabría apreciar una legítima defensa, pues ésta exige el conocimiento de obrar en legítima defensa, pero sí cabría apreciar el ejercicio de un derecho.

Esta solución, a primera vista atractiva, no por ello deja de plantear problemas, que el autor va resolviendo de forma inteligente y precisa. Para ello se analiza el contenido de la circunstancia en profundidad. En primer lugar el ejercicio legítimo de un derecho. En este sentido entiende Carbonell que la identificación de «legítimo» con legal no es sostenible. Por el contrario, legítimo es sinónimo de jurídico. Así, el ejercicio legítimo de un derecho abarca no sólo el de los diferentes tipos de derecho subjetivo, sino también el del interés legítimo y el de cualquiera de las facultades que el Derecho otorga a su titular, sin más limitaciones que las derivadas del principio de ponderación de intereses y de la real existencia del derecho subjetivo o interés legítimo. Aunque es difícil establecer con carácter general los límites emanados del propio Derecho o interés, puede afirmarse, sostiene el autor, que cuando éste venga reconocido expresamente por la Constitución sólo podrá ceder ante otros intereses también constitucionalmente previstos, sin que sea posible que la ley ordinaria u otra disposición de inferior rango venga a restringir los derechos reconocidos por la norma fundamental para proteger alguno no previsto en la misma. No puede hablarse de un conflicto entre un precepto penal que mediante el tipo prohíbe la realización de una conducta y el de otra naturaleza que reconoce el derecho a verificarla. Este constituye un límite de aquél. Y es en el seno de la propia normativa penal donde debe encontrarse la solución formal: esa es la función de la cláusula general de justificación. El principio de la ponderación de intereses marca el límite entre el ejercicio legítimo y el abuso del Derecho que en virtud del Código civil no está amparado por la ley.

Si bien la determinación de una conducta ha reportado un interés mayor que el quebrantado sólo puede realizarse «ex post», es decir, una vez comprobadas las consecuencias y cotejadas con las que se habrían producido de no realizarse la conducta verificada. Hay ocasiones en las cuales el ordenamiento tiene que adelantar el momento de la ponderación al de la toma de decisión por parte del sujeto activo acerca de si lleva a cabo o no la conducta. Si el sujeto actúa y un juicio «ex post» muestra que no ha sido beneficiosa su conducta la justificación proviene «que al realizar la conducta tras llevar a cabo un examen conforme a deber» desaparece el desvalor de acción. También aquí la justificación descansa en una ponderación de intereses en la que importa el interés que el ordenamiento tiene en que en casos análogos la conducta se lleve a cabo. El uso de la violencia por parte de la autoridad pública o sus agentes comporta la necesidad de un previo examen conforme a deber. En el caso de que exista un abuso en la utilización de la violencia no se aplicará la eximente 11.ª del artículo 8. Si el abuso fue debido a un error vencible se castigará por imprudencia.

De verdaderamente importante debe considerarse este libro de Juan Carlos Carbonell. La maestría y precisión con que se plantean y resuelven los diferentes problemas denota la excelente formación jurídica del autor.

Mención aparte merece la exhaustiva bibliografía que sirve de sustento a la obra. Junto a las fuentes españolas y alemanas es digno de resaltar el recurso a las obras italianas, sobre todo en una época en que la ciencia penal italiana parece haber pasado a ocupar un segundo plano. Carbonell, lejos de dejarse llevar por modas pasajeras, sitúa a la dogmática penal italiana en el prestigioso lugar que le corresponde.

CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ

Profesor encargado de curso en la
Universidad Autónoma de Madrid

«Licéite en droit positif et Références légales aux valeurs». Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international (La licitud en Derecho positivo y referencias legales a los valores. Contribución al estudio de la regulación jurídica de los conflictos de valores en Derecho penal. Derecho público y Derecho internacional), prefacio de J. Verhaegen, Bruselas, Ed. Bruylant, 1982, 706 págs.

El libro que ahora comentamos recoge las ponencias y comunicaciones presentadas a las *X Jornadas de Estudios Jurídicos Jean Dabin*, organizadas por la Unidad de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lovaina (2 y 3 de octubre de 1980 en Lovaina la Nueva) que versaron sobre «La licitud en Derecho positivo y las referencias legales a los valores».

Después de la presentación del coordinador de las Jornadas, Jacques Verhaegen, y de la alocución del Rector de la Universidad, Monseñor Ed. Massaux, se transcriben todas las ponencias y comunicaciones agrupadas en cuatro capítulos.

El primero trata de *La aportación de las ciencias humanas a la regulación jurídica de los conflictos de valores*, con trabajos de Jean Ladrière, «La filosofía y la referencia a los valores» y otro trabajo sobre «La ética y los intereses colectivos»; Jacques Etienne, «La moral formal y el Derecho positivo ante lo humanamente inaceptable»; Jacques-Philippe Leyens, «¿Un hombre profundamente bueno y razonable?»; Rudolf Rezsóhazy, «Valores fundamentales y valores relativos en el cambio social»; Jacques van Rillaer, «Psicología de la legitimación de acciones crueles»; Marc Offermans, «La justificación del homicidio de terceros inocentes en el antiguo derecho»; Jacques Verhaegen, «Lo humanamente inaceptable en derecho de la justificación».

Sobre *La disposición del cuerpo humano y la autorización legal* versan los estudios del Grupo II, cuyos autores son Jean-Louis Baudouin («La experimentación humana: un conflicto de valores»), Marie-Thérèse Meulders-Klein («El derecho a disponer de sí mismo. Contenido y límites en

Derecho comparado»), Roger-O. Dalq («A propósito del consentimiento del enfermo»), Jacques Achslogh («Problemas de la experimentación humana. El punto de vista del médico»), Christiane Hennau-Hublet («Los proyectos de reglamentación de la experimentación humana»).

Las necesidades públicas y la dignidad del hombre es el título general del III capítulo, con intervenciones de Phédon Vegleris, «Las necesidades públicas y la Convención (Europea) de derechos del hombre»; Hans-Heinrich Jescheck, «La protección de los secretos ilegales de Estado en la República Federal de Alemania»; Charles Huberlant, «Estado de sitio y legalidad de excepción en Bélgica»; Amnesty International (Bélgica), «La norma excepcional»; Georges Kellens, «El Derecho penal, muralla contra el abuso de poder?»; Francis Delpérée y Véronique Boucquey-Remion, «Libertad, legalidad y proporcionalidad»; Silvio Marcus Helmons, «La exigencias del mantenimiento del orden y sus límites»; Henri-D. Bosly, «Derecho penal, conflictos colectivos de trabajo y conflictos de valores».

Bajo la rúbrica de *Leyes de la humanidad y el Derecho de la guerra* se reúnen los trabajos de Jean Rivero, «Intereses vitales de la nación y fines humanos del poder»; André Andries, «La obediencia militar y las prohibiciones de Derecho internacional público»; Henri Meyrowitz, «Estrategia nuclear y Derecho de guerra»; Christine van den Wijngaeret y Bart de Schutter, «Terrorismo individual y terrorismo de Estado: ¿una diferencia de análisis?».

Resulta difícil resumir el contenido de estas Jornadas, y más difícil aún mostrar al lector la calidad extraordinaria de sus trabajos. Nos limitamos, pues, a señalar las principales dimensiones-conclusiones que directa o indirectamente subrayan todos los participantes, como indica brillantemente Verhaegen en su informe de síntesis, en las páginas finales.

1.º) Todo ordenamiento jurídico necesita hoy formular una jerarquía de valores y establecer la necesidad de sopesar los intereses concurrentes en muchos conflictos sociales que ponen en peligro los valores culturales fundamentales. El profesor Jescheck muestra la dificultad y la necesidad de balancear los valores en conflicto al analizar el caso concreto de la exculpación posible de la divulgación de secretos ilegales de Estado (págs. 363 y ss.), en determinados casos concretos, a la luz de la historia, la jurisprudencia y la legislación actual alemana (en concreto, del parágrafo 93 del Código penal). Es necesario solucionar armónicamente el conflicto de intereses en pugna como son la defensa nacional, la política exterior y la obligación de informar a la comunidad. Según comenta Verhaegen al estudiar «Lo humanamente inaceptable en derecho de la justificación» (páginas 140 ss.), merece tomarse en consideración el parágrafo 34 del Código penal de la República Federal Alemana. Según este artículo (que algunos tergiversan) actúa justamente quien realiza una acción lesiva si en el balanceamiento de los intereses en conflicto prevalecen considerablemente los intereses protegidos.

2.º) Los juristas coinciden, en líneas generales, con los psicólogos y con los criminólogos en constatar que el considerado como hombre *honesto* y *razonable* —el caballero, diríamos en castellano— a la luz, en concreto, del

artículo del psicólogo y pedagogo Jacques Philippe Leyens (págs. 35 ss.), no siempre emite juicios coherentes y razonables ante problemas teóricos y prácticos que se le presentan, si esas opciones afectan sus intereses personales fundamentales.

En este sentido, Jean Rivero, profesor de la Universidad de Derecho, de Economía y Ciencias Sociales, en París, al estudiar los intereses vitales de la nación y los fines humanos del poder, subraya que para mantener el orden público el ejecutivo encargado de la aplicación de las leyes fácilmente tiende a hacer prevalecer los medios sobre el fin, a sobrevalorar su objetivo inmediato, a hipertrofiar las perturbaciones contra el orden público y la seguridad nacional. Rivero insiste valientemente que nadie debe abdicar en la lucha por la dignidad del hombre (pág. 542).

3.º) Hacen falta prohibiciones de carácter incondicional que apoyándose sobre derechos humanos muy elementales establezcan en el campo formal y procedimental técnicas eficaces de límites absolutos, para afrontar dignamente dilemas escabrosos que nos brinda la sociedad de hoy y más aún probablemente la sociedad de mañana.

Como indica Phédon Vegleris, profesor de la Universidad de Atenas, los arts. 3, 4 (1), 7, 15, etc., de la Convención Europea de Derechos del Hombre, de 1950, muestran la necesidad de aceptar un enérgico *non possumus* ante determinados comportamientos intolerables. Muestra el reconocimiento de la calidad madura adquirida por ciertos derechos en la conciencia común. Así se puede resistir a las «necesidades» del poder del Estado y se puede permanecer de pie en medio de las tormentas que levanta con frecuencia la «razón de Estado» (págs. 352 ss.).

Estos progresos de la historia en el mundo han cristalizado en pocas pero indiscutibles barreras que nunca y por nada se pueden saltar en la sociedad democrática, como, por ejemplo, sucede con la tortura (págs. 153, 352, etc.).

Ciertos métodos procesales, ciertos requisitos formales (como el citado artículo 15 y el artículo 29, párrafo 2.º de la Convención Europea) juegan un papel eficaz que supera la imprecisión de los valores éticos y de las reglas fundamentales (constitucionales, o convencionales en el ámbito internacional, en el nacional y en el autonómico).

En frecuentes conflictos extremos (por ejemplo, en la guerra o en acciones graves de poderes discrecionales o de crisis de legalidad) lo formal, lo jurisprudencial y lo positivo —internacional, nacional y autonómico— juega un papel insustituible en el mundo de hoy y de mañana. Ahora, no menos que en tiempo de Cicerón, donde hay sociedad debe respetarse el derecho como última norma: *ubi societas ibi ius*.

4.º) Después de reconocer toda la fuerza innegable del derecho formal y positivo, los participantes en estas Jornadas han subrayado con vigor la insuficiencia del Derecho positivo por muy logrado y perfecto que se muestre. Con triste frecuencia afloran declaraciones y decisiones de eminentes personalidades e instituciones públicas —a veces judiciales— y privadas subordinando lamentablemente las exigencias de la humanidad a los imperativos de la eficacia en situaciones conflictivas importantes, ante problemas

de experimentación médica con personas privadas de libertad, ante el peligro de la perturbación del orden público, en discutibles operaciones militares, ante casos de tortura policial o penitenciaria...

Las repetidas violaciones y los abusos del poder (político, económico, religioso, de los medios de comunicación, judicial, etc.), como indican los juristas de la Sección belga francófona de *Amnesty International* (págs. 433 y ss.), evidencian la necesidad de acudir a los valores éticos elementales y a la acción de organismos no gubernamentales que se opongan, con medios no violentos, a ciertas normativas jurídicas legales —pero no aconsejables— contra situaciones excepcionales que casi siempre cooperan a la cada día mayor espiral de la violencia en los países del Este y del Oeste.

Es de agradecer a la Unidad de Derecho penal de la Universidad Católica de Lovaina y al profesor Jacques Verhaegen, coordinador de estas Jornadas, la preparación de esta importante efemérides internacional y la publicación de sus ponencias que nos ilustran de maneras tan diversas y científicas la necesidad de conjugar armónicamente el conocimiento de los valores éticos con la elaboración y el aprecio de las normas de Derecho positivo.

La sociologuización del valor con su deslizamiento del singular (*valor*) al plural (*valores*) ha pasado del relativismo discriminador a la resignación tranquila de la inseguridad y la inconsistencia. Misión nuestra es lograr la reapertura y reconversión de nuestra cosmovisión a los valores, a la problemática de la metafísica, a la seguridad arriesgada de la religión (Cfr. José Luis L. ARANGUREN, *Propuestas morales*, Madrid, 1983, págs. 102 y 118).

Al llegar a la última página de este libro el lector queda con serias preocupaciones y con no menos satisfacciones. Todas ellas merecerían recordarse aquí Me limito a evocar dos: la atinada concepción de los valores, de J. Ladrière (pág. 18), como las meta-normas ideales en las que se objetiva el esfuerzo de la acción con el fin de reconocer de manera efectiva, en el proceso histórico de su propio descubrimiento, las condiciones de su autorrealización; y la afirmación de G. Kellens: «el Derecho penal tiene la misión de criticar sus propios abusos y los abusos del poder, y también la misión de moralizar el poder, de darle su espíritu» (pág. 472).

Antonio BERISTAIN

NOTICIARIO

El día 16 de mayo de este año, leyó su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el Excmo. Sr. D. Antonio Ferrer Sama, codirector de este ANUARIO DE DERECHO PENAL. Su brillante disertación versó sobre el tema: «Los grados de la culpabilidad en la legislación española», y de ella se da cuenta en la Sección de libros. Le contestó, con su habitual lozanía, el Académico de número Excmo. Sr. Dr. Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz quien, tras exponer los muchos méritos que concurrían en el recipiendario y su actividad no sólo como profesor y publicista de Derecho penal, sino como Abogado y Juez de Menores en constante contacto con la realidad de la vida jurídico-penal de nuestro país, le expresó su felicitación, a la que se suma cordialmente el ANUARIO, dándole la bienvenida en aquella docta casa a la que, sin duda, el nuevo académico ha de aportar una valiosa colaboración, singularmente importante en estos momentos de renovación legislativa en los que, más que nunca, es necesario depurar la técnica jurídico-penal.

José María RODRÍGUEZ DEVESA

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXVI

AÑO 1983

Páginas

TOMO XXXVI - FASCICULO II - MAYO-AGOSTO

SECCION DOCTRINAL

<i>El P. Pereda y las reformas penales</i> , por José María Rodríguez Devesa	209
<i>Cursos causales no verificables en Derecho penal</i> , por Angel Torio López	221
<i>Hacia una revisión de los postulados de la Criminología Tradicional</i> , por Antonio García-Pablos	239
<i>Evolución social, criminalidad y cambio político en España</i> , por Alfonso Serrano Gómez	273
<i>Los bandos penales militares</i> , por Juan Luis Cano Perucha	311
<i>El expediente judicial regulado en el Código de Justicia Militar</i> , por José Rojas Caro	327

CRONICAS INTERNACIONALES	349
--	-----

SECCION LEGISLATIVA

A) Leyes orgánicas	351
B) Proyectos de Ley	387
C) Proposiciones de Ley	410
D) Decretos	416
E) Ordenes	431

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia penal</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón	433
---	-----

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros</i>	455
---------------------------------	-----

NOTICARIO	465
-------------------------	-----

<i>Evolución social, criminalidad y cambio político en España</i> , por Alfonso Serrano Gómez	273
<i>Los bandos penales militares</i> , por Juan Luis Cano Perucha	311
<i>El expediente judicial regulado en el Código de Justicia Militar</i> , por José Rojas Caro	327

CRONICAS INTERNACIONALES..... 349

SECCION LEGISLATIVA

A) Leyes orgánicas	351
B) Proyectos de Ley	387
C) Propositiones de Ley	410
D) Decretos	416
E) Ordenes	431

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia penal</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón	433
--	-----

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros</i>	455
--------------------------------	-----

NOTICIARIO 465

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

1. Antonio HERNÁNDEZ GIL, *El testamento militar*, 1946, 241 págs. (tela, 400 ptas.).
2. Antonio HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, 1948, 377 págs. (tela, 500 ptas.).
3. José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La condición jurídica del «nasciturus» en el Derecho español*, 1946, 270 págs. (tela, 400 pesetas).
4. José M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, 1946, 251 págs. (tela, 400 ptas.).
5. Juan DEL ROSAL, *Estudios penales*, 1948, 348 págs. (tela, 500 pesetas).

AVISO IMPORTANTE

Hay existencias limitadas de números sueltos de años anteriores, con excepción de los fascículos I y II del año 1948, fascículos I y III del año 1953, fascículos I, II y III del año 1954, fascículos I, II y III del año 1955, fascículos I y II del año 1956, fascículo II del año 1958, fascículo I del año 1957, fascículo III del año 1961, fascículos I y II del año 1964, fascículo III del año 1965 y fascículo II del año 1966.

Formulen sus pedidos a través de su librería habitual o directamente al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núms. 6 y 8, teléfono 429 25 51, Madrid-14.

**NUEVO TELEFONO DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

TEL. 429 25 51

Suscripción anual: España, 3.000 pesetas
Extranjero, 3.300 pesetas
Número suelto, España, 1.300 pesetas
Extranjero, 1.600 pesetas