

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XXI
FASCICULO I**



**ENERO - ABRIL
MCMLXVIII**

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:
EUGENIO CUELLO CALON (+)

Directores:
JOSE ANTON ONECA
Catedrático de Derecho penal
JUAN DEL ROSAL
Catedrático de Derecho penal y Director del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid

Redactor-Jefe
DIEGO MOSQUETE MARTIN
Profesor Encargado de Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción:
LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo
ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ
Magistrado del Tribunal Supremo y Director de la Escuela Judicial
JOSE M.^a GONZALEZ SERRANO
Fiscal General del Tribunal Supremo
BERNARDO FRANCISCO CASTRO PEREZ
Magistrado y Subdirector del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid

Consejero-Secretario:
DOMINGO TERUEL CARRALERO
Magistrado

Vicesecretario:
MANUEL COBO
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de La Laguna

INDICE

Sección Doctrinal

Páginas

<i>Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación (Ley de 8 de abril de 1967)</i> , por Juan del Rosal	5
<i>El "encausado" en el proceso penal español. (El "Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal" de 1967 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la Ley de 8 de abril de 1967)</i> , por Victor Fairen Guillén	37
<i>Función y naturaleza del artículo 226 del Código Penal</i> , por Manuel Cobo	53
<i>En torno al concepto y al contenido del Derecho penal tributario. Texto de la intervención en las I Jornadas Luso-hispano-americanas de estudios financieros y fiscales y texto de sus Conclusiones</i> , por Fernando Sáinz de Bujanda,	77

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, 300 ptas. Extranjero, 400.

Precio del fascículo suelto: España, 125 ptas. Extranjero, 150 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948

Ultimo fascículo aparecido: septiembre-diciembre 1967.

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

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 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 XXI
FASCICULO I**



**ENERO-ABRIL
MCMLXVIII**

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

Depósito Legal, M. 126.—1958

Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación (Ley de 8 de abril de 1967)

JUAN DEL ROSAL

Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y de la Escuela Judicial.
Director del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid.

SUMARIO: 1.º Antecedentes, 2.º Razones politicocriminales de la modificación, 3.º Reflexión crítica, 4.º Las tipologías delictivas encajadas en el Código penal, 5.º Las novedades introducidas en general, 6.º Consideraciones críticas: A) De la rúbrica: "De los delitos de riesgo en general. Sección primera: Delitos contra la seguridad del tráfico"; B) Conducción de un vehículo bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes; C) Conducción temeraria manifiesta; D) De la penalidad de estas figuras; E) Del concurso delictivo; F) Medición de la pena; G) De la alteración grave de la circulación; H) De la conducción sin permiso; I) De la falsificación de las placas de matrículas legítimas; J) Del quebrantamiento de condena; K) De la omisión de socorro; L) Del hurto de uso; LL) De la penalidad de la culpa, 7.º Conclusiones.

1.º *Antecedentes.*

Ya el legislador de 1950, dándose cuenta de las exigencias politicocriminales surgidas de los peligros que representaba el tráfico rodado en unas circunstancias en que cada día se acrecentaba el parque móvil de España, dictó una Ley, en 9 de mayo del año citado, titulada "Sobre uso y circulación de vehículos de motor", que satisfizo, de momento, las urgencias, pero que fue insuficiente en el decurso de los años, puesto que se radicalizó la tecnificación en la sociedad española.

Por si no bastare que este ordenamiento penal se dio a la estampa con determinados defectos técnicos y fue incapaz, por tanto, de *cam- biar* la técnica de juzgar en los tribunales, en razón a las novedades que intentó introducir, recostándose los fallos judiciales, en su mayoría, en la imperfecta mecánica de la culpa, deparada por el siempre criticable art. 565 del texto penal vigente.

Acaso la razón más importante de la inutilidad consistió, sin duda, en que la *praxis* utilizó la meritada Ley en completo maridaje con el Código penal, más concretamente, con el artículo aludido, que regula defectuosamente la culpa en sus tres formas: a) Imprudencia teme-

raria. b) Culpa con infracción de reglamentos. c) Culpa o impericia profesional, contraída, según expresa mención legislativa, a las cometidas con vehículos de motor; esta última, ordenada por la reforma del año 1944 y sacada, en buena parte, del Código penal italiano.

Entonces, la Ley especial se ponía en práctica, en la inmensa mayoría de los casos, aduciendo la infracción del art. 3.º (Conducir sin permiso), que, en el fondo, es un injusto administrativo, si bien había sido elevado al rango categorial de injusto penal, en base a la significación peligrosa que entraña una conducta de esta índole.

El aumento incesante en España —como decíamos antes— del número de vehículos de motor y, de otro lado, las máculas y el poco favor de que gozó este Ordenamiento especial, dio cuerpo al propósito de que se pensara en la confección de una nueva Ley que recogiera las distintas vertientes (penal, civil, de procedimientos civil y criminal y de seguros) (1).

Después de una lenta maduración y de ser revisado concienzudamente el anteproyecto y estudiado por las comisiones respectivas y hasta por los más destacados especialistas de la nación, y previa una larga *vacatio legis*, se publicó la citada Ley, con fecha de 24 de diciembre de 1962, núm. 122/62 (Jefatura del Estado, "B. O." 27).

La Ley suscitó apasionados juicios, de diversos sectores, puesto que no se olvide que, aparte de los aspectos tecnicodogmáticos, ofrecía, además, una proyectiva social de superlativa importancia, por si no fuese poco que se facilitaba y, sobre todo, se simplificaba, en forma desconocida hasta ahora, la tramitación, y se superaban, teniendo como modelo los procedimientos anglosajones, ciertos formalismos y obstáculos que dificultaban, con el apremio debido, las diversas soluciones que reclama el hecho de la circulación. Además, las razones incriminativas, de corte políticocriminal, y que se recogían en la "exposición de motivos", fueron puntualmente atendidas por el legislador; más todavía si se piensa que todas ellas tenían como coheficiente común la *humanización* de la tramitación del proceso y, ante todo, la prestación de ayuda, en sus diversas manifestaciones, a las víctimas (2).

(1) Carecería de sentido detallar la literatura sobre el Derecho penal del automóvil; ni tan siquiera vamos a mencionar la española. Téngase en cuenta que el estudio es una simple reflexión crítica. En un próximo trabajo abordaremos los aspectos técnico-dogmático, políticocriminal y práctico.

Una exposición detenida de la reforma en el estudio de C. Conde-Pumpido. *Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por la Ley de 3-1967*, en la Rev. de Derecho de circulación, n. 3 1967, p. 227-254. Con anterioridad, del mismo autor, n. 1 de la misma Revista, pág. 1-28.

(2) Sin embargo, aparte de las fallas o necesidades de perfeccionamiento de la Ley, como sucede en mayor o menor un disciplinamiento especial tan caracterizado, como éste, no cabe duda que cualquier profesional o jurista medianamente despierto del ámbito sociológico español se dio cuenta que la finalidad perseguida por esta Ley no concordaba en la forma debida con ciertos y acusados entramados de intereses, por si no fuere de suyo suficiente que representa un cambio de giro, demasiado complicado como para consentirlo en el mal entendido conservadurismo jurídico y la sensibilidad poco afirmada de determinados sectores del país.

Sin embargo, como la Ley aparejaba una serie de repercusiones en los órdenes rituales, económicos y asegurativos, y trastrocaba el tratamiento de estos delitos, con sus secuelas civiles, procesales y de seguro, no se libró de un enjambre de críticas, las más de las veces hilvanadas con un pensamiento puesto en otras miras distintas a las que pretendía atender el mencionado cuerpo legislativo, ya que, en verdad, se trataba de un estamento *pleno*, de una *nueva* parte del *ius positum* destinado a la ordenación unitaria de las cuestiones que plantean, dentro de la política legislativa, la disciplina de las infracciones de circulación en su entidad de injustos penales.

Aquí sólo tocaremos, de pasada, la parte penal de la Ley especial mencionada, y nos sobra, por supuesto, dado el destino y objetivo perseguidos por estas reflexiones, con transcribir, al menos, la "exposición de motivos", sumamente comprensible a efectos de las afirmaciones sentadas más arriba.

Dice así:

"El constante aumento del tráfico, consecuencia del uso, cada vez más frecuente, de vehículos de motor; el progreso y perfeccionamiento ininterrumpido de la técnica automovilística y las necesidades de la vida moderna han provocado una situación de hecho que constituye una seria preocupación para los Gobiernos de todos los países ante el número de víctimas y daños materiales que ocasiona, en constante progresión, con grave quebranto para la seguridad de las personas y la economía nacional.

No basta una perfecta regulación gubernativa, tendente a prevenir tales hechos, mediante un cúmulo de normas precisas y bien calculadas, si su destinatario hace caso omiso de ellas o temerariamente las desprecia, a sabiendas del riesgo que corre y en el que coloca a sus semejantes.

A la política criminal compete la tarea de incardinar en reglas jurídicas, preventivas y represivas, las actitudes y consecuencias de los comportamientos, temerarios o no, que contravengan las propias normas de circulación. La redacción de una Ley especial dedicada al empeño de configurar un elenco de tipos penales con sus ramificaciones civil y procesal y civil y de aseguramiento, está erizada de dificultades, sobre todo si se pretende obtener, de un lado, la ejemplaridad y rapidez en la sanción penal, así como un pronto y eficaz auxilio a la víctima, y de otro, una completa garantía y seguridad jurídica para el infractor, finalidades todas planteadas en el esquema legal actual.

Los objetivos expuestos han inspirado la redacción de la presente Ley, integrada por cuatro títulos:

I. Se dedica el primero al ordenamiento penal. En un esfuerzo de comprensión de los factores de toda índole, físicos, psíquicos y humanos, que confluyen en la circulación, ha previsto en lenguaje sencillo y sin pretensiones una serie de figuras punitivas genuinamente

surgidas del ámbito específico a que se refieren, y otras que colman deficiencias y lagunas de la legislación penal ordinaria, y como clave de toda la construcción jurídicopenal, la novedad técnica de conjugar equilibradamente la objetivación característica de leyes de esta índole, cifrada en el resultado producido y la actitud psíquica de temeridad y peligro, plano subjetivo de tan relevante valor en el enlace con la política criminal que se intenta alcanzar, poniendo fin a la controvertida forma culposa del art. 565 del Código penal ordinario en esta delicada materia.

II. En el ordenamiento procesal penal, objeto del Título II, ha preocupado esencialmente la ejemplaridad y la rapidez, dando de lado a cuanto fuera obstáculo para la justa y eficaz represión y prevención del aparato aplicativo sin que con ello sufran merma alguna las garantías deparadas a la persona, sino que, por el contrario, tales garantías y seguridades se aumentan mediante el proceder contradictorio y abierto desde el primer momento de la tramitación judicial.

III. El Título III regula la responsabilidad civil y el seguro obligatorio. El resarcimiento inmediato de los daños y perjuicios sufridos por la víctima se busca a ultranza, pero en su propio campo y con pleno fundamento jurídico como algo que brota espontáneo y fluido de una de las fuentes de las obligaciones, la Ley, en función al riesgo que implica el uso y circulación de vehículo de motor.

No se ha dudado en admitir la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil, hoy implantado en la casi totalidad de los países; pero teniendo en cuenta que la técnica de incriminación establecida en el ordenamiento penal elimina todo temor de que la póliza de seguros pueda debilitar en el conductor los frenos inhibitorios de la cautela, el seguro está creado para la protección de la víctima y no del culpable.

Complemento ineludible de la finalidad propuesta de que la víctima sea en todo caso debidamente asistida e indemnizada es la creación del Fondo de Garantía. La legislación de accidentes de trabajo nos da el precedente; el nuevo tipo de responsabilidad civil y el seguro obligatorio requerían su creación para remediar lo auténticamente necesario, exigencia de justicia en un Estado social.

IV. Por último, el Título IV procura los medios procesales para exigir, cuando surja controversia, el resarcimiento de los daños y perjuicios en vía civil.

Si las leyes han de cumplir sus altas funciones de protección y promoción de los valores humanos, individuales y colectivos, la ordenación autónoma de las normas penales, civiles y procesales del automóvil es una necesidad que surge de la singularidad del fenómeno de la circulación.

Con la presente Ley, por tanto, se expresa en sus distintas perspectivas el pensar legislativo en unos problemas de creciente desarrollo y actualidad, y cuyo encaje jurídico no podría escapar al legislador.

preocupado por el buen gobierno de la comunidad, sobre todo teniendo en cuenta el valioso precedente de la Ley de 9 de mayo de 1950.”

Su atenta lectura depara las líneas técnico-dogmáticas en que descansaba la sistemática y el contenido de la misma. Resulta indiscutible, pese a los intereses que hirió su corta vigencia, que se trataba de un “todo jurídico”, como diría Engisch (3), con cierta sustantividad, y representa, de un lado, una segura apertura la rapidez sumaria y al pronto auxilio juridicoeconómico a la víctima, en tanto que, de otra parte, se acoge una dimensión social, hasta ahora desconocida en los términos en que lo hacía esta Ley.

2.º *Razones politicocriminales de la modificación.*

La Ley de 8 de abril de 1967 “sobre modificación de determinados artículos del Código penal y de la Ley de enjuiciamiento criminal”, en su exposición de motivos, alude a la citada Ley penal del automóvil del modo que sigue: “La persistencia y continuidad con que se producen los delitos cometidos con ocasión del tránsito de automóviles y su indudable semejanza con otros previstos en el Código penal, aconsejan la conveniencia de su inserción en el principal texto punitivo, aunque sea preciso, en muy limitados casos, transplantar al mismo algunos tipos que, configurados en la Ley de uso y circulación de vehículos de motor, parece necesario conservar en razón a los bienes jurídicos que protegen. Las leyes penales especiales tienen su razón de ser, bien porque establecen figuras delictivas cuya naturaleza es esencialmente diversa y aun opuesta a las que comprende el Código, inspiradas en principios distintos, bien porque resuelven problemas determinados por circunstancias transitorias que justifican en razón a la estabilidad del Código, su independencia respecto de él. La experiencia proporcionada con la aplicación de la Ley especial permite dar ya este paso adelante, encuadrando los delitos que tipificaba en el Código penal común.”

He aquí, pues, en apretada síntesis, propia del estilo conciso de los legisladores, los fundamentos en los que pretende justificarse un cambio tan rápido de la Ley especial, *sin* apenas disponer de comprobaciones empíricas de su bondad o inutilidad, a no ser que se estimen, como tales, la empiria procedente de unos meses de vigencia.

3.º *Reflexión crítica.*

Es probable que la argumentación empleada para justificar la mudanza efectuada por la Ley de 8 de abril de 1967 ceda a la más leve crítica, puesto que se aduce, pongo por caso:

(3) V. K. Engisch. *Einführung in das juristische Denken*. Kohlhammer, 1959, pág. 134 y siguientes; hay traducción española, Madrid, 1967, pág. 172 y siguientes.

a) La similitud con los entes penales del Código vigente radica, ni más ni menos, en que son injustos penales. Y nada más. De otro lado, los delitos descansan en una composición interna y externa, de índole técnico-dogmática, que responde a un denominador unificador, y que se cifra en una objetividad jurídica o en su forma de protegerla o cómo se concreta su tipificación que, en verdad, confiere una sustantividad particular, pues no debe olvidarse que cada tipo es una proposición individual y específica, que a veces no proviene su peculiaridad del interés jurídicamente defendido, sino de los *modos, relación espacial-temporal* o su *caracterología causal* o *finalista*, en las investiduras de los sujetos, etc., etc., que se distinguen a la legua de los *nomen iuris*, delineados en el texto ordinario.

b) Si ahora se confrontan las provincias penales de la Ley de 1962 con las imágenes penales del libro II del Código, se caerá en la cuenta que se individualizan y concretan en entidades distintas.

Cabe preguntar: ¿Qué tiene que ver la conducción temeraria, delito de peligro concreto (4) en la nomenclatura de Binding, con el art. 565? ¿Es que desde el plano técnico-dogmático guarda semejanza la tipología del art. 2 de la Ley abolida con los delitos del Código? A no ser que se piense que la muerte, las lesiones y los daños están ya previstos y punidos, respectivamente, en el Código.

c) Pero, todavía más, ¿dónde está la clase de culpa del art. 3 y el quebrantamiento de condena del art. 4 y la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes y la omisión de socorro (art. 7) y el conducir sin permiso (art. 6) y el delito de falsedad (art. 8), cuya especialidad se la confiere el "objeto material" sobre el que recae la acción? Y no digamos nada del hurto de uso (art. 10), inexistente *expressis verbis* en el Código, por si no bastara la carencia de parecido de las perturbaciones de la circulación (art. 9) y la reincidencia específica (art. 11) y la graduación judicial de la pena (art. 12), de factura superior a las reglas del art. 61, introducidas por la reforma del año 1944, sobre todo la regla 4.^a

d) La descripción del primer argumento razonado en la exposición de motivos, ceñida a la modificación introducida por la Ley de 8 de abril de 1967, ha estado, en puridad, desafortunada.

e) La conveniencia de introducir en el Código algunos tipos de la Ley penal del automóvil no se razona, sino que se apela a su carencia de autonomía típica, o mejor aún, de *especialidad*, cuando la

(4) Para un entendimiento moderno, véase el estudio, acabado de publicar, de K. Lackner, *Das Konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, Berlín, 1967. Parte de la idea de que el delito de peligro concreto viene a ser, algo así, como un fenómeno problemático notorio en el Derecho penal del automóvil. También G. Rinck, *Gefährdungshaftung*. Göttingen, 1959, desde el plano estrictamente civil. De modo especial véase, ante todo, el T. IV de *Die Normen und ihre Uebertretung (Die Fahrhässigkeit)*, Aalen, 1965, en que planteaba Binding, con su agudeza habitual, la problemática que aparejan los delitos de peligro (págs. 339 y siguientes).

literatura italiana, alemana, suiza, etc., etc. (5), nos sitúa en trance de rectificar tamaño error, puesto que el fenómeno físico, el llamado *ens* sobre el que teje su vestidura jurídica el penalista, no existe en los textos penales, y nos referimos a las leyes físicas de la circulación.

f) La especialidad, por tanto, no proviene, como se describe en el texto legislativo, en atención a los bienes jurídicos protegidos, sino que con ello se desconoce cuál es el interés defendido, que versa sobre las leyes que rigen el fenómeno natural de la circulación. Las consecuencias de muerte, peligro, lesiones, daños, etc., etc., son las resultas de *no haber circulado como se debiera*, en una palabra, de infringir las leyes cinemáticas de la circulación. El pensamiento jurídico aquí, como en la mayoría de las veces, opera de un modo funcional, esto es, recubre con su metódica jurídica, y con una visión de practicabilidad penal (6), las disposiciones que redacta o la construcción técnico-dogmática que efectúa. Pero el jurista dota de *significación* un elemento ontológico, que existe en la realidad, y que a medida que se complica el tráfico por aumento de vehículos obliga imperativamente a que el legislador ponga mano en solucionar de una manera juridicopenal, y en sus proyecciones dañosas, el hecho de la circulación.

g) En una palabra, cabría pensar que cuando se elabora una Ley especial, de indole penal, sobre los hechos que, a juicio del legislador, están *necesitados* de protección, porque entorpecen, debilitan u obstruyen la seguridad del tráfico y, a la postre, ocasionan menoscabos en la integración de diversos bienes jurídicos, cosas, vidas humanas, etcétera, etcétera..., quiere darnos a entender que la fuente que va a constituir los contenidos de las figuras delictivas está ahí, en la realidad ontológica, es, como diría Welzel, una "estructura lógico-positiva" (7), que guarda su jerarquía y orden interno, *antes* de trasplantarla a la Ley, y que el legislador la emplea, como material sobre el que va a recaer un acento valorativo, mejor aún, un cierto desvalor penal. Y dígase lo que se quiera, no cabe duda que la *especificidad* de los tipos de la circulación provienen, en buena parte, de que son ya elementos del mundo del ser, de la realidad que se vive cotidiana-

(5) Respecto a la especialidad cabría traer a colación una serie de publicaciones; sin embargo renunciamos, con sólo mencionar: T. Krebs. *Verkehrrecht und Verkehrswirtschaft*, Berlín, 1960, pág. 18 y siguientes. Véanse, además, del V Curso Internacional de Derecho de la Circulación. Madrid, 1963, las aportaciones de los autores siguientes: Conde Pumpido, Quintano Ripollés, Dositeo Barreiro, del Rosal, Barletta y otros, especialmente, nuestra conferencia en este volumen, *Fenomenología del hecho delictivo de la circulación*. La Ley del año 1962 se inclinó en la contienda entre objetivismo y finalismo por el segundo, en el sentido de que "no hay pena sin culpabilidad". V. Antonio Beristain, *Objetivación y finalismo*, Madrid, 1963.

(6) Cfr. Von Gemmingen, *Probleme der Strafrechtsanwendung*, Tübingen, 1934, pág. 31 y siguientes.

(7) V. H. Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen, 1957, traducción española de Cerezo, Barcelona, 1964, pág. 13 y siguientes.

mente; de una comunidad política tecnicada hasta su perfil especulativa, que dijera, en su día, Xavier Zubiri (8).

h) En primer lugar, lleva a cabo una labor preventiva, a través del código de la circulación; después, cuando éste no basta o la categoría del peligro concreto o del daño es mayor, ora denota una actitud especial en el agente, se configuran las puniciones de tamaños comportamientos en una Ley penal especial. Los argumentos político-criminales y de otra índole son incontables, pero de momento nos conformamos con traer a colación, valga el caso, la estructura interna de la norma de la circulación que, como puede verse en los códigos de esta clase, tienen un marcado acento "preventivo".

i) El razonamiento empleado en favor de la especialidad de la Ley, sobre todo, en un país como el nuestro, en que abundan por doquier las *especialidades* en las leyes penales, con sus respectivas jurisdicciones, aunque parezca paradójico, es el mismo que se estampa en la "exposición", reproducida, de la Ley de 8 de abril de 1967.

Ahora bien, de un modo positivo pueden argüirse, entre otros, los que siguen: a') Tipifica delitos distintos a los del Código, al menos en la forma de ejecución y hasta en la actitud psíquica que comporta el autor, postulación dialéctica incuestionable; b') son opuestas tanto técnica cuanto dogmáticamente y evidencia, además, una especialidad en los elementos y formas con que se componen; c') están inspirados en principios diametralmente distintos a los del Código, como se demuestra en las formas de culpabilidad de la abolida Ley; d') tampoco se trata aquí de circunstancias transitorias que, hay que decirlo, nunca confieren *especialidad* a las leyes penales, pues, en sentido estricto, las necesidades politicocriminales de un momento histórico harán entrar las leyes penales en la zona de emergencia, ya que las especiales provienen de las condiciones de los sujetos, de los valores protegidos y de la diferencia de finalidades perseguidas en la formación de los conceptos penales, abstracción de otros extremos; e') por si fuese poco, las leyes penales se dictan siempre con una mentalidad de permanencia; de lo contrario, serán penales por el empleo de la sanción, pero nunca en el sentido riguroso del vocablo; f') además, tampoco cabe aducir la experiencia obtenida, a no ser que se considere "experiencia" la extraída de una vigencia que va de 1 de junio de 1965 a de 1 de mayo de 1967, es decir, sólo veintitrés meses, según se dijo con anterioridad.

En resumen, y con la máxima objetividad posible, no se argumenta, en los términos en que se debiera —unos, de orden político-criminal; otros, técnico-dogmáticos—, por parte del legislador, la inclusión de las figuras delictivas de la circulación dentro del Libro II del Código penal ordinario.

(8) V. Xavier Zubiri, *Naturaleza, Historia, Dios*, Madrid, 1944, pág. 21 y siguientes.

4.º *Las tipologías delictivas encajadas en el Código penal vigente.*

La mudanza que nos trae la Ley de 8 de abril de 1967, reza del modo siguiente:

A) El art. 8 de la abolida Ley de 1962 da nacimiento al art. 279 bis, el cual dispone: *“La falsificación, sustitución, alteración u omisión de la placa de la matrícula legítima de un vehículo automóvil será castigado con las penas de arresto mayor o multa de 5.000 a 25.000 pesetas.*

Si el hecho tuviere como fin cometer algún delito o facilitar su impunidad la pena será de presidio menor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas”.

Y el art. 4 de la Ley ha quedado redactado del modo que sigue: *“En la misma pena incurrirán los que quebrantare la condena de privación del permiso de conducción”* (Par. 2.º del art. 334).

El art. 7.º de la tan citada Ley forma parte del art. 489 bis, en cuyo párrafo 3.º dispone: *“Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido, la pena será de presidio menor”.*

En tanto que el art. 10 de la misma Ley se transforma en el art. 516 bis: *“El que sin la debida autorización y ánimo de hacerlo como propio usare un vehículo de motor ajeno será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas.*

Si ejecutare el hecho empleando fuerza en las cosas, las penas se aplicarán en su grado máximo.

Cuando, en los casos previstos en los párrafos anteriores, el culpable dejare transcurrir el plazo de veinticuatro horas sin restituir o abandonar el vehículo se impondrá las penas establecidas en los artículos 515 ó 505, respectivamente.

Si en la ejecución del hecho se empleare violencia o intimidación en las personas se impondrán las penas previstas en el art. 501 de este Código”.

En este libro II del Código y en su título V se adiciona un capítulo segundo, y cuya rúbrica es: *“De los delitos de riesgo general”.* Sección primera: *“De los delitos contra la seguridad del tráfico.”*

Y comprende los que siguen: 340 bis a) *“Será castigado con las penas de multa de 5.000 a 50.000 pesetas y privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años:*

1.º *El que condujere un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes.”*

En cuyo número se reproduce el art. 5.º de la Ley especial, con modificaciones que veremos más adelante.

En el núm. 2 se ordena: *“el que condujere un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes.*

La pena de privación del permiso de conducción se impondrá con carácter definitivo cuando el culpable hubiere sido condenado dos

veces a privación temporal del mismo, por delito previsto en este artículo, en el párrafo primero del 565, o por ambos.

Cuando de los actos sancionados en este artículo o en el siguiente resultare, además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada.

En la aplicación de las penas establecidas en los dos citados artículos procederán los Tribunales según su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el art. 61”.

Desde el párrafo cuarto inclusive es desconocida, hasta ahora, la redacción, o sea, no se contenían los meritados preceptos en la Ley del automóvil.

También el art. 340 bis b), que en buena parte tiene su antecedente en el citado ordenamiento, en su art. 9.º, dice así: “Será castigado con las penas de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas el que origine un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

1.º Alterando la seguridad del tráfico mediante la colocación en la vía de obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutación o daño de la señalización o por cualquier otro medio.

2.º No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.”

De igual modo, el art. 340 bis, c), reproduce, en cierto modo, los arts. 3 y 6 de las citadas leyes especiales de 1950 y 1962. Ordena que: “Será castigado con pena de multa de 5.000 a 50.000 pesetas el que condujere por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso.”

También ha experimentado mudanza el párrafo 6.º del art. 565 y que guarda inmediata relación con estas figuras delictivas. Nos referimos, por tanto, al que dispone: “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. Esta privación se impondrá con carácter definitivo cuando el culpable hubiera sido condenado dos veces a la retirada temporal del permiso, por delito previsto en el párrafo primero de este artículo, en el 340 bis, a), o por ambos.”

De nuevo cuño es el párrafo último de la falta, contenida en el artículo 586, cuando dispone que: “Las infracciones penadas en el párrafo tercero de este artículo, cometidas con vehículo de motor, llevarán aparejada además la privación del permiso de conducción por tiempo de uno a tres meses.”

Se refiere a la forma culposa descrita del modo que sigue: “Los que, por simple imprudencia o por negligencia, sin cometer infracción de los reglamentos, causaren un mal a las personas que, si mediare malicia, constituiría delito, y los que por cualquier clase de impruden-

cia causaren un mal a las personas que, si mediare malicia, constituiría falta."

5.º *Las novedades introducidas en general.*

En resumen, no han sido trasplantados al Código penal ordinario los artículos de la Ley de 1962 siguientes:

A) Los arts. 11 (reincidencia específica), 12 (graduación judicial de la pena), el 13 (anotación de los efectos de las sentencias) y el 14 (anulación y privación del permiso de conducir).

B) Son novedades legislativas, como se ha dicho con anterioridad:

a) La penalidad del párrafo 6.º del art. 565.

b) El párrafo 2.º del art. 586 (Libro de faltas).

c) La intitulación de los delitos denominados de "riesgo general" y, específicamente, "contra la seguridad del tráfico".

d) La modalidad típica adquirida por el art. 2 de la Ley al pasar al texto penal, en su número 28 del art. 340 bis, a).

e) La adopción de la penalidad mayor, según la disposición del art. 68.

f) El carácter definitivo de la privación del permiso de conducción.

g) La no vigencia de las reglas del art. 61, según se dispone en el art. 340 bis, a), párr. último.

h) La entidad típica del número 2 del art. 340 bis, b).

i) La forma en que ha sido redactado el hurto de uso, del art. 516 bis.

j) De igual modo, la configuración del párrafo último del art. 489 bis.

k) La inclusión en el art. 27, como pena común, de la retirada del permiso de conducción.

Aparte de otras que detallaremos en la valoración crítica que en seguida vamos a intentar, siempre con la máxima imparcialidad y dentro de la más rigurosa hermenéutica, y sin necesidad de invocar una densa argumentación técnico-dogmática, puesto que este último tratamiento sobre la reforma esperamos en su día llevarlo a cabo.

6.º *Consideraciones críticas.*

Cabría de antemano y sin que se estime como un juicio *a priori*, con el que ya vamos a proceder en la meditación crítica, sentar la primera de las premisas, que forma, en realidad, una especie de valoración general respecto a la bondad o no de la reforma. Resulta, por demás, violento que se decida por una u otra vía. Pocos panegiristas tendrá la presente reforma; antes al contrario, se han pronunciado varios sectores de opinión en abierta oposición, sobre todo, los profesionales de la toga. La disconformidad surge en cuanto se someta a una medi-

tación reposada, la cual además se apoya, por otra parte, en la eficacia y el desafortunado momento elegido para la reforma; en segundo lugar, en la estimación que se haga de la misma en referencia directa con el estado del saber penal de nuestros días. Sin contar, por supuesto, el momento en que se verificaba la promulgación de la reforma cuando estaba abierto un intenso proceso de institucionalización política del régimen.

Así, pues, no se nos oculta que es difícil hallar un argumento políticocriminal que fundamente la reforma efectuada, si no se acude a postulados secundarios, carentes de juego en cualquier planteamiento de política penal.

A) *De la rúbrica: "De los delitos de riesgo en general. Sección primera: Delitos contra la seguridad del tráfico."*

Ya, por de pronto, la alusión a la objetividad jurídica infringida o, dicho de otro modo, los bienes protegidos, quedan cifrados en la llamada "seguridad del tráfico", puesto que esta rúbrica se inscribe dentro del amplio marco de los "delitos de riesgo en general", y cuya designación comprende, claro está, las provincias punitivas situadas bajo aquel nombre. Con esta expresa adopción que hace del título, el legislador del año 1967 no ha mejorado la nomenclatura de la abolida Ley especial, antes al contrario, ha empeorado lo que pudiera llamarse los "contenidos" de los delitos ahora regulados.

De la confrontación de la Ley especial del año 62, en su art. 1, y de las rúbricas, ahora mencionadas, cabe inferir en favor de la primera los argumentos siguientes:

a) Que no expresa en su totalidad, con los nombres que se adoptan ahora, los valores jurídicamente protegidos. Siendo, por tal motivo, mutilada en este aspecto fundamental.

b) La Ley especial, por vez primera en la historia legislativa penal, no tuvo inconveniente en señalar los valores protegidos, los cuales fueron, de acuerdo con el art. 1.º, los siguientes: a') La seguridad del tráfico; b') Las personas y sus bienes; c') Puntúa el lugar de comisión del delito; d') Igualmente, los medios; y e') Los procedimientos y las diversas vertientes.

c) Es más, la susodicha Ley, llevada de un espíritu en consonancia con el ámbito legislativo comparado, colocó el art. 1 bajo el epígrafe de la "finalidad de la Ley", cosa de superlativa importancia, porque destacó de una forma paladina la dimensión políticocriminal y la razón teleológica de la misma.

d) De frente a la "concreción" (9) de la Ley especial, no cabe

(9) V. K. Larenz. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción española de Gimberant, Barcelona, 1966, pág. 335 y siguientes; sobre todo, K. Engisch. *Die idee der Konkretisierung in Recht und. Rechtswissenschaft unserer Zeits.* Heidelberg, 1953, pág. 4 y siguientes.

duda que la comparación se inclina en favor de ella, puesto que la intitulación de la reforma reciente se coloca dentro de un estilo ambiguo e inconcreto (10), caracterizante de la crisis del Derecho.

e) En buena parte, este juicio acaba de ser confirmado por Quintano Ripollés (11), que literalmente sostiene: "Tal concepto, sin embargo, por su propia vaguedad, pierde vigor dogmático, razón por la cual creo conveniente restringir el elemento de peligro o riesgo a los supuestos en que es requisible por el tipo, o bien por inequívoca lógica interna; quedando fuera los casos en que meramente figuró en los propósitos del legislador y, desde luego, los de resultados materiales propios de lo culposo, sea tal resultado elemento constitutivo del injusto o mera condición de punibilidad."

Tampoco debe olvidarse la certera, aunque sea polemizable, interpretación dada a la doctrina del "riesgo permitido" por Welzel y que enlaza con la crítica tan sagaz que hiciera del concepto de la acción causal y, sobre todo, del controvertido problema de la antijuricidad en los delitos culposos. En este sentido, venía a decirnos Welzel que aquella doctrina tenía una aplicación en la valoración penal —concretamente, en los delitos culposos— para remontar la insuficiencia del dogma de la causación, puesto que facilita la exculpación de un determinado comportamiento en cuanto se observe el cuidado debido (12).

Además, con la puesta en juego del llamado "riesgo permitido" se favorece, en opinión del autor citado, el pase de la doctrina tradicional del desvalor del resultado al desvalor de la acción, que constituye uno de los puntos claves de la dialéctica del finalismo (13).

f) Que por exigencias del propio fenómeno físico que se regula entran en liza los delitos de peligro es incuestionable, hasta el extremo que la Ley de 1950 se articuló incluso con el pensamiento de un simple peligro abstracto (14).

(10) V. G. Delitala, *La crisis del Derecho en la Sociedad contemporánea* (traducción española por Manuel Cobo), Revista de la Facultad de Derecho de Madrid, 1960.

(11) V. Antonio Quintano Ripollés, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal* —Tomo IV— *Infracciones contra la comunidad social*, Madrid, 1967, páginas 531-532.

(12) La construcción de la culpa en Welzel que perfila en su sistema y que detalla en su Tratado se completa en forma sumamente interesante en su conferencia: *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte* Karlsruhe, 1961; trad. al francés *L'imprudence et les délits de la circulation*, en Rev. intern. de D. penal, 1961, páginas 987-1.013.

Idem. *El nuevo sistema del Derecho penal*. Trad. esp. y notas de J. Cerezo —Barcelona— 1964, pág. 68-70.

Tendremos ocasión de ocuparnos con cierto detenimiento en la segunda parte de este trabajo, dedicado a la contemplación técnico-dogmática y politicocriminal de esta concreta reforma.

(13) V. H. Welzel, *Obra cit. Supra, Nuevo sistema*, etc., etc., pág. 13 y siguientes.

Igualmente E. Wolf. *El problema del Derecho natural* —Trad. esp. M. Entenza— Barcelona, 1960, pág. 114 y siguientes.

(14) V. Juan del Rosal. *La nueva Ley española sobre uso y circulación de*

Ahora bien, que, por contraposición a ésta, la Ley del año 1962 se confecciona con la mirada puesta en los delitos de peligro "concreto", y hasta cabe pensar, recortada en una culpabilidad de dolo eventual, con lo cual media una buena distancia entrambas. Basta recordar a este respecto el art. 2 de las Leyes respectivamente mencionadas (15).

g) La singularidad técnico-dogmática y politicocriminal hizo que el legislador del año 62 no tuviera que expresar las rúbricas que ahora se emplean que, en el fondo, proceden de la dogmática del Derecho privado.

h) De igual modo es razonable, hasta cierto punto, la postulación que se hace por Quintano Ripollés, en que indica: "Todavía se imponen nuevas restricciones, en cuanto que los genuinos delitos de riesgo son los que contienen en dimensiones de generalidad, que es la razón por la cual los delitos de tráfico se exponen en este tomo del *Tratado*, donde figuran otros de parecido cariz, como los de estragos e incendios en que vale igual consideración. Y en los que la especialidad suele desaparecer, en efecto, tan pronto como el hecho se configura en una dirección concreta de atentado personal; de este modo no habría delito contra la seguridad del tráfico por la puesta de obs-

vehículos de motor, en Scritti giuridici in onore di V. Manzini, Pádova, 1954, páginas 161-179.

(15) V. Juan del Rosal. *Conferencia cit. supra*, I. cit. Respecto al problema del peligro concreto y abstracto, no participamos de la opinión recogida en excelente estudio, por Rodríguez Mourullo, de Bettiol, en punto a que no existe diferencia alguna (V. *Omisión de socorro en el Derecho penal*. Madrid, 1966, página 164 y siguientes), puesto que es incuestionable que existen ciertos elementos típicos, de índole descriptiva, en que acentúa con mayor probabilidad la producción o no del evento. Recuérdense sobre estos extremos, entre otros, los trabajos de Conde-Pumpido, en el volumen del Curso de Derecho de Circulación cit. supra y el de Quintano Ripollés, en la *Enciclopedia Jurídica Seix*, T. VI, pág. 477 y siguientes.

Nos parece un vaticinio demasiado optimista, la afirmación de que poco menos que ha venido a simplificar la reforma actual la separación que había producido la Ley de 1962 entre la culpa, del art. 565 y la postulada en el artículo 2.º de esta Ley, pues se estima ahora que "la característica fundamental de la reforma radica en el retorno a lo que la Ley de 1962 calificaba en su preámbulo de "controvertida fórmula del art. 565 del Código penal". Esto es, acéptase de nuevo en el tráfico la figura de la imprudencia punible, en la que el castigo del acto irregular aparece anudado a la causación de un resultado lesivo, y abandonase la escisión que la Ley de 1962 estableció para las acciones culposas (Cfr. C. Conde Pumpido, en *Revista de Derecho de la circulación*, número 3, 1967, pág. 229).

Decíamos que era un juicio *demasiado* benévolo que la reforma hiciera una aportación valiosa al siempre "controvertido" problema de las fórmulas del art. 565 (culpa). puesto que pensamos por el contrario, que ha agudizado la cuestión, puesto que la Ley del año 1962 al menos se liberó de las imperfecciones que apareja el art. 565, en tanto que ahora da estado legislativo a las mutiladas e insatisfechas formas de culpa, sobre todo, si se recuerda la reforma operada en el núm. 3 del art. 586.

Actualmente la cuestión cobra unos tonos de confusión inusitados, desde punto y hora que se ha incrustado en forma de culpa a modo de delito culposos,

táculos, si el fin inmediato era un atraco, delito, claro está, de resultado material concretísimo" (16).

ð) El razonamiento anterior desvela la propia naturaleza del delito de riesgo. Por esto, huelga —y en esto no se ha pensado— que se aluda al riesgo, cuando la finalidad del comportamiento y las causas desencadenantes del resultado están polarizadas hacia la comisión de un delito distinto.

Igualmente, no es acertada la postulación respecto a la *caracterización* de los delitos de riesgo, como hace el autor citado, al prevenirnos de que no hay resultado material, sino sólo jurídico, ya que la valoración penal aquí se hace, desde plano axiológico distinto, más que en atención al resultado a la postura o actitud psíquica que comportan tamaños delitos.

j) De suyo es incorrecto sacar a relucir el párrafo 5.º del art. 340 bis, a), para mantener la tesis de que el resultado producido *consume* el riesgo, puesto que estaríamos a presencia *siempre*, en estos tipos formales, de un problema de conflicto aparente de tipos, en que el mayor embebe al menor, siguiendo la técnica operatoria de la teoría de la interpretación.

A nuestro entender, tampoco el legislador del año 1967 ha seguido este criterio en el párrafo anterior citado, pues lo que resuelve este precepto, siguiendo la inspiración del artículo 68, es el concurso. La prueba más elocuente la tenemos en la propia redacción gramatical, en que nítidamente se tiene en cuenta, de una parte, el riesgo; de otro lado, la lesión o el daño. Literalmente dispone: "resultare *además del riesgo prevenido, lesión o daño*, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción *más gravemente penada*".

k) Ni el precepto, ni su sentido objetivo, dan a entender nada que guarde relación con la tesis (17) antes citada, puesto que incluso señala que para nada se menciona la "entidad" del resultado; basta con que se produzca, con lo que conserva su acento valorativo el riesgo y, por si fuera poco, el evento constituya un *plus* del riesgo.

l) Carece, pues, de consistencia cualquier argumento que pretenda disipar la particularidad valorativa del riesgo en su resultado; como aquella otra alegación que mantuviere en términos simplistas que en los delitos de riesgo no existe resultado material, cuando la dogmática moderna sitúa, como su propio campo de operaciones, la culpa (18).

en el núm. 2.º del art. 340 bis a) y se ha remodelado, para colmo de males, el núm. 3 del art. 586, amén del párrafo añadido al final del mismo.

Todavía cabe preguntar, ¿qué es el núm. 2 del art. 340 bis a)? ¿Qué función metódica cumple en su relación con los arts. 565 y núm. 3 del art. 586? Quintano silencia, por completo, los problemas que apareja (*Obra cit. supra*, páginas 533-534).

Sobre este extremo, véase la aguda monografía de nuestro ex-discípulo, Juan Bustos, *Culpa y Finalidad*, Chile, 1967, pág. 34 y siguientes.

(16) Cfr. A. Quintano Ripollés. *Obra cit. supra*, l. cit.

(17) V. K. Engisch *Obra cit. supra*, página 172 y siguientes. También W. Sauer *Juristische Methodenlehre*, Stuttgart, 1940, pág. 190 y siguientes.

(18) V. D. Kienapfel. *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*, Frankfurt a. M.

ll) La realidad es que el vocablo riesgo, de procedencia civil, aunque ya se tocara con la agudeza habitual por Binding (19) y después haya sido moneda corriente, sobre todo, por la influencia de la escuela finalista (20) con su tesis sobre la acción adecuada socialmente y la idea de la culpa, no ha ganado el favor de los penalistas, hasta el punto de que ha sido repudiado por su ambigüedad y las inseguridades que depara, sobre todo, en un Derecho, como el nuestro, en que tan acentuadamente resalta la seguridad jurídica.

Más todavía, si se eleva el término al rango categorial de *nomen iuris*, como sucede con la reforma habida recientemente. Hubiera sido preferible que el título fuere cubierto con el adoptado para la Sección primera: "De los delitos contra la seguridad del tráfico".

B) *Conducción de un vehículo bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes.*

Sin necesidad de explanar un análisis técnico-dogmático que rebordaría los límites de estas reflexiones, en principio montadas en las estrictas modificaciones habidas por la Ley de 8 de abril de 1967, se debe indicar aquí que el examen comparativo de este precepto con los otros dos antecedentes (leyes de 1950 y 1962) depara el resultado siguiente:

a) Que el art. 1.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 era más descriptivo e incluso utilizó vocablos de difícil interpretación, cual es, pongo por caso, "que le coloquen en un estado de incapacidad para realizarlo con seguridad".

La técnica usada cabría motejarla de superada, puesto que la preocupación de velar por la seguridad desembocaba en una situación de mayor incertidumbre.

b) Por el contrario, la Ley de 24 de diciembre de 1962 simplificó la redacción y le dio mayor agilidad al tipo, puesto que, en el fondo, no es desafortunado pensar que se trata de una circunstancia agravante específica en vez de una provincia punitiva, con plena soberanía.

Pero esta Ley, velando, una vez más, por la persona, y para que realizara del mejor modo posible el ideal de toda exégesis penal, "no hay pena sin culpabilidad", introdujo una palabra, dotada de signifi-

1966, pág. 13, con abundante literatura alemana al respecto. Recuérdese la reflexión de Welzel a propósito de la aceptación de la teoría del riesgo permitido, en punto a la contracción de la culpa. Siempre debe verse la monografía de Bustos, *cit. supra*; hasta ahora la estimo como la más excelente sobre el tema, al menos en lengua española. De interés al respecto P. Bockelmann. *Das Strafrechtliche Risiko des Verkehrsteilnehmers*, en NJW, 1960, H. 29, pág. 1.277; F. Bricola, *Aspetti problematici del c. d. rischio consentito nei reati colposi*, en Bol. dell'Ist. Di dir e Proc. penale, 1960-61, págs. 89-127.

(19) V. K. Binding *Compendio di Diritto penale* (Parte generale), Roma, 1927, pág. 227, y, sobre todo, *Die Normen und ihre Uebertretung*, cit. página 309 y siguientes.

(20) De indiscutible importancia, el estudio de H. Welzel *Fahrlässigkeit und Verkehrdelikte*, Karlsruhe, 1961, pág. 14 y siguientes.

cativo relieve, en el área de la interpretación, es decir, un vocablo necesitado de complementación, y se ordenaba textualmente: “bajo la influencia *manifiesta*”, la cual ha sido eliminada por la reforma de 8 de abril; nos referimos, claro está, al término *manifiesta*, de acentuado sabor empírico y a la vez técnico, y comprobable con la simple percepción de los sentidos.

Ahora, por el contrario, basta y sobra con la simple “influencia”, sin más, con lo que se agrava y a la par se engrandece la responsabilidad, por si no fuere bastante que la pena ha experimentado un aumento, en esta especie agravada, ya que antes la privación del permiso de conducir era de uno a tres años; en tanto que actualmente va de tres meses y un día a cinco años, y también ha subido el límite máximo de la multa hasta 50.000 pesetas en vez de 25.000 pesetas.

Interesa consignar el montante de las penas, en atención a que era uno de los argumentos manejados contra la Ley abolida era su excesivo sentido defensionista, traducida en una dosimetría penal excesiva.

La nueva redacción deja en un mayor desamparo al enjuiciado, ya que no dispone de un medio probatorio, de indiscutible valor, y además se produce una especie de “relajamiento”, según la moderna terminología de la interpretación de la figura delictiva. Esta argumentación ha sido recogida por Quintano Ripollés, al decirnos: “Es censurable que en el nuevo precepto se haya prescindido del vocablo “*manifiesta*” que figuraba en la Ley de 1962. No obstante, y a pesar de que se ha acentuado la tendencia a la objetivación, el delito no se ha convertido por ello de delito de riesgo concreto en de riesgo abstracto” (21).

Al contrario, cabe pensar que se ha *subjetivizado*. Se da por sentado, pues, exista o no peligro, que es suficiente con que se conduzca en tal estado. En tanto que con la redacción de la Ley de 1962 se tenía que *verificar* la comprobación, esto es, una valoración de un vocablo empíricamente rellenable, de si era o no *manifiesta* la influencia, con lo que dicho se está que se tenían que soldar el plano de la relación causal con la psíquica entre autor y conducta, pertenecientes, respectivamente, a los estamentos de la acción y de la culpabilidad.

C) *Conducción temeraria manifiesta.*

Sigue el número 2.º, en que figura como entidad punitiva lo que era el art. 2 de la Ley de 1962, sin advertir que ahora no guarda sentido ni formal ni tampoco técnico dogmático, la colación de este número 2 del art. 340 bis, a), que ordena: “*El que, conducir un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes*”, se le aplicará la pena señalada en el párrafo 1.º, consistente en “*multa de 5.000 a 50.000 pesetas y privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años*”.

(21) V. A. Quintano Ripollés, *obra cit. supra*, pág. 535.

La incomodidad sistemática que revela junto con lo que representó en la Ley especial derogada, nos da a entender que quizá no ha sido comprendido como debiera, su antecedente legislativo (el art. 2.º), a no ser que pese a ello se pretenda sacar partido de este precepto, cuya *ratio incriminativa* y finalidad eran diametralmente distinta a la que ahora se persiguen. Veámoslo, siquiera sea levemente.

A) Este núm. 2 no reproduce, con fidelidad, la redacción gramatical del art. 2 de la Ley de 1962. En aquél se matizaban ciertos detalles, que le hacían más completo.

a) Se decía, con anterioridad, “y *pusiere* en concreto e *inminente* peligro la seguridad de la circulación y la vida de las personas, su integridad o sus bienes”.

Por tanto, la categoría del peligro se concretaba más, si cabe la expresión, puesto que tenía que ser, claro está, “concreto e inminente”.

De otro lado, también figuraba el bien jurídico que por antonomasia protege esta disposición; nos referimos a “la seguridad de la circulación”, el cual figuraba en conjunción con el peligro a la vida, su integridad o sus bienes.

b) De esta suerte se perfilaba la metódica funcional del art. 2 de la Ley especial que venía a ser *fundamental*, puesto que era, algo así, como la falsilla de la que colgaban las restantes tipologías de circulación.

c) Concebida de esta forma y siendo, como era, pieza esencial en la construcción técnico-dogmática e insustituible en punto a los cumplimientos políticocriminales de aquella Ley, se comprende que ahora, no sólo dificulte el entendimiento de la mecánica del Código, sino que además carece de razón y sentido que haya “caído” aquí en el núm. 2.º del art. 340 bis, a).

B) La creación de un delito de conducción temeraria en la Ley del año 1962 comportaba las razones siguientes:

a) Era el quicio y basamento de la Ley, puesto que delataba el principio de culpabilidad en que se ubicaba aquélla.

b) Se separó de las formas de culpabilidad expresadas con más desacierto que acierto en el texto penal común, en el párrafo 1.º del art. 1.º y en los arts. 565 y núm. 3 del 586. A pesar de que algún que otro intérprete, más miope que avisado, no supo ver el caletre del citado precepto.

c) Sentada, además, una forma, casi cabría aventurarse a decir, intermedia, entre la culpa y el dolo (22), bien conocida teóricamente y de difícil acceso en la *praxis*, es decir, el dolo eventual, a la intemperie en el Código y que en el art. 2.º halló cómodo cobijo.

Se quiso hacer *también* del precepto en cuestión una especie de bastión imbatible del principio de culpabilidad. Aunque se quiso igno-

(22) La necesidad de una forma intermedia se echaba ya de menos, como expone Welzel, por Engisch, en su obra, *Untersuchungen über Vorstaz und Fahelässigkeit im Strafrecht*, Aalen, 1964, pág. 239 y siguientes.

rar esta formulación. Ni tampoco se captó de que los restantes párrafos, en los que se diseñaron una serie de formas delictivas, *nunca* eran expresiones cualificadas por el resultado, porque como demostramos en otra ocasión (23), nacían ya, de antemano, *prendidos* a este precepto, sin que tuviera relieve la composición lingüística de la proposición jurídica del párrafo 2.º cuando se ordenaba: “*si del anterior comportamiento resultare la muerte*”, etc., etc.

Así, pues, las *resultas* estaban alojadas dentro del campo mental de un comportamiento, configurado en el párrafo 1.º del art. 2, transcrito anteriormente.

e) Pese a la claridad del estilo y de los materiales empleados en la construcción de las proposiciones jurídicas, contenidas en el art. 2, sobre todo la del párrafo 1.º, sin embargo, ello no evitó que con cierta reserva se acometiera una tarea crítica, de poca altura, del citado precepto, sin darse cuenta que la diferencia con el art. 565 era astronómica, aun cuando en apariencia pudiera no serlo.

f) La interpretación que acaba de darse del art. 2 que reproduce, en cierto modo, la más corriente no da en el blanco, a nuestro modesto entender, puesto que se confunde lamentablemente y no se discrimina, como se debiera, en una explanación vigorosa, y contraída a los instrumentos de la técnica y dogmática comunes y especiales en referencia con el Derecho penal del automóvil.

“Se celebró el precepto como de trascendental novedad vista la pureza de la caracterización del peligro, pero lo cierto es que un tipo equivalente figuró en el art. 2.º de la Ley del Automóvil, referido a la conducción con *velocidad excesiva o de otro modo peligroso para el público*” (24).

g) La copia de una parte del art. 2 de la Ley de 9 de mayo de 1950 no “reproduce” la *voluntas legis*, ni la finalidad policríminológica perseguida por este artículo, el cual literalmente decía: “*El que condujere un vehículo de motor con velocidad excesiva o de otro modo, peligroso para el público dada la intensidad del tráfico, condiciones de la vía pública u otras circunstancias que aumenten el riesgo, será castigado con la pena de arresto mayor o a multa de 5.000 a 100.000 pesetas.*”

Los argumentos expresados por el autor citado se apoyan, según se expone, en la insoslayable necesidad práctica, postulando por que tanto el art. 2 de la Ley de 1950 cuanto el mismo de la Ley de 1962 no tuvieron virtualidad en la *praxis*, en atención a que no se había producido evento material alguno. Con ello desconoce lamentablemente la *ratio* del art. 2 de la Ley de 1962, cuyo precepto difiere radicalmente de su homónimo de la Ley de 1950. Por de pronto, el primero tiene su justificación de existencia:

a”) En la declaración programática o de principios de la *espe-*

(23) V. Juan del Rosal. *Conferencia cit. supra*, I. cit.

(24) V. A. Quintano Ripollés. *Obra cit. supra*, pág. 533.

cialidad de la Ley, dándonos a entender la forma singular de culpabilidad.

b") Representa, además, una expresión genuina del Derecho de circulación, articulado sobre normas de carácter preventivo, pues en esta parcela, más que en ninguna otra y debido al fenómeno que protege, se impone *penalmente* la idea preventiva sobre la represiva; más todavía, en las estructuras de estas clases de leyes prevalece, sobre todo, por las finalidades perseguidas, la idea de la prevención sobre la represión. Baste sobre el particular citar el Convenio de Ginebra del año 1949, especialmente su art. 7.

c") Que no juega el problema del concurso cuando acontece un resultado material y que resulte, por tanto, inaplicable no quiere decir nada sobre la necesidad o no de este precepto, pues por imperio de la teoría del concurso resulta natural que no entre en juego.

Pero es que, además, el art. 2 no era un precepto "aislado", en que se hiciera una simple proclamación de las ideas directrices de la citada Ley; ni tampoco que sólo diera cuerpo a un delito de peligro concreto; ni, finalmente, se redactara con el propósito de conminar con un peligro que después no fuera aplicado por falta de evento y que la jurisprudencia se viese obligada a soslayarlo, conforme indica, con sus respectivos fallos, el recordado profesor y magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Quintano Ripollés, sino que en el art. 2 se concretaba la culpabilidad y se diseñaba tanto la "situación del acto" cuanto la "situación del autor" de las respectivas culpabilidades, en forma de dolo eventual, cabría decir, de los resultados producidos y que se concretaban en los párrafos segundo, tercero y cuarto del mismo precepto.

d") De otro lado, ¿cómo es posible sostener la tesis de que por no entrar en liza un resultado los tribunales prescindieran de su aplicación?

Cabría preguntar, ¿cuáles son las razones politicocriminales que agravan en los supuestos en que concurra alguna de las especies de reincidencia, reiteración habitualidad o profesionalidad en las que no se produce un evento y, sin embargo, el legislador las castiga más gravemente? Además, ¿tampoco tenemos evento alguno en la tentativa y en la frustración y se monta una pena, ponderada en atención al peligro?

e") A mayor abundamiento, por sí no fuese suficiente, y sin necesidad de recurrir, como hace el autor citado, al ambiguo y mágico argumento de la "insobornable naturaleza de las cosas" que a la vez siempre está reñido con la practicidad o no del concepto (25), sería

(25) V. A. Beristain. *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, Separata Rev. gra. de legis, y Jur. Madrid, 1963, pág. 4 y siguientes. Respecto a la "naturaleza de las cosas", entre otras, la fina aportación de G. Radbruds, *Die Natur der Sache als Juristische Denkform*. Darmstadt, 1948, sobre todo la pág. 35 y siguientes.

(26) V. E. Frey. *Reobjektivierung des Strafrechts im Zeitalter der Technik*, Zürich, 1961, pág. 6 y siguientes.

más fácil comprender que con el art. 2 de la Ley especial de 1962 se inclinaba ésta por la corriente finalista en vez del objetivismo (26), por lo general imperante en el círculo del Derecho penal del automóvil.

f") Que se razone de esta guisa: "Que ello fuera corruptela y aun sabotaje de las leyes especiales, como indignamente se ha dicho por sus inspiradores, es seguramente excesivo, y el fenómeno me parece obedecer a imperativos de inadecuación social y de no exigibilidad, por ser un hecho cierto que los comportamientos imprudentes no acompañados de mal carecen de relevancia suficiente para ser valorados en el común sentir como criminales. Sin razón lógica, quizá, para ello, pero sí son muchas y muy poderosas de índole práctica, que, al fin y al cabo, son las que se imponen por la insobornable naturaleza de las cosas."

g") Las expresas alusiones a términos tan polemizables y grandilocuentes, y a veces tan vacíos, como "adecuación social", "exigibilidad" y "naturaleza de las cosas", que en ocasiones han servido para subvertir realidades penales incuestionables, carecen de aplicación en unos casos en que se trata de un problema de política legislativa y de realización práctica del Derecho, puesto que ¿cómo es posible negar la realidad empírica y las exigencias contenidas en el art. 2 de la Ley especial, hoy abolida, una vez que se leyere los restantes párrafos de este precepto, por si no bastare por sí sólo? ¿Cómo va a ponerse en tela de juicio, una vez que se conozcan los principios informativos del Derecho penal de la circulación, que de suyo existen innumerables situaciones vitales, al modo como se describe en el tipo, aunque por un problema de prueba y de falta de vigilancia o de consideraciones nacidas del propio hecho de la velocidad en que acontece el suceso llegue a estrados de justicia un número reducido de casos? Y, por último, ¿cómo es posible que se entremezclen en una dialéctica jurídica ataques a sus "inspiradores" que sólo pusiera su oficio vocacional en aras de un perfeccionamiento del instrumento represivo de *hacer* justicia con objetividades de los preceptos legales que deben interpretarse con marcada imparcialidad y por fuera de cualquier argumento *ad hominis*?

En consecuencia, tenemos a la vista una disposición, la del tantas veces citado número 2.º del art. 340 bis, a), que ahora desempeña una función antinómica y representa una de las mayores contradicciones en punto a los principios informativos del Código, por si no bastaren los quebraderos de cabeza que traerá a la reflexión del intérprete, puesto que de buenas a primeras se ha situado, como un cuerpo heteróclito, dentro del libro 11.º del texto penal, cuando su formación teleologicovalorativa está, por completo, al margen de las representaciones delictivas de la doctrina especial de este libro del Código, y cuya órbita adecuada era la ofrecida por una Ley especial.

D) *De la penalidad de estas figuras penales.*

Las sanciones establecidas en la Ley especial eran, por supuesto, más benignas y, desde luego, se soslayó *siempre*, con argumentos suministrados por la moderna política criminal, que *nunca* se puede condenar a la interdicción permanente de una profesión, y además que esta penalidad, especie de secuela de siglos pretéritos, está reñida con el ambiente de humanización que rige, después de transpuesta la última conflagración universal, y una vez finiquitados los regímenes totalitarios, sobre todo, el nazi.

Sin embargo, en defensa de una sociedad tecnificada, se arbitró un procedimiento sancionatorio que podía, por causa de la edad, llegar a idéntico resultado, pero dependiente *siempre* del resultado de nuevo examen y que consta en el art. 14 de la Ley especial.

Ahora “*la pena de privación del permiso de conducción se impendrá con carácter definitivo cuando el culpable, hubiere sido condenado dos veces a privación temporal del mismo, por delito previsto en este artículo, en el párrafo primero del 565, o por ambos*”.

La configuración de una sanción tan grave está afectada:

a) De una concepción de los destinatarios de estas normas criticable en extremo de operar, pues, con personas de igual categoría, desde el punto de vista penal, que las del Código penal común, cuando, como se sabe, a quienes van dirigidas las normas del Derecho penal de la Circulación son sujetos investidos de determinadas condiciones. En razón a ello, algunos países, valga Bélgica, tiene establecimiento y tratamiento penitenciarios aparte (27). Defecto que lastra en grado sumo la entera visión de los llamados destinatarios de los delitos de circulación.

b) También es criticable que se resucite o prevalezca una idea más gubernativa que penal de la privación del permiso, máxime cuando supone discriminar, con mirada peyorativa, al profesional del volante, cuando existen otras profesiones de tan peligroso cumplimiento y no están amenazadas por esta espada de Damocles.

c) Además, si, tanto criminológica cuanto técnicamente, es discutible la idiosincrasia del delincuente habitual (28), excusado es decir que hacer uso, sin más, de una penalidad de tal índole que se convierte en algo así como la “muerte civil” del que sea profesional, está expuesta a consideraciones críticas no exentas de razón.

d) Por último, aunque el legislador puede, en atención a contemplaciones politicocriminales, dar al traste con las diferencias conceptuales, tampoco es acertado, al menos que, a efectos de la sanción establecida, entre en paridad conceptual el art. 565 con el número 2 de este artículo.

(27) V. J. Belezá dos Santos. *A frequência especial — Os delinquentes habituais e os multi-ocasionais*, Lisboa, 1959.

(28) V. Juan del Rosal. *La significazione. cit.*, I. cit.

E) *Del concurso delictivo.*

El legislador del año 1967 no ha querido dejar, pecando *per abundantia*, la resolución del concurso a las reglas generales que deparan los arts. 69 al 71 inclusive del cuerpo punitivo vigente, y entonces articula un párrafo 5.º de este art. 340 bis, a), en que dispone: “*Cuando de los actos sancionados en este artículo o en el siguiente resultare, además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada.*”

a) Como ya expusimos antes, a nuestro juicio, se trata de una aplicación del principio de consunción (*Lex consumens derogat legi consumptae*) (29), contenido en el art. 68, que, como se sabe, trajo de la mano la reforma del año 1944, aun cuando para Quintano Ripollés es un supuesto en que se disuelve el delito de riesgo por la presencia de un resultado material. Opinión carente de base en la propia redacción del precepto reproducido.

b) No hay para qué decir que la disposición citada carece de antecedente legislativo: es, en una palabra, de nuevo cuño. Tampoco el art. 13 de la Ley de 1950 cabe conceptuarlo como precedente.

Téngase en cuenta que la base para *consumir*, en este supuesto concreto, radica, según la lectura del precepto, en que sea de *resultas* de los actos se fuere más allá, cabe pensar, del “riesgo prevenido”, con lo que se ve a las claras que la premisa que se embebe en la lesión o en el daño es el “riesgo”, con lo que carece de consistencia la interpretación de Quintano Ripollés.

F) *Medición de la pena.*

La derogada Ley de 24 de diciembre de 1962 compuso una medición de la pena, de subido relieve en orden al extremo que representa el “coronamiento” del sistema penal. Para esto tuvo en cuenta la legislación comparada y se redactó el art. 12, en cuyo párrafo primero se describieron los objetos de referencia para llevar a cabo esta tarea de la graduación de los tribunales de justicia. En tanto que el párrafo 2.º no figuraba en el anteproyecto remitido a las Cortes y se refiere al tema de la “absorción” de los resultados delictivos, de suyo se presta a cierta crítica.

La reforma efectuada recientemente, con el conocido desplazamiento al Código, ha dejado al descubierto el problema de la graduación de la pena, y siguiendo una técnica superada en la *praxis* y en la teoría, adopta un punto de vista inadecuado, puesto que no sólo se aparta de las reglas del art. 61 del Código, que, aunque defectuosas, hay alguna digna de alto encomio, sobre todo, la cuarta, introdu-

(29) V. F. Grisogni. *Diritto penale italiano*. Milano, 1947, pág. 143 y siguientes.

cida por la reforma del año 1944 (30), sino que sin tener presente la evolución de la cuestión de la discrecionalidad judicial y las exigencias de un Estado de Derecho, vuelve al viejo criterio de encerrar en el llamado "prudente arbitrio" de los Tribunales la facultad de medir el *quantum* de la pena, con una visión administrativa más que penal, pues, dada la complejidad de las actuales normas y la inserción en las mismas de elementos de diversa naturaleza, referidos al "hecho" o al "autor", el precepto *debe* indicar los extremos de referencia valorativa, como hace paradigmáticamente la citada regla 4.^a del art. 61 y, además, como hemos sostenido en otras ocasiones, siempre debe darse el recurso de casación, pues la potestad discrecional, en un Estado de Derecho, requiere que sea *razonado* el uso de ella y además recurrible ante el Tribunal superior. A esto se debe que el art. 12 de la Ley especial dijera al término del párrafo primero. "podrá imponer las penas en el grado que estime conveniente, *motivándolo en la sentencia*" (31).

G) *De la alteración grave de la circulación.*

En el art. 340 bis, b), se contemplan dos figuras penales, que tiene de común el coeficiente de que únicamente entran en juego cuando de resultas de los comportamientos descritos se produjere un "grave riesgo para la circulación". Parece, pues, según se ordena en el párrafo primero, que su procedencia del orbe del Código de la circulación es bien claro: a) Su índole preventiva; b) La alusión al riesgo; y c) Las acciones punibles que integran ambos tipos penales.

Todavía su ascendencia, de marcado sabor gubernativo, salta a la vista si se compara con el precedente art. 9 de la Ley de 1962, en cuyo precepto se tipifica un ente parecido al del número 1.^o, pero con unas matizaciones de medios y fines (32) de mejor corte legislativo. Incluso no se apelaba ni tan siquiera al modo analógico, cosa que ahora se hace al término de la enumeración de los medios de perturbación. La penalidad es idéntica.

Desconocida para la Ley especial citada es el segundo de los comportamientos penales, cuajado de ambigüedad, y que se presta a interpretaciones que pugnan con la hermenéutica penal. ¿Qué clase de obligación? ¿Qué rango ha de tener? ¿Cuándo realmente se da una situación de tal índole? La fórmula del número 2.^o es por demás equívoca,

(30) V. J. del Rosal. *Est. cit. supra.*, I. cit.

De singular importancia a efectos del "riesgo" y su relieve penal, Bricola (F) *Aspetti problematici del c. d. rischio consentito nei reati colposi*, en Bol. Univ. Pavia, 1960-61, págs. 89-120.

(31) De la importancia del tema dará fe el próximo Congreso internacional de Derecho penal, que se celebrará en Roma (año 1969) y entre cuyo temario figura el relativo a "la función que desempeña en la aplicación y determinación de las penas" y sobre cuyo epígrafe aportamos un estudio en referencia con el Derecho penal español.

(32) V. A. Quintano Ripollés *Obra cit. Supra*, pág. 539.

tanto en el hacer positivo cuanto omisivo. Y, además, para colmo de males, se moldea sobre un tipo objetivo de la acción al saz controvertible, pues sabido es que constituye una expresión ejecutiva de realización del delito bastante problemática en la teoría y mucho más en la práctica. ¿Se trata, en verdad, de un delito de simple omisión? ¿Cuándo se “restablece la seguridad de la vía”? ¿Cuáles son los títulos por virtud de los cuales se tiene obligación de actuar en unos supuestos tan necesitados de interpretación como estos?

Por otra parte, pese a la configuración del riesgo, se manobra con un evento tan aleatorio empíricamente cual supone la alteración del tráfico de un modo grave.

El texto legal, finalmente, es como sigue: “Será castigado con las penas de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas el que origine un grave riesgo para la circulación de alguna de, las formas siguientes:

1.^a *Alterando la seguridad del tráfico mediante la colocación en la vía de obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutación o daño de la señalización o por cualquier otro medio.*

2.^a *No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.”*

H) *De la conducción sin permiso.*

El art. 340 bis, c), ordena que: “Será castigado con pena de multa de 5.000 a 50.000 pesetas el que condujere por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso.”

La variante con el art. 6 de la Ley de 1962 radica nada más que en ésta no se mencionaba “por vía pública” y en que la multa era inferior. Iba de 5.000 a 15.000 pesetas. En cambio, distinta redacción presentaba el art. 3.º de la Ley de 1950, puesto que disponía: “El que condujere un vehículo de motor sin estar legalmente habilitado para ello será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 5.000 a 20.000 pesetas.”

Como acertadamente dijera Quintano Ripollés (33), estamos ante un delito de mera actividad y desobediencia, si bien discrepamos de este autor en punto a que esté radiado el peligro, puesto que no cabe duda que la elevación al rango de injusto penal de este administrativo está dictado por consideraciones en las que se resalta el peligro, siquiera sea abstracto, que representa la carencia de una habilitación técnica para conducir. De no ser así, no tendría sentido politicocriminal su punición. En una sociedad en que la circulación es pequeña, la necesidad de penalizar los comportamientos contra la seguridad del tráfico carece de fundamento politicocriminal; en tanto que en aquellas comunidades en las cuales el parque móvil es voluminoso la exigencia del castigo de aquellas acciones es una exigencia de la misma realidad.

(33) V. A. Quintano Ripollés, *Obra. cit., supra*, pág. 484 y sigs.

En cierto modo, la caracterización penal de esta figura punitiva está dictada por imperativos de orden preventivo y, de otro lado, porque se revaloriza la pericia mediante un contraste por parte del Estado que acepta, de antemano, el riesgo permitido siempre y cuando se goce de la debida autorización, por aquella doctrina de Liszt de versar sobre un medio justificado en atención al fin defendido por el Estado, como sucede con las profesiones médica, futbolista, boxeo, etc., etc., y que se recoge en el número 11 del art. 8 del Código penal vigente (34).

I) *De la falsificación de las placas de matrículas legítimas.*

La modificación introducida por la tan citada Ley de 8 de abril de 1967 transcribió en esta línea el art. 8, si bien con determinadas variantes, ya que éste disponía que: "*El que condujere un vehículo de motor con placa de matrícula falsa o distinta de la debida, o alterada o hecha ilegible o el que no llevara ninguna, si fuere con propósitos delictivos, será castigado con arresto mayor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas.*"

Para resaltar la especialidad de este precepto en referencia con la familia de las falsedades tenemos que indicar que: a) La formación del concepto penal aquí se efectúa en derredor de un elemento psíquico, de singular destaque, cual es el propósito delictivo, mejor aún, *los propósitos delictivos*, en plural por su referencia a la descripción típica alternativa; b) Que abarca diversas modalidades comisivas de falsificación; c) Que el inicio del curso causal es *el que condujere*, o sea, que es "atípica" la conducta que sólo contempla la falsificación de la placa o que la realiza sin circular; d) Tampoco debe maniobrarse con la presunción de que circulará.

Ahora bien; en el art. 279 bis, en su párrafo 1.º, del Código penal vigente, ordena: "*La falsificación, sustitución, alteración u omisión de la placa de matrícula legítima de un vehículo automóvil será castigada con las penas de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas.*"

La modificación afecta, en paridad, al entero "núcleo" del tipo, puesto que, en tanto en la Ley se trataba de una falsificación con la que se circula, aquí basta el simple hecho de la alteración o cualquiera otra de las operaciones que se describen. Allí, se conjuga el tipo con la actuación de conducir un vehículo, inscribiéndose dentro de esa figura la persona que no es falsificador, sino que es simple usuario, a sabiendas de que el vehículo está circulando en tales condiciones; aquí, antes al contrario, se ensancha el área de la responsabilidad criminal en unos términos desmesurados, siguiendo, con ello, una dirección formalista en la elaboración de las falsedades, criticada en extremo en la actualidad, y en la que, al menos, el legislador del año 1944 abrió

(34) V. F. Von Liszt-E. Schmidt *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1932, pág. 173 y siguientes, traducción española, Madrid, T. II, 1927, página 323 y siguientes.

un ventanal, por de pronto, en el campo de la graduación de la pena, con el art. 318.

Y, en cambio, es una novedad, mal recogida por el lugar en que se sitúa sistemáticamente y por causa de su propia redacción, el párrafo segundo de este mismo artículo, en que se ordena que: "*Si el hecho tuviere como fin cometer algún delito o facilitar su impunidad, la pena será de presidio menor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas.*"

En un estilo más preciso, la Ley especial incluyó esta especie agravada, en extremo, en el art. 8, con lo que justificó de modo más cumplido el fundamento de la especialidad del precepto de la falsificación y, dentro de una temática de difícil probanza, escogió una línea de más fácil aplicación práctica del precepto que la elegida por el legislador de ahora, puesto que se las tiene que haber la "practicidad" del precepto con actos preparatorios (ante-delictuales) o ejecutivos, de comienzo del tipo, de difícil deslinde; por si no bastare ya que el segundo miembro del *punctum saliens* del tipo lo forman actos de encubrimiento, también de encrespado logro, máxime cuando el vocablo está tan "aislado", como supone decir "facilitar su impunidad". ¿Y cuándo se falsifica y se facilita la impunidad?, o bien, ¿se altera la placa con el fin de perpetrar un delito? Suponemos que el concurso debiera resolverse en la Ley, por hallarnos con acciones enhebradas por una misma tendencia delictiva.

J) *Del quebrantamiento de condena.*

Al art. 334 del Código penal se añade un párrafo segundo que reproduce la idea legislativa del art. 4.º de la Ley de 1962, al decirnos: "*En la misma pena incurrirán los que quebrantaren condena de privación del permiso de conducción*", y la cual consiste en la pena de *arresto mayor*.

K) *De la omisión de socorro.*

El art. 7 de la Ley de 1962 dedicaba tres párrafos a la regulación de este delito, uno de los más controvertidos, dentro de la problemática de los delitos de circulación.

La lectura de ambos preceptos (arts. 7 y 489 bis, párrafo tercero) nos descubre ciertas variedades en las fórmulas delictivas empleadas. La primera más distanciada, cabría decir, del art. 489; mientras que la segunda se asemeja más a este precepto.

El art. 7.º ordenó lo que sigue: "*El conductor de un vehículo de motor que pudiendo hacerlo no socorriese a las víctimas causadas con ocasión de la circulación, o que siendo solicitado para ello no lo hiciere, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas.*"

Se tipifican, por tanto, dos figuras alternativamente en las que se concreta pura garantía, de un lado, del deber de cumplir una obligación, y de otra parte, la cerca de protección de la persona, esto es, la

seguridad de que sólo entrará en juego el injusto penal, en las dos hipótesis, bien remarcadas: a) Cuando *puede hacerlo*; b) o bien si fuere *solicitado para ello* y se abstuviere.

También las víctimas han de ser procedentes de un hecho de la circulación, estrictamente, por tanto, de la tipología establecida de esta Ley. Y nada más. Rige la especialidad, sin conexión alguna con el precepto general del art. 489.

Ahora bien; se configuró también una especie agravada, por razón de una mayor anti-juricidad, aparte de que, a veces, sería el fundamento una culpabilidad más agravada, lo que depende, en fin de cuentas, del punto de vista del binomio objetivo-subjetivo que se adopte, y cuyo párrafo segundo disponía: "*Se aplicará al conductor la pena de prisión menor y privación del permiso de conducir de dos a diez años en caso de que se tratara de víctima causada por él.*"

El antecedente inmediato de este precepto era el art. 5.º de la Ley de 9 de mayo de 1950. Ahora el art. 489 bis, párrafo tercero, incorporado, como se sabe, al texto penal ordinario, ordena: "*Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido, la pena será de prisión menor.*"

Salvo mejor parecer, entendemos que desmerece tanto en el contenido cuanto en su proyección politicocriminal este párrafo del art. 7 transcrito de la Ley, puesto que sin necesidad de abundar en las lagunas que se observen, baste, de momento, traer a reflexión que:

a) Se emplea un término valorizado *jurídicamente* que se presta a la natural confusión, por si no fuera de suyo suficiente su inadecuada propiedad, puesto que el hecho del "accidente" está por fuera de la valorización jurídica. Vocablo de sentido laboral.

b) Que el "accidente" en la contemplación causal representaría a lo sumo, y en el mejor de los casos, una interferencia o interrupción del curso causal y, por supuesto, marginalizado, de antemano, de su entrada en el recinto del reproche en que consiste la culpabilidad.

c) Además, para colmo de males, siempre serían "cuestionables", de una parte, de si ontológicamente de la omisión se produce un resultado empírico; y, en segundo lugar, hasta donde llega la prestación del auxilio, y a la vez sería también dudosa la razón del título de la obligación, nacido, como se sabe, de la omisión de auxilio.

d) La dificultad se agudiza más, si se observa que la figura penal se convierte, todo ella, en problemática, desde punto y hora en que se da por sentado, en gracia a un estilo criticable, que es un delito de causación, o por mejor decir, un tipo de causación, conforme con la terminología que emplea ya von Weber, en el año 1935, cuando se da la paradoja de que es de *omisión*. ¿Cuándo se *causa* omitiendo? ¿Se está *realmente* ante una omisión o acción? (35).

(35) V. G. Rodríguez Mourullo. *Obra cit. supra en general*. Redactado este trabajo aparecen entre algunos otros los estudios siguientes: J. M.^a Rodríguez Devesa. *Suplemento a la parte especial*. Valladolid, 1968; Abella y Vadillo. *El nuevo proceso penal*, Madrid, 1967; J. Tome Paule. *Sinopsis práctica de*

En conclusión; sin radicalizar nuestra actitud crítica, surgida de la simple lectura de la Ley, no sobrará decir la *generalización* con que se ha querido revestir este párrafo, que no gana en finura ni en eficacia, y se presta, por la desafortunada redacción del mismo, a interpretaciones que, en su día, entorpecerán la buena marcha aplicativa del precepto.

L) *Del hurto de uso.*

Sabida la insuficiencia de nuestro texto punitivo en esta regulación, del llamado hurto de uso, era conveniente, por tanto, confeccionar una figura penal de esta clase.

La introducida en el art. 516 bis consta de cuatro párrafos y queda así: "*El que sin la debida autorización y sin ánimo de hacerlo como propio usare un vehículo de motor ajeno será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas.*

Si ejecutare el hecho empleando fuerza en las cosas, la pena se aplicará en su grado máximo.

Cuando, en los casos previstos en los párrafos anteriores, el culpable dejare transcurrir el plazo de veinticuatro horas sin restituir o abandonar el vehículo se impondrán las penas establecidas en los artículos 515 ó 505, respectivamente.

Si en la ejecución del hecho se empleare violencia o intimidación en las personas se impondrán las penas previstas en el artículo 501 de este Código."

El art. 10 de la Ley de 1962 difiere en buena medida del artículo, acabado de transcribir, puesto que aquél reflejaba, en buena parte, con algunas modificaciones, el art. 9 de la anterior Ley especial de 9 de mayo de 1950. Disponía el art. 10 que: "*El que sin la debida autorización o sin causa lícita usare o participare a sabiendas en el uso de un vehículo ajeno será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas.*"

Parece, aunque se nos tache de parciales, que este párrafo mejoraba al del art. 9 de la primitiva Ley penal del automóvil, ya que:

a) Le superaba en estilo y recogía una hipótesis delictiva, digna de montar, pues versaba sobre el que sólo participare en el uso *a sabiendas* de que era un vehículo ajeno. Además se trata de un supuesto penal, de idéntica factura.

En buena medida discrepamos, una vez más de la nueva redacción, entre otras consideraciones, valgan las siguientes:

a) En ambos preceptos —nos referimos, claro está— o sea, el art. 10 de la antigua Ley especial y el párrafo 1.º del art. 516 bis,

los procedimientos aplicables a los delitos comunes del Código penal español, en Bol. de Información del M. de Justicia, 15-1-68 (Madrid).

Tanto de éstos como de los que aparezcan en lo sucesivo tendremos ocasión de ocuparnos de ellos en su día, cuando abordemos la dimensión técnico-dogmática de la reforma, en su aspecto penal.

se observa, a las primeras de cambio, el empleo de un elemento normativo, perteneciente a la antijuricidad y que después cuenta a efectos del error y, en que, de otro lado, afecta a la resucitada doctrina de los caracteres negativos del tipo. Con esto aludimos al empleo de “sin la debida autorización”, si bien el art. 10 continuaba en tamaña línea cuando usaba enseguida la frase, de parejo corte de justificación, formulada en sentido inverso, “o sin causa lícita usare”, expresión que ha sido reemplazada por otra que en la *praxis* puede producir algún otro quebradero de cabeza, nos referimos, a “y sin ánimo de haberlo como propio usare”, etc., etc.

b) Con lo que resulta que ahora se requiere para la existencia típica del hurto de uso que concurren coetáneamente: a’) Sin autorización y b’) y sin ánimo de haberlo como propio. Así, es el reverso de la definición del Código del hurto, del art. 514. Son dos requisitos, recargados de acentos valorativos, sobre todo, el segundo que, además, incide en la antijuricidad (elemento subjetivo de la misma o del tipo como también se dijo) y que nuestra jurisprudencia califica de *dolo específico*, en forma demasiado plástica.

c) El art. 10 contemplaba dos casos y uno tercero que elevaba el rango de autoría, en virtud de la actitud psíquica del actuar del agente. En cambio, el párrafo 1.º del art. 516 bis, sólo articula un caso y tan pegado al hilo del hurto propio, que resulta la contrafigura del mismo.

d) La modelación del párrafo segundo del art. 10 nada tiene que ver con el párrafo 2.º del art. 516 bis, en que suponemos que obediente el legislador a los dictados del aumento de estos hechos en la realidad cotidiana española, no tiene reparo en *desnaturalizar*, hasta la raíz, la distinción entre hurto y robo y da a la estampa una figura agravada, cifrada en el párrafo 2.º del meritado precepto, en que se tipifica *una* clase de robo.

e) Todavía el legislador de 1967 consciente de disciplinar penalmente los sinnúmeros de casos de sustracciones de vehículos de motor, redacta un párrafo 3.º en que, haciendo abstracción de las configuraciones penales del hurto y del robo, pone en manos del delincuente el padecimiento o no de una pena más grave, según haga el culpable con el vehículo, esto es, si lo entrega dentro del plazo de 24 horas, o deja transcurrir este término, equiparando, para que la reflexión crítica haga más presa aún, el término “restituir” a “abandonar”, en cuyo caso se echa mano de las tarifas penales, del art. 515 para la penalidad, dependiendo, por tanto, de la cuantía ésta, o bien se pone en el segundo caso como robo, a tenor del art. 505.

En realidad, tanto en uno como en otro pende la puesta en práctica del tipo de que se cumpla una condición de agravación de la pena, cual representa el plazo de veinticuatro horas —que como en la descripción del art. 396, párrafo 2.º, plazo de reintegro en la malversación de diez años—, cumple una función de privilegio o no, si bien en este artículo no es menester sea captado por el dolo del agente, en

tanto que en la malversación es necesario, por tratarse de un delito, cuya realización conculca los deberes asumidos, como funcionario público, cosa que no sucede en este párrafo 3.º del art. 516 bis. Aquí sería unas circunstancias de agravación de la pena; allí una condición perteneciente al contenido del dolo del agente y referidas, en última instancia, al tipo de la malversación.

Todavía el legislador persiste en esa dirección politicocriminal que malbarata las estructuras de los tipos de los capítulos 1.º y 2.º del título XIII del Código penal ordinario y da cabida en el párrafo último a una auténtica figura de robo: "*Si en la ejecución del hecho se empleare violencia o intimidación en las personas se impondrán las penas previstas en el art. 501 de este Código.*"

LL) *De la penalidad de la culpa.*

En el párrafo sexto del controvertido art. 565, la reforma comentada altera la penalidad y otros extremos del mismo. Con anterioridad se componía de esta redacción: "*Las infracciones penadas en este artículo, cometidas con vehículos de motor, llevarán aparejadas la privación del permiso de conducir por tiempo de un mes a diez años.*" Ahora, se modifica en los términos siguientes: "*Las infracciones penadas en este artículo, cometidas con vehículos de motor, llevarán aparejadas la privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses a diez años. Esta privación se impondrá con carácter definitivo cuando el culpable hubiera sido condenado dos veces a la retirada temporal del permiso por delito previsto en el párrafo primero de este artículo, en el 340 bis a) o por ambos.*"

Para cuyo examen vale *mutatis mutandi* lo más arriba explicado, a propósito del art. 340 bis, a).

También en el art. 27, dedicado a la escala de penas, se hace figurar *la privación del permiso de conducción*, dentro de las penas comunes a las dos clases anteriores, que se refieren a las penas graves y leyes respectivamente.

M) *La penalidad en las faltas.*

Hace su aparición, por vez primera, un último párrafo que se agrega al art. 586 del libro III del Código penal vigente, concerniente a la penalidad, en que se ordena: "*Las infracciones penadas en el párrafo tercero de este artículo, cometidas con vehículo de motor, llevarán aparejada además la privación del permiso de conducción por tiempo de uno a tres meses.*"

7.º *Conclusiones.*

Si hubiere que resumir en algunas conclusiones la posición crítica desarrollada, siquiera sea levemente, en el presente estudio, bastaría, a mi modo de ver, concretarlas en las siguientes:

1.^a La falta de respeto a la especialidad de esta problemática, con vida nueva, nacida al socaire de una sociedad, cada día más tecnificada, constituye el más grave defecto técnico-dogmático de la mudanza del 8 de abril de 1967.

2.^a Tampoco queda a la zaga, por desgracia, la mentalidad y el estilo adoptados, que en la actualidad carecen de apoyatura en el estado presente del saber penal.

3.^a La inserción en el viejo cuerpo punitivo, resentido aquí y acullá de graves defectos de sistemática y de principios, que se ve *sorprendido* con una reforma que agiganta y entorpece aspectos tan fundamentales, como las formas de la culpabilidad —sobre todo, la culpa— y con una exaltación del principio de la peligrosidad, que gravita con singular riesgo de su vetusto andamiaje.

4.^a La penalidad tampoco representa la orientación seguida por la mayoría de los países —recuérdese, entre otros, Bélgica—, una vez que se da de lado la naturaleza, función y clases de los destinatarios de este Derecho penal de la circulación.

5.^a Los puntos de vista tenidos en la reforma no casan, en la medida que debiera, con la explicación dada por el Legislador; aparte de que esta minúscula “exposición de motivos” no revela, en verdad, la genuinidad del abolengo de esta moderna disciplina preventivo-represiva que gana su autonomía en la esfera legislativa, por imperativos de unas categorías del ser de las cosas que no cabe desatenderlos.

El «encausado» en el proceso penal español

(El "Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal" de 1967, y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la Ley de 8 de abril de 1967)

VICTOR FAIREN GUILLEN

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia

Se trata aquí de algunas ideas que se expresan en mi informe sobre el "Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal", emitido a petición de la Universidad de Valencia por solicitud del Ministerio de Justicia. (Este Anteproyecto está publicado también en los "Cuadernos Informativos del Gabinete de Estudios de Organización y Procedimiento de Administración de Justicia.") Este informe, aprobado por unanimidad por la Junta de la Facultad de Derecho de Valencia, fue elevado al Ministerio de Justicia por la vía correspondiente. La Junta de Facultad acordó también su publicación, de la que este fragmento es anticipo.

* * *

Comencemos —y no es placentero— por quejarnos de las imprecisiones terminológicas del Anteproyecto. Sólo con respecto al tema que aquí nos ocupa, en su Base 2.^a nos encontramos con el "presunto reo" —que en la Base 20 debe ser el encausado—; en la 16, con el "presunto inculcado" —en las diligencias previas, a quien se detiene; mas según la Base 20, las limitaciones a la libertad personal "únicamente" pueden establecerse por razón de haber "persona sospechosa o acusada" (¿ya se ha producido la acusación?)—. Todo esto excede de los simples defectos de un estilo literario, y no resulta admisible.

Examinemos aquí las Bases 20, 21 y 22, que son las referentes al "encausado" y al "régimen de presencia o ausencia de las partes".

BASE 20.—("Del encausado").—"1. El Código establecerá el régimen de garantías de los derechos individuales de las personas contra quien se dirija el proceso teniendo en cuenta la situación procesal en que se encuentre."

Lamentemos, ante todo, que España no se haya adherido a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, adoptada el 10 de septiembre de 1948 por la O. N. U.; por el momento, estos "derechos individuales" deben ser los consagrados por leyes internas.

Su mejor garantía, aparte de las que el Anteproyecto expone, y que se comentarán, se hallaría en la restauración modernizada del proceso cautelar de manifestación criminal de personas. Ya lo sugerimos con anterioridad a este trabajo, y en él, con motivo de la Base 16.

En cuanto a la frase “tener en cuenta la situación procesal en que se halle”, los defectos terminológicos del Anteproyecto impiden hacerse cargo cuáles sean éstas exactamente (“encausado”, “presunto reo”, “presunto inculpado”, etc.). Sugerimos aquí que en el futuro Cuerpo legal se dedique un artículo a la terminología en relación con las situaciones procesales de cada uno de los participantes en el proceso penal, al estilo del § 157 de la StPO alemana.

“2. Únicamente podrán establecerse limitaciones a la libertad de una persona sospechosa o acusada de una infracción penal, por respeto a los derechos y libertades de los demás y por las exigencias del orden público y del interés general, conforme a las siguientes reglas”:

Por lo pronto, notamos —era de temer— que se han “escapado” las restricciones preventivas de la libertad a los supuestos “peligrosos” (no acusados de una infracción *penal*).

El que se regulen de modo exhaustivo —impidiendo la perturbadora analogía— las restricciones a los derechos de libertad individual, nos parece correcto.

Mas dudosa estimamos la alusión al “interés general” que plantea, en los límites de este Anteproyecto, el problema de la representación del mismo y de su interpretación en cada caso. Ciertamente es que el M. F. debe velar por el “interés público” (art. 1 del Estatuto del M. F., “modelo de imprecisión”) (1) —que ha de ser considerado, se dice (2), “desde el punto de vista de los fines del Estado”—; pero esta finalidad es distinguida de una de sus especies concretas —al menos—: de la del derecho a castigar a los transgresores de la norma y de todas las que hacen referencia al contenido del Derecho penal (3).

Las intervenciones del M. F. de naturaleza “cuasi-administrativa”, también son de interés general, y, sin embargo, la actuación del M. F. es diferente.

Entendemos que la alusión citada del Anteproyecto debe ser sustituida por otra al “mantenimiento del orden jurídico”.

“Primera.—El Código regulará la citación, la detención, la prisión preventiva y la libertad provisional, definiendo explícitamente las condiciones, el procedimiento y la autoridad competente para la adopción de tales medidas, conforme a los principios que se señalan en la Base 38 de esta Ley.”

Así, pues, y salvo el “lapsus calami” de hablar de “*Base de esta Ley*”, habremos de comentar, conjuntamente con esta Base, la número 38. Ya advertimos que entre las dos, el proceso cautelar quedaba diluido, cuando procedía darle un tratamiento unitario.

(1) Cfr. ZAFRA, “La posición” cit., pág. 45.

(2) Cfr. HERRERO TEJEDOR, “Perspectivas” cit., pág. 450.

(3) Cfr. HERRERO TEJEDOR, “Perspectivas” cit., pág. 451.

Entrando en materia, nos parece loable que se regulen exhaustivamente los presupuestos, etc., de estas medidas restrictivas.

Con respecto a la “citación”, suponemos que se trata del acto coercitivo del art. 486 y ss. de la vigente Lecrim. No aparece ninguna alusión a la misma en la Base 38, con lo cual, la concordancia interna del Anteproyecto, falla una vez más.

De otro lado, esta Base 38 declara que “la detención a la prisión del encausado deberá considerarse una medida excepcional”.

Salvo la defectuosa concordancia gramatical, estamos de acuerdo.

“Segunda.—De igual forma se establecerán las medidas sustitutivas de la detención o prisión preventivas, regulando como tales no sólo la fianza sino también la promesa de comparecencia, el arresto domiciliario y cualquiera otras que garanticen la comparecencia del encausado, en las diligencias de instrucción y en el juicio, teniendo en cuenta las circunstancias de la infracción que se imputa y las cualidades morales y arraigo del acusado.”

En materia terminológica, ya nos encontramos otra vez con que el simple “detenido” es un “acusado”, ¿“encausado” o “acusado”? No tenemos por qué solventar las confusiones terminológicas del Anteproyecto.

En cuanto al fondo de este fragmento, estamos de acuerdo.

La Base 38-8.^a lo desarrolla, diciendo:

“El detenido deberá gozar de la posibilidad de obtener la libertad provisional, con o sin prestación de fianza. A fin de que nadie se vea privado de la posibilidad de obtener la libertad provisional, por el hecho de carecer de recursos, se preverán formas de libertad provisional que no supongan la prestación de fianza; así, la libertad del interesado confiándolo a la guarda de una persona o entidad responsable; la libertad bajo promesa de no abandonar un domicilio determinado, o de residir en una zona dada, o de comparecer a intervalos regulares ante la Autoridad que se designe; la libertad previa entrega temporal de los documentos de identidad; la libertad bajo promesa de comparecer ante las Autoridades siempre que sea legalmente requerido para ello.”

El “confiarlo a la guarda de una persona o entidad responsable”, no es ni más ni menos que una manifestación de la fianza personal, sin que se hallen matices que de ella la diferencien (se habla de “*persona responsable*”).

La “libertad bajo promesa de no abandonar un domicilio determinado”, es una manifestación de la prisión atenuada.

La “libertad bajo promesa” supone la fijación de las consecuencias del quebrantamiento de la promesa (tal como el quebrantamiento de la obligación de comparecer supone el que se procede contra la fianza, art. 535 de la Lecrim.).

Por lo demás, esta variedad de medios, nos parece aceptable.

“Cuarta.—El Código garantizará, muy especialmente, el derecho a la asistencia letrada. A tal efecto se informará al encausado del

derecho a nombrar defensor, con el que podrá comunicar y valerse de él para solicitar la práctica de diligencias conforme a las disposiciones legales; formular las pretensiones que afecten a su situación e intervención en la audiencia preliminar, pudiendo alegar y proponer pruebas contradictorias sobre la existencia o no de indicios racionales de criminalidad. Se mantendrá el régimen sobre la asistencia al acusado por medio de letrado en el juicio oral" (4).

Aquí se plantea el importante problema de, a partir de qué momento puede el "encausado" nombrar letrado, y una vez más, se hace notar la imprecisión terminológica del Anteproyecto.

Se ha hablado en esta Base, de "restricciones de la libertad al "sospechoso o acusado"; el título general es "el encausado"; la Base 16, nos hablaba de la detención del "presunto inculcado". Luego, dentro de esta confusión, parece que el momento de nombrar letrado sea el fijado en esta Base 20-4-tercera-1." —que comentamos—; esto es, el de "ser informado inmediatamente del fundamento de su detención o prisión (también el 2.º).

Nótese del contexto de la Base, que esta piensa en la defensa del "encausado", "detenido o preso". Se supone por algunos "quantité négligéable" los casos en que no ha habido detención o ésta no se ha elevado a prisión, ni se ha exigido fianza (5). Pero pueden existir, y existencasos de proceso sin prisión ni fianza durante, al menos, una gran parte de la instrucción. Por ello precisa remediar el defecto de la Lecrim. —art. 384— adelantando el nombramiento de letrado —oficialmente— al primer momento en que los intereses materiales o jurídicos de una persona se vean afectados; y desde luego, a los detenidos.

Anotemos, como cuestión curiosa, que se utiliza aquí la clásica expresión básica del actual procesamiento, "indicios racionales de criminalidad" del art. 384 Lecrim.

Pero el procesamiento —pieza fundamental de la instrucción— sólo aparece en la Base 40, fugazmente; y allí se habla de "si concurren o no motivos suficientes para que pueda dirigirse la acusación".

Volviendo los ojos a la vieja Lecrim., vemos que el lenguaje —también impreciso— nos habla de modo diferente:

A) Para decretar prisión provisional, precisa haya "motivos bastantes para creer criminalmente responsable del delito a una persona—".

B) Para procesar, precisa existan "indicios racionales de criminalidad".

En el Anteproyecto se somete a limitaciones de su libertad a la "persona sospechosa o acusada".

Esto —ya se ha visto— es imposible, porque la actuación no se

(4) Por razones de una más cómoda confrontación con la Base 38, dejamos el comentario de la 20-2-tercera para el final de ésta.

(5) Cfr. RUIZ GUTIÉRREZ, "El auto de procesamiento debe desaparecer" cit., pág. 93.

produce durante la instrucción (o resulta que es imposible la prisión durante la instrucción: precisamente en el período en que es más necesaria).

Toda esta terminología; el extraer de su antiguo lugar a los “indicios racionales de criminalidad” (sí, estamos conformes en que la expresión, un tanto feroz, sea reformada); el fijar “motivos bastantes” para el procesamiento cuando antes esta expresión se hallaba en la prisión provisional; todo ello nos indica la falta de homogeneidad del Anteproyecto. Llega a producir la impresión —que expresamos con el más profundo respeto— de que quien o quienes redactaron la Base 40, no conocían el contenido de la 20, o viceversa.

Que se mantenga “el régimen vigente sobre la asistencia al acusado por medio de letrado en el juicio oral”, nos parece muy bien, si este régimen es el de la Lecrim. antes de la promulgación de la Ley de 8 de abril de 1967.

En efecto, esta prevé, para el proceso por delitos leves, que “si el Colegio de Abogados entendiese que el letrado designado de oficio, ejerciente en otra población, no puede desplazarse al lugar del juicio (oral), se le autorizará a que formule por escrito la defensa, que será leída en el acto de aquél y se incorporará a las actuaciones”.

Prescindamos aquí de esa intervención del Colegio de Abogados, y fijémonos sólo en la “defensa por correo”.

En efecto, esa “defensa previa escrita”, reduce la oralidad del juicio a una ficción; y como “escrita”, lo impregna de la rigidez de los juicios escritos, pero con la gravedad de que esta rigidez es sólo unilateral, por parte de la defensa, pero no para la acusación.

Esa “defensa previa escrita” que se lee e incorpora a las actuaciones, puede muy bien no corresponderse con la prueba que la propia defensa ha solicitado y menos aún con la intervención en la prueba de la acusación (o acusaciones). ¿Cómo va la defensa a conducir su prueba por un escrito previo?

Y llegado el momento de las conclusiones —el más grave, el de las calificaciones definitivas—, un cambio en las mismas por parte de la acusación, llevaría al resultado de que la defensa, físicamente ausente (falta la intermediación del defensor), no podría variar las suyas oportunamente, a tenor del resultado de la prueba (6). A menos que en tales casos, se piense en una suspensión del “juicio oral” y en un traslado por escrito al defensor ausente para que éste examine el resultado de la prueba practicada y califique definitivamente; con lo cual, suspendiéndose el juicio oral, se ataca al principio de la concentración.

En resumen, un juicio oral en el que puede faltar la oralidad —al menos de parte de la defensa—; puede no haber intermediación igualmente por la misma; y si se quiere seguir rigurosamente el principio de bilateralidad, hay que atacar a la concentración.

(6) Así se comprendió en la III Jornada de Profesores de Derecho Procesal (Conclusión 11.^a).

Si este sistema se ha de conservar, disminuida así la garantía de la defensa por letrado, debemos rechazar el último inciso de la Base 20-2-cuarta, pidiendo un retorno a la total obligatoriedad de la actuación personal del defensor letrado en el juicio oral.

“Quinta.—El Código establecerá las normas oportunas a fin de proteger el derecho de toda persona a quien se impute la comisión de un delito a declarar libremente y a tal efecto se la advertirá al prestar declaración del concepto en que lo hace” (7).

Este fragmento hay que conectarlo inmediatamente con la 37-3-2.º (“De los actos de comprobación”):

“Respecto de la utilización del propio encausado como medio de comprobación, se seguirá un régimen similar al actual, respecto de su reconocimiento e interrogatorio, proscribiéndose la utilización de cualquier medio que pueda influir en su espontánea declaración, ni aún con su conformidad”.

Aparece aquí el “encausado” con doble matiz: en la Base 20-quinta, como medio de defensa, en la 37-3-2.º como medio de prueba.

No es este el lugar de entrar en la discusión sobre la naturaleza jurídica de la declaración del imputado (8), ni sobre las dos doctrinas, aceptadas —al parecer— simultáneamente por el Anteproyecto, no sin razón, según entendemos, por causa de los matices de medio fundamental de defensa y a la vez, de fuente de prueba, que dicho interrogatorio tiene.

En cuanto al primero, estimamos que el imputado tiene un interés de salvación que hay que respetar al máximo; si es o no antijurídico o protegible, lo determinará el Tribunal en su resolución, pero no antes. Y debe ser una garantía de defensa de ese interés —protegible hasta el final— la posibilidad de la autodefensa privada (9) que, si no es técnica, será probablemente la más enérgica en virtud de la titularidad de un propio interés.

Por ello, acertadamente, nuestra Lecrim., aparte de evitar el juramento —que por un inexorable encadenamiento conduciría a la tortura, los malos tratamientos, etc.—, no impone a los “procesados” ni siquiera una obligación de decir verdad, y el “deber” de decirla (artículo 387) no está sancionado jurídicamente. Además —y ello mues-

(7) “Lo fundamental es reconocer los derechos fundamentales del individuo en una ley, la cual protegiese con la máxima amplitud los que se conceden a los interrogados en el proceso penal, imponiendo severas barreras a cualquier iniciativa procedente de la interpretación de las leyes procesales” (Cfr. HABSCHIED, “Das Persönlichkeiterecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht”, en la “Gedächtnis Hans PETERS”, Berlin-Heidelberg-New York, 1967, ed. sep., passim y esp., págs. 871 y ss.).

(8) Cfr., p. ej., FOSCHINI, “L'imputato”, Milán, 1956, págs. 49 y s.; discrepando, en España, sobre su naturaleza jurídica, cfr., p. ej., FENECH, “Derecho procesal penal” cit., I, págs. 795 y ss.; JIMÉNEZ ASEÑO, “La confesión del reo o inculpado”, en “Revista de Derecho Procesal”, Madrid, 1945-3, páginas 356 y ss. (medio de prueba); MUÑOZ ROJAS, “El imputado en el proceso penal” cit., pág. 71 (medio de defensa y prueba).

(9) Adoptamos la terminología de FOSCHINI, en su “Sistema di Diritto Processuale penale”. Milán, 1956, I, págs. 236 y ss.

tra la naturaleza esencial de medio de defensa, de la declaración del imputado— la Ley le deja “que hable” —“relacione”, art. 390—, que manifieste “cuanto tenga por conveniente para su exculpación o para la explicación de los hechos” (art. 396), pudiendo “dictar por sí mismo las declaraciones”. “Si no lo hiciere, lo hará el Juez, *procurando, en cuanto fuere posible, consignar las mismas palabras de que aquél se hubiese valido*” (art. 397).

Se trata, pues, de una manifestación de autodefensa (10), de un derecho del “procesado” en nuestra Lecrim.; de seguir un principio fundamental de la Justicia (11); de un derecho con “categoría de constitucional” (12).

Esto es: se deja que el imputado falte a la verdad en su propia defensa; la organización de justicia tiene medios legales suficientes para superar esta crisis sin ahogar el derecho a la autodefensa (13).

Parece que se conserva este buen sistema (Base 37-3-2.º, “régimen similar al actual”); esto es, el de declarar libremente, entendiendo libertad de expresión y *fidelidad de protocolización*. Si es así, estamos de acuerdo con la Base 20-quinta y 37-3-2.º.

Este acuerdo no se produce en absoluto, si por “régimen vigente” se entendiere el de la Ley de 8 de abril de 1967, o el anterior, por ella arrastrado en este punto, de la Ley de Procedimiento de Urgencia de 8 de junio de 1957 (pues la primera aún no ha entrado en vigor). Aquella norma, en su art. 785 —de aplicación general al proceso por delitos flagrantes y por delitos leves— dice (regla 1.ª) que “las declaraciones de los testigos y el reconocimiento del encartado *se consignarán en acta breve*, salvo que el Juez considere conveniente que... el reconocimiento se practique conforme a lo dispuesto en el Cap. III, Tít. V, Libro II”.

Esto es, depende del arbitrio judicial el que las declaraciones del “encartado” consten textualmente (art. 397 Lecrim.) o “en acta breve” (art. 785).

Estimamos —aparte de lo vago y por tanto, peligroso, de la “brevidad” del acta— que este resumen de lo que el imputado ha declarado y que, como medio de prueba —ahí está su doble sentido— pueda contribuir a salvarlo o a perderlo, constituye un gravísimo atentado al principio general del Derecho Procesal, “nadie puede ser condenado sin ser oído un juicio”, ya que la protocolización en “breve” supone recortar lo que el imputado ha declarado y esta mutilación puede afectar a cuestiones esenciales para su propia defensa (o como fuente probatoria).

(10) Así califica BELLAVISTA las actuaciones correspondientes del Código procesal penal italiano (cfr. “La difesa giudiziaria penale”, págs. 175 y s., en “Studi sul processo penale”, Milán, 1966).

(11) Cfr. MUÑOZ ROJAS, “El imputado” cit., págs. 72 y ss.

(12) Cfr. VIADA, “Curso”, I, pág. 258.

(13) Nótese que esta expresión la utilizamos en sentido aún más lato y elemental que la hace ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, en su “Proceso. autocomposición, autodefensa”, México, 1947, págs. 14 y s., núm. 98.

La gravedad es aún mayor, si vemos que en un recurso de apelación —y esto destruye cualquier alegato de “oralidad e inmediación del Juez interrogador—, los autos son examinados por el Tribunal “ad quem”, y en cuanto a pruebas “pedirá el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las que propuestas le fueron indebidamente denegadas y de las que admitidas no fueron practicadas por causas que no le sean imputables. Habrá de razonar por qué aquellas diligencias de prueba han producido positivamente indefensión” (art. 792-2.^a, nueva redacción por la Ley 8 abril 1967); esto es, con grave peligro de que el Tribunal “ad quem” rechace la petición de un nuevo interrogatorio. Y no hay recurso de casación.

Por estas graves razones, si este sistema del “acta breve” hubiere de subsistir, rechazamos la Base 20-quinta y la 37-3-2.^o, pidiendo, en todo caso, el retorno a todas las garantías que rodean la declaración del procesado en la redacción de la Lecrim. anterior a la Ley de 8 de abril de 1967 y a la de 8 de junio de 1957.

De otro lado, estando de acuerdo en que se proscriba enérgicamente “la utilización de cualquier medio que pueda influir en su espontánea declaración”. Ni amenazas, ni violencias o sevicias solapadas, físicas y psíquicas, directas o indirectas. Fuerte control, extendido no sólo al juez, como lo hace la Lecrim. (art. 394), sino a toda otra autoridad y funcionario que intervenga en el proceso penal según la Base 2.^a

Como garantía ideal, aparecería aquí, de nuevo, el proceso cautelar de manifestación criminal de personas, de que antes hablamos y cuya reintroducción en nuestro ordenamiento jurídico penal propugnamos.

A efectos de ligarla con la Base 38 (“De las medidas coercitivas sobre la persona del encausado”) hemos dejado para este momento el examen de la Base 20-tercera:

“El Código establecerá como derechos del detenido o preso:

1.^o El de ser informado inmediatamente del fundamento de su detención o prisión.

2.^o El de ser instruido de los derechos y obligaciones procesales que le incumben.

3.^o El de poder comunicarse con las autoridades, sus parientes u otras personas, pudiendo ser decretada la incomunicación, como medida muy excepcional, exclusivamente por la autoridad judicial cuando las necesidades de la investigación así lo requieran y por el tiempo estrictamente necesario.”

Por su parte, la Base 38 dice así:

“El Código regulará el régimen jurídico de las medidas coercitivas sobre la persona del encausado que puedan adoptarse durante la instrucción preliminar, en base a los siguientes principios:”

1.^o Excepcionalidad de la detención o prisión. Estamos de acuerdo, ya lo expresamos, supra.

2.º “La existencia de motivos racionalmente suficientes” para “creer que ha cometido una infracción grave castigada por la ley con una pena privativa de libertad”.

Ya criticamos, supra, en esta misma Base y en otras, la terminología del Anteproyecto en cuanto a la “motivación”.

En cuanto al “creer que ha cometido...”, quien tiene motivos, no “cree”, sino que los aprecia, los valora.

“Infracción grave... pena privativa de libertad.” No tenemos otra pauta para guiarnos que la de las Bases 43 y 44 (“Del procedimiento para enjuiciar delitos *graves*” y “para enjuiciar delitos *menos graves*”). Esto es, parece que sea “infracción grave” la castigada con pena superior a prisión o presidio menor).

Se comete una vez más lo que diputamos error —y en un momento en que la investigación no está madura para calificar— de hacer una referencia no a la tipología de la infracción, sino a la entidad de la pena.

3.º “Para practicar su detención se necesitará orden escrita del juez instructor o del fiscal. La orden de detención se exhibirá al detenido al tiempo de la detención o inmediatamente después.”

“Solamente podrá prescindirse de la orden de detención por escrito cuando el sospechoso fuere sorprendido “in fraganti”, o en los casos en que no pudiese deferirse sin riesgos la detención hasta obtener una orden por escrito de la autoridad competente.”

Estamos de acuerdo con la motivación de la urgencia. Pero si la detención no se efectuase directamente por la autoridad del M. F., esto es, por la Policía, debe hacerse constar la exigencia de su entrega inmediata a la autoridad judicial en el plazo fijado en el artículo 496 de la Lecrim.

Si fuere la Policía judicial quien detiene, de acuerdo con la Base 20-tercera-1.º, es a ella a quien le corresponde informar inmediatamente al sujeto del fundamento de su detención o prisión.

4.º “El detenido será puesto a disposición de la autoridad judicial dentro de las setenta y dos horas.”

Estamos de acuerdo.

5.º “Al juez a cuya disposición sea puesto el detenido deberá decretar, previa audiencia del mismo, y dentro de las setenta y dos horas siguientes, su libertad o su prisión, por auto en el que se expresarán las razones de la medida, cuya resolución se notificará al interesado.”

Se trata de una reproducción del artículo 497 de la Lecrim. Estamos de acuerdo.

Ahora bien, el detenido debe ser instruido de sus “derechos y obligaciones procesales” apenas puesto a disposición judicial, si no lo había sido antes.

El auto de prisión debe ser susceptible de apelación; motivo por el cual el preso debe ser defendido por letrado inmediatamente.

6.º “En todo caso, la prisión cesará tan pronto como dejaren de existir las razones que la hubieren motivado.”

Estamos de acuerdo. Es una reproducción del artículo 528 de la Lecrim.

Sigue el número 6: "El período durante el cual el sospechoso o acusado podrá ser mantenido en prisión preventiva no excederá en ningún caso de la duración mínima de la pena de prisión señalada por la ley para la infracción de la cual se le acusa."

Se tratará, sin duda, de la infracción que se le imputa en el auto de prisión, mas no "se le acusa", pues aún no hay acusación; puede tratarse de un simple "sospechoso" según el mismo Anteproyecto.

Por otra parte, este tope debe ir acompañado expresamente del señalado en el artículo 528, párrafo segundo, de la Lecrim. (cuando resulte su inocencia), y el tercero. Ambos deben figurar como principios del proceso penal al frente del Código. Y su vulneración no sólo debería dar lugar a los recursos ordinarios, sino a la apertura de un proceso cautelar de manifestación. Sería un caso típico de aplicación del mismo.

7.º "A fin de que la prisión preventiva no se prolongue indebidamente, la necesidad de tal medida deberá revisarse de oficio a intervalos regulares que el Código señalará, o en cualquier momento a instancia del preso o de otra persona en su nombre."

Estamos de acuerdo. Sin embargo, debe conservarse el auto de ratificación de la prisión del artículo 516 de la Lecrim.; esta ratificación es una garantía de que el instructor sigue trabajando, por lo que las circunstancias han podido cambiar y rectifica en favor del preso. Su desaparición, en algún caso, es inexplicable.

De otro lado, la prisión provisional es un estado "provisional"; luego su revisión debe fijarse en plazos legales.

8.º Se ha comentado ya, supra, en combinación con la Base 20-segunda.

9.º "No podrá tenerse incomunicado al detenido o preso, salvo en los casos excepcionales previstos en la Base 20 de esta Ley. El derecho del detenido o preso a comunicarse con otras personas no estará sujeto a más restricciones que las que ordenare el juez; con el fin de impedir que se influya en los testigos, se hagan desaparecer elementos de prueba o se transmita información que pueda facilitar la evasión del preso o ser útil a sus cómplices."

Se halla en conexión —la desarrolla— con la Base 20-tercera-3.º

De acuerdo con el principio lógico. Queda por fijar, en lo posible, el problema de su reiteración o no (art. 508 de la Lecrim.).

La idea de evitar la "confabulación" del artículo 507 Lecrim. puede ser útil para fijar el tiempo prudencial de la incomunicación.

Para terminar con la prisión, comprobamos que el Anteproyecto omite el dar alguna idea fundamental sobre el "tratamiento de los detenidos o presos", a la que, indebidamente, se atribuye carácter "penitenciario" (: Dónde está la pena?).

Esto es, la norma del artículo 521 de la Lecrim. y artículo 11 del Reglamento de Prisiones de 15 de marzo de 1956 ("Los detenidos

estarán, a ser posible, separados los unos de los otros”) debe modernizarse; quienes se hallen en prisión preventiva deben estar absolutamente separados de los penados y, en todo caso, el tratamiento debe ser totalmente diferente. No confundamos un simple proceso cautelar —muy doloroso—, como lo es el de la situación personal de imputado durante su proceso, con un “status” definitivo, consagrado por una sentencia firme y en pleno proceso de ejecución.

Y terminamos con la Base 20, tan conectada con la 38 hasta ahora.

Base 20-3. “Se establecerá con toda precisión el procedimiento para poner fin a la detención o prisión indebidas y para obtener la reparación por el Estado de los daños materiales y morales ocasionados a las personas detenidas, procesadas o condenadas injustamente, salvo cuando la víctima sea la causante, con su propia conducta, del error judicial.”

El procedimiento más adecuado “para poner fin a la detención o prisión indebidas”, ya lo señalamos: a nuestro entender, la manifestación de personas.

En cuanto a la reparación por el Estado de los daños morales y materiales, el Anteproyecto mezcla los derivados de la detención, del procesamiento (esta importante expresión aparece aquí y luego en la Base 40) y en la propia condena injusta, o sea, como efecto propio del recurso o petición de revisión (art. 960 de la Lecrim.).

El que “se establezca con toda precisión el procedimiento”, nos parece muy bien.

BASE 21.—(“Del responsable civil”). Conformes, si el sistema impuesto es el de la Base 19.

BASE 22.—(“Régimen de presencia o ausencia de las partes”). “1. Se mantendrá el régimen actualmente vigente sobre presencia o ausencia de la parte acusada en los procesos por delitos graves y por faltas.”

“2. En los procesos por delito menos grave, cuando el acusado se encuentre fuera del lugar del juicio, podrá éste celebrarse en su ausencia, salvo que el tribunal considere necesaria su presencia a efectos del debido enjuiciamiento, siempre que en la instrucción preliminar se le haya oído, esté identificado y advertido de la posibilidad de celebrar el juicio con su presencia o sin ella. En estos casos, el acusado podrá hacerse representar legalmente. Si no ha designado procurador y abogado, se habilitarán de oficio.”

“3. El Código tendrá en cuenta la situación del acusado al establecer el régimen de los recursos.”

Es sabido que en contra del proceso penal y sentencia “en rebeldía” (utilizaremos por ahora esta expresión genérica y tradicional) opera el principio general penal de que nadie puede ser condenado sin ser previamente oído en juicio; el brocardo romano “ne absens dormietur”.

En el terreno positivo español, la necesidad de la presencia del acusado prevista por la Lecrim. (antigua redacción) se basa en “la

esencia del sistema acusatorio" (14); se alega la necesidad de su presencia por la perspectiva de una pena personal; por la importancia de su interrogatorio —ya examinada—.

Frente a estas consideraciones, que compartimos totalmente, hay otras, "con carácter excepcional" (15); casos en que no haya de tratarse de una pena personal; cuando la presencia del acusado le sea más gravosa que una posible pena pecuniaria, por efectos de su necesario desplazamiento; cuando su interrogatorio no sea necesario (16).

De otro lado, la voluntad deliberada de rehuir las consecuencias de un acto punible no puede recibir un premio indiscriminado con la suspensión del proceso. Esto es, procede distinguir —y el Ant. lo hace implícitamente— entre el "ausente", que no conoce ni siquiera la existencia de un proceso contra él, y el "contumaz" o verdadero rebelde, que conoce el proceso y sus posibles consecuencias desfavorables, pero que desobedece las intimaciones judiciales de comparecer.

En tal caso, tanto la necesidad de no premiar a este rebelde con una suspensión del proceso, como la de resolverse sobre la pretensión de resarcimiento (que puede ir unida a la penal), operan en favor de que el proceso continúe pese a la ausencia del acusado.

Nos hallamos, en España, en la actualidad, ante un régimen en tanto anárquico en materia de rebeldía:

A) El sistema de la Lecrim. —redacción anterior a la Ley de 8 de abril de 1967—. La rebeldía del "procesado" provoca o bien a) la terminación y archivo del sumario o b) la suspensión del juicio oral y archivo de los autos. No existe la absolucón o condena en rebeldía. Este sistema es el que el Anteproyecto pretende aplicar a los procesos por "delitos graves" y por faltas.

B) El sistema de la Ley de 2 de diciembre de 1963 (Tribunal y Juzgado de Orden Público) que, en el nuevo procedimiento que crea para conocer sobre una heterogénea serie de delitos, admite la condena en rebeldía —trátase esta vez de delitos graves, aunque sólo sea calculando la penalidad a imponer—.

C) El de la Lecrim. (redacción de la Ley de 8 abril 1967) para delitos leves: previa requisitoria (si el acusado no tuviera domicilio conocido o se hallare en ignorado paradero), se le declara rebelde, y la rebeldía produce los efectos generales: suspensión del proceso.

D) El de la Lecrim. (redacción de 8 abril 1967), siempre para delitos leves: si la rebeldía fuera propia, esto es, si teniendo domicilio conocido el acusado, y habiendo sido citado personalmente, no concurre al juicio oral "no se suspenderá la celebración del juicio" si "el juez estima que existen elementos suficientes para juzgarlo" (art. 791-7.^a).

E) El de la Lecrim. (delitos flagrantes, etc., redacción de la Ley de 8 abril 1967): "No se suspenderá el juicio por la incomparecencia

(14) Cfr. AGUILERA DE PAZ, "Comentarios" cit., V, págs. 783 y s.

(15) Cfr. VIADA, "Curso", I, pág. 268.

(16) Cfr. VIADA, "La ausencia del acusado en el proceso penal", en "Revista de Derecho Procesal", 1962-3, págs. 575 y s.

de algunos de los procesados si el Tribunal estimare que existen elementos para juzgar con independencia unos de otros... y el Tribunal se considera suficientemente informado con la prueba practicada para formar juicio completo sobre los hechos" (art. 801). A través de esta sibilina norma, parece que no se admite la condena (o absolución) en rebeldía.

Anotemos que la nueva redacción de la Lecrim., para los casos en que prevé la posibilidad de condenar al rebelde, ofrece la inexplicable laguna de no admitir su purga posteriormente.

F) El Código de Justicia Militar, de 17 agosto 1945, artículo 943: "Si las pruebas de culpabilidad fueren suficientes para dictar sentencia respecto de unos y otros (presentes y ausentes), a juicio de la autoridad judicial, con su auditor o del Consejo Supremo de Justicia Militar, en su caso, podrán éstos acordar se siga la causa igualmente mediante pieza separada si conviniera contra los procesados en rebeldía."

"En cualquier tiempo que el procesado rebelde se presente o sea habido, se abrirá de nuevo la causa para continuarla según su estado..." (art. 944).

"Si hubiere recaído ya sentencia conforme al párrafo 2.º del artículo anterior, será notificada al encartado (17), quien podrá, dentro de los ocho días siguientes, recurrir a la autoridad judicial respectiva... con ofrecimiento de nuevos hechos o pruebas susceptibles de hacer variar la apreciación, y en súplica de que a virtud de ellos sea revisada la sentencia..." "Formulada tal petición, será repuesto el proceso al estado que la autoridad o tribunal de referencia considere más pertinente... aunque no hubiere solicitud de parte..." (art. 944).

Así, pues, si la autoridad judicial ordena la continuación del juicio en rebeldía, la "revisión" sólo cabe en el plazo de ocho días a partir de la notificación al "encartado".

G) Para las faltas, la rebeldía del acusado no suspende el juicio si se le citó legalmente (art. 971 Lecrim. y 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952).

De todos estos sistemas, sólo de un modo excepcional se podría aceptar el del Ant., con respecto a los "delitos menos graves"; pero formulamos esta aceptación "sub conditione" de que las normas correspondientes se basen en la tipificación de tales delitos y no en sus penalidades, como en la actualidad. Y ello siempre que se regule adecuadamente el medio de "purgar" la rebeldía, que en el Anteproyecto puede aparecer —ello muy oscuro e inaceptable por no significar garantía alguna— en la Base 22-3.

La "purga" de la rebeldía u "oposición a la sentencia dictada en rebeldía" en los casos de "delitos menos graves", debe construirse, a nuestro juicio, como una acción y pretensión de revisión específica (18).

La sentencia en rebeldía habrá surtido ya sus efectos de cosa juz-

(17) Grave error terminológico y técnico. Se tratará de un "condenado", pero no de un simple "encartado".

(18) De rescisión, dice VIADA ("La ausencia" cit., pág. 147).

gada; pendiente la "oposición", el condenado abre un nuevo proceso, basándose en vicios de conocimiento posterior a la resolución recaída en el primero; en el que no pudieron tenerse en cuenta hechos y pruebas que ahora se aportan al tribunal; su fundamentación fáctica y jurídica se remite a una situación diferente de la planteada y resuelta en aquél.

¿Qué ventajas tendría el no conceder que la sentencia contra el rebelde surtiera efectos de cosa juzgada? Transformar su ejecución en provisional, yendo contra el principio del artículo 988 de la Lecrim. y 80 del Código penal.

Entendemos que, en cuanto a esta pretensión de oposición a la sentencia en rebeldía (o audiencia al rebelde), debe acudir a la idea de la pretensión impugnativa contra la sentencia que ya ha surtido sus efectos de cosa juzgada; puede ser útil la doctrina que considera a la sentencia como sujeta a una condición revocatoria (19).

Aún reservada nuestra opinión sobre la entidad de los "delitos menos graves" —a cuyas condenas reduce la rebeldía el Anteproyecto—, no podemos concebir las posibilidades de purgarla, tan angostas como en los sistemas españoles que actualmente la admiten.

El de la Ley de 2 de diciembre de 1963 —para delitos incluso de enorme gravedad— concibe a esta "purga" como un recurso a interponer en el plazo de diez días siguientes al de la entrega personal —al condenado rebelde— de la copia de la sentencia o a que "se presente o sea habido" (art. 10). Esto es, más bien como un simple recurso —así lo llama—. Mas tratándose de delitos muy graves —que incluso pueden acarrear la pena de muerte (arts. 120, 121, 122, 142, 144, 163, etc., del Código penal)— este plazo, en completa desproporción con la prescripción de la pena (20), nos parece muy corto y rígido; de otro lado, el mismo contenido del recurso es restringido ("se acomodará a las reglas referidas en el artículo anterior correspondientes al juicio oral, si bien limitado su objeto al estricto de la revisión"; artículo 10).

Desechado este sistema —que no responde, además, en ningún concepto, al contenido en la Base 22 del Anteproyecto—, el correspondiente a la derogada Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 23 de diciembre de 1962 era ya más amplio, pues preveía mejor los presupuestos de la "rebeldía" e intentaba transformar la "ignorancia" del proceso en aquélla (art. 29). Pero después, el plazo del "recurso de audiencia en rebeldía" (art. 32) preveía el plazo de un

(19) Cfr., sobre este punto, FAIRÉN GUILLÉN, "Doctrina general de los medios de impugnación y Parte General del Derecho Procesal" cit., págs. 351 y ss. y esp. 359 y s.

(20) Quiénes, como VIADA, impulsan "lege ferenda" el proceso en rebeldía para delitos menos graves, fijan, o un plazo indeterminado (uno o dos años desde la sentencia, cfr. "La ausencia" cit., pág. 147) o uno arbitrario. Pero no se fijan en la pauta —aquí sí que puede ser exacta, pues se refiere a hechos consumados— que proporciona el plazo de prescripción de la pena a que el rebelde fue condenado.

año “después de dictada la sentencia” —la cual había sido ya ejecutada, art. 36—. Tampoco tenía, pues, en cuenta el período de prescripción de las penas impuestas.

Venciendo nuestra repugnancia a admitir el proceso en rebeldía, lo admitiríamos en los términos y garantías fijados por el Anteproyecto, con las siguientes reservas:

A) Tipificación de los “delitos menos graves”.

B) Que el importe de las responsabilidades civiles no pueda exceder de la competencia del juez por razón del procedimiento seguido, relacionado con la calidad de “menos grave” del delito, haciéndose reserva, en otro caso, de la “acción” civil.

C) Que se aclare la oscuridad de la Base 22-3, concediéndose en todo caso que el condenado rebelde pueda “purgar” la rebeldía (“audiencia en rebeldía”, si se quiere mantener la terminología tradicional española) mediante una pretensión impugnativa a promover dentro del plazo de prescripción de la pena impuesta. Es el sistema del *Code de Procédure* francés en su artículo 639.

Esta “audiencia” debería consistir en el desarrollo del proceso “*ex novo*” —ya que la sentencia y el anterior quedarían anulados por la presentación del rebelde o su captura— a partir del momento en que se produjo una indebida falta de presentación ante el tribunal en el proceso anterior. Aquí, en cuanto a la extensión del segundo proceso, sí que podría hacerse alguna distinción, en cuanto se investigasen los motivos de la no comparecencia anterior del rebelde.

En cuanto a las pretensiones de resarcimiento, la base del futuro sistema podría estar en el del artículo 843 de la *Lecrim.*, debiendo resolverse de modo adecuado la devolución de los efectos del delito, etcétera, que más tarde hubieren de retornar al nuevo proceso, en el caso de producirse la presentación o captura del rebelde en el plazo citado (*).

(*) Este trabajo se ha beneficiado de la Ayuda a la Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia.

BIBLIOGRAFIA

- ZAFRA, "Posición del Ministerio Fiscal en el futuro proceso penal", en "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", Madrid, 1961-4, págs. 753 y ss.
- HERRERO TEJEDOR, "Perspectivas del Ministerio Fiscal según los principios que informan el ordenamiento jurídico español", en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", marzo de 1957, págs. 407 y ss. (*).
- RUIZ GUTIÉRREZ, "El auto de procesamiento debe desaparecer", en "Revista Iberoamericana de Derecho penal", 1965-2, págs. 273 y ss.
- HABSCHIED, "Das persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht", en la "Gedächtnis Hans PETERS, Berlin-Heidelberg-New York, 1967.
- FOSCHINI, "L'imputato", Milán, 1956.
- FENECH, "Derecho Procesal penal", Barcelona, 1952.
- JIMÉNEZ ASENJO, "La confesión del reo o inculgado", en "Revista de Derecho procesal", Madrid, 1945-3.
- MUÑOZ ROJAS, "El imputado en el proceso penal", Pamplona, 1958.
- AGUILERA DE PAZ, "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal", T. cites.
- VIADA, "Curso de Derecho Procesal penal", Madrid, 1962, T. cites.
- VIADA, "La ausencia del acusado en el proceso penal", en "Revista iberoamericana de Derecho procesal", 1962-3.
- FAIREN GUILLÉN, "Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho procesal", en "Estudios de Derecho procesal", Madrid, 1955.

Valencia, octubre de 1967.

(*) Esta paginación es la general del volumen anual.

Función y naturaleza del artículo 226 del Código penal

MANUEL COBO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de La Laguna

SUMARIO: 1. Planteamiento general.—2. Desarrollo histórico legal. Conclusiones.—3. Desarrollo histórico doctrinal de la interpretación verificada del artículo 226. Antiguos comentaristas. Génesis de la actual situación. Conclusiones. Doctrina contemporánea. Resumen.—4. Su fundamento. Precisión sobre los supuestos en los que despliega su eficacia. Arrepentimiento o desistimiento. Limitación a los “meros ejecutores”. Resumen.—5. Presunta significación del artículo 226 en referencia con el concepto y estructura del delito. Valoración crítica de la tesis de Rodríguez Muñoz. El artículo 226 como causa especial de exclusión de la pena.—6. Valor del artículo 226 en los concretos tipos a los que afecta. Ambito de vigencia. Solución a los problemas planteados.

1. *Planteamiento general*

Los distintos problemas que presenta la interpretación técnica del artículo 226 del Código penal español, han sido estudiados por la doctrina española en su doble dimensión: *genérica*, en cuanto se han pretendido extraer una serie de argumentos con relieve para la teoría jurídica del delito, su concepto y sistema; *específica*, en la medida que el citado precepto, por su propia situación sistemática y contenido, necesariamente afecta a determinados delitos y debe ser estudiado, en esa vertiente, en la Parte especial del Derecho penal.

Por nuestra parte, pretendemos ofrecer una posición en torno a la naturaleza y función desempeñada por el artículo 226 en los tipos específicos aludidos, planteando, asimismo, su posible eficacia en el terreno dogmático y general, especialmente, en orden a si la punibilidad constituye o no elemento de la estructura del delito o, al menos, de su concepto, y si bien no se desarrollará con extensión la totalidad del tema de la “punibilidad” en la teoría jurídica del delito, sin embargo, es obligado, como inevitable premisa lógica, fijar la atención en el artículo 226, entre otros, con la finalidad de comprobar si puede derivarse o no algún argumento, que fuese decisivo sobre dicho problema. Como es natural, hemos tenido que revisar las diferentes tesis que

se han mantenido al respecto con anterioridad, adoptando una actitud crítica y negativa en determinadas ocasiones, y en otras, aceptando aquellos puntos de vista que nos han parecido convincentes en la interpretación técnica del precepto.

Finalmente, debe destacarse que se trata de un estudio *parcial*, que se completará, de forma sucesiva, con otros de ámbito específico, y si se quiere, instrumentales, con vistas a desvelar la temática general de la cuestionada "punibilidad" en la teoría jurídica del delito.

2. Desarrollo histórico legal. Conclusiones.

Se suele señalar por los autores españoles, como inmediato precedente a la incorporación en los códigos penales del precepto legal estudiado, una disposición de la Novísima Recopilación (1), que textualmente indicaba: "todos los bulliciosos que obedecieren, retirándose pacíficamente al punto que se publique el bando, quedarán indultados, a excepción solamente de los que resultaren autores del bullicio o conmoción popular, pues en cuanto a éstos, no ha de tener lugar indulto alguno...". Posteriormente, el Código penal de 1822, en su artículo 292, lo recoge expresamente en los siguientes términos: "los individuos que habiéndose alzado en rebelión o sedición, según los artículos 274 y 280 se sometieren absolutamente al primer requerimiento de la autoridad pública, no sufrirán por la insurrección, si pertenecieran a la segunda o tercera clase, más penas que la de quedar sujetos por dos años a la vigilancia especial de las autoridades. Pero los reos de primera clase, en caso de rebelión, sufrirán una prisión de seis meses o tres años, con privación de los empleos o cargos públicos que obtuvieren, y sujeción por dos años más a la vigilancia expresada; y en caso de sedición serán condenados a una prisión de tres a dieciocho meses, con sujeción por un año más a la vigilancia de las autoridades, y con igual privación de empleos o cargos públicos".

Sin embargo, es en el artículo 182 del Código 1848-50, cuando se le concede una redacción que, en sus líneas generales, y con las salvedades que en su momento expondremos, llegará hasta nuestros días: "cuando los rebeldes o sediciosos se disolvieren o sometieren a la autoridad legítima antes de las intimaciones o a consecuencia de ellas, quedarán exentos de toda pena los meros ejecutores de cualquiera de aquellos delitos, y también los sediciosos comprendidos en el artículo 175, si no fueren empleados públicos. Los Tribunales en este caso rebajarán a los demás culpables de uno a dos grados las penas señaladas en las dos secciones anteriores" (2).

(1) *Novísima Recopilación*, L. 5, Tít. 11, Lib. XII. Por la transcripción, J. F. PACHECO, *El Código penal concordado y comitado*, T. II. Madrid, 1848, página 211.

(2) El artículo 175 del Código penal de 1848, decía: "Los que induciendo y determinando a los sediciosos, hubieren promovido o sostuvieren la sedición,

Un examen comparativo, conduce a la conclusión de que el precepto en cuestión no nace en el Código de 1822 como una causa que elimine totalmente la pena, sino más bien como atenuadora de la misma, en la medida que, si bien por demás reducida, subsiste incluso para los autores que pertenezcan a la "segunda o tercera clase". Por el contrario, en el Código de 1848, aparece ya como exención total de la pena, referida a los "meros ejecutores" y a los comprendidos en el artículo 175 de dicho texto legal, que, desde luego, no pueden ser considerados como simples ejecutores materiales de la rebelión o sedición. Parecida redacción emplea el Código de 1870 en su artículo 258, con las modificaciones consiguientes de carácter concordatorio: referencia al artículo 251 y a los "capítulos anteriores", en lugar de a "las secciones anteriores" (3).

El Código de 1928 introduce sensible modificación a través de su artículo 299: si "los rebeldes o sediciosos se disolvieren o sometieren a la autoridad legítima antes de las intimaciones legales o a consecuencia de ellas quedarán exentos de pena los meros ejecutores de cualquiera de aquellos delitos. En tales casos se impondrá a los inductores, promotores o principales jefes de la rebelión o sedición, las penas respectivamente inferiores en uno o dos grados a las señaladas en los artículos anteriores, al prudente arbitrio del Tribunal".

Como puede observarse fácilmente el Código penal de 1928 restringe, de acuerdo con sus principios informativos, el beneficio que la cláusula legal suponía: los supuestos afines a los artículos 175 del Código de 1848 y 251 del de 1870, no gozarán en lo sucesivo de una exención absoluta, sino simplemente de atenuación. Queda, por tanto, ciertamente reducido el ámbito de aplicación en cuanto a la exclusión de la pena se refiere, que ahora sólo afectará a los "meros ejecutores", sin más.

El Código penal de 1932, en su artículo 254, recogía íntegramente el texto del artículo 258 del Código penal de 1870 y, finalmente, el Código penal de 1944-63, en su artículo 226 lo reproduce, sustituyendo la expresión "empleados públicos" por la de "funcionarios públicos", con indudable acierto coordinador.

De la anterior exposición histórico-legislativa, cabe deducir lo siguiente:

y los caudillos principales de ésta, serán castigados: 1.º Los que ejerzan autoridad civil o eclesiástica, con la pena de cadena perpetua, si se hubieran apoderado de caudales u otros bienes públicos o particulares, y con la de reclusión perpetua en otro caso. 2.º Los que no ejercieren autoridad, con la de cadena temporal, si se hubieren apoderado de los caudales o bienes de que se habla en el número anterior; y con la de reclusión temporal en otro caso."

(3) El artículo 251 del Código penal de 1870, decía: "Los que induciendo y determinando a los sediciosos hubieren promovido o sostenido la sedición y los caudillos principales de ésta serán castigados con la pena de reclusión temporal si se encontraren en alguno de los casos previstos en el párrafo primero del núm. 2.º del art. 184, y con la de prisión mayor si no se encontraren incluidos en ninguno de ellos."

a) Que el nacimiento del precepto debe ser visto en un deseo de *atenuar*, que no eximir, la responsabilidad criminal, aún cuando posteriormente se llegue a una exoneración absoluta.

b) Que lo expuesto en a), se encuentra informado por el principio de la *utilidad*, desde la perspectiva del poder constituido en un momento histórico determinado, en el mantenimiento de lo que podemos denominar, empleando la rúbrica legal, "seguridad interior del Estado".

c) Que, naturalmente, son razones político-criminales las que dotan de sentido a b).

d) Que de la investigación histórico-legal, apenas si se consigue un dato decisivo en orden a la naturaleza técnica del precepto en cuestión, a no ser que se trata, por decir así, de una cláusula por demás politizada: la restricción del Código de 1928 no significa, en la presente línea de pensamiento, otra cosa que el reflejo jurídico penal de determinada posición política.

3. *Desarrollo histórico doctrinal de la interpretación verificada del artículo 226. Antiguos comentaristas. Génesis de la actual situación. Conclusiones. Doctrina contemporánea. Resumen.*

a) Los primeros comentaristas del Código de 1848, apuntaron algunos problemas referidos a la interpretación del artículo 182 (actual 226), que, sin duda, ofrecen interés tanto para la concreción de su naturaleza, como para diagnosticar su valor hermenéutico, como, por último, para delimitar su ámbito de vigencia.

Cirilo Alvarez recoge plásticamente el principio político-criminal que sustancialmente le informa: "una rebelión o sedición que se disuelve a la primera o segunda intimación de la autoridad no ha hecho más que turbar ligeramente el orden público, no ha ocasionado grandes desgracias, y sobre todo, y esto es lo más importante, un movimiento político que se anuncia tan débilmente que se estingue con tal prontitud, no es de temer que se reproduzca, ni es para infundir serios celos al gobierno. Poca fe tienen los sublevados en su causa, poca confianza en sus medios, poco fanatismo en sus cabezas, poco poder y prestigio tienen sus caudillos y gefes, cuando arrojan las armas y cesan y se someten con tanta facilidad. Ningún peligro hay en estar generosos con ellos, sobre que la ley es más que generosa, previsora y justa apreciadora de los hechos, pues si fuera indiferente para los sublevados someterse a la autoridad o llevar adelante sus proyectos, nunca se someterían; en esta alternativa la *guerra*. y era de más toda intimidación" (4). Debe hacerse notar, que ya Cirilo Alvarez alude en su breve comentario a la "participación en el crimen" (5) cuando

(4) Cirilo ALVAREZ y T. M. DE VIZMANOS. *Comentarios al Código penal*, T. II, Madrid, 1848 págs. 120-121. Hemos respetado la ortografía del texto transcrito.

(5) C. ALVAREZ y T. M. DE VIZMANOS, *ob cit.*, pág. 121.

se trata de la aplicación de las penas a los que no sean meros ejecutores de la rebelión.

En el comentario de Pacheco, con independencia de los problemas planteados en particular, deben ser destacados dos aspectos generales. En primer lugar, desde el punto de vista de la *naturaleza* que pudiera asignársele al entonces art. 182, parece que el pensamiento de Pacheco resulta, dentro de lo posible, para el momento en que escribía, bastante claro. Pacheco alude expresamente a la "remisión, o... rebaja de la pena", y emplea en la redacción las siguientes expresiones: "perdone", "delito de sedición", "criminal obra" (6), "perdonar", "perdona", "perdonar", "crimen que éste cometió, y mucho más, había también cometido el otro", "perdone", "verdaderos sediciosos", "exime de penas", "atentados" (7), etc. No pasó inadvertido para Pacheco, en segundo lugar, el valor funcional, dinámico, del artículo 182 del Código de 1848, referido tanto al artículo 181 del mismo texto legal, como a los artículos 180 y 179 (8), poniendo de manifiesto su íntima vinculación con el primero y las específicas cuestiones que se deducen de su vigencia en relación con los segundos (9), y por ahora sólo interesa que así quede apuntado.

También los comentaristas del Código de 1870 —abundando generalmente en las anteriores afirmaciones—, llevaron a cabo en la exégesis del artículo 258 afirmaciones de interés para nuestro examen. Así, Viada, habla de "*exención* o disminución de la penalidad" (10) y de "*delito* de rebelión" y "*delito* de sedición" (11). Por su parte,

(6) PACHECO, *ob. cit.*, pág. 213.

(7) PACHECO, *ob. cit.*, pág. 214.

(8) El artículo 181 del Código penal de 1848, decía: "Luego que se manifieste la rebelión o sedición, la autoridad gubernativa intimará hasta dos veces a los sublevados que inmediatamente se disuelvan y retiren, dejando pasar entre una y otra intimación el tiempo necesario para ello. Si los sublevados no se retiraren inmediatamente después de la segunda intimación, la autoridad hará uso de la fuerza pública para disolverlos. Las intimaciones se harán mandando ondear al frente de los sublevados la bandera nacional, si fuere de día, y si fuere de noche, requiriendo la retirada a toque de tambor, clarín, u otro instrumento a propósito. Si las circunstancias no permitieren hacer uso de los medios indicados, se ejecutarán las intimaciones por otros, procurando siempre la mayor publicidad. No serán necesarias respectivamente la primera o la segunda intimación, desde el momento en que los rebeldes o sediciosos rompieren el fuego". El artículo 180 del mismo texto legal, decía: "La conspiración para el delito de sedición será castigada con la pena de prisión correccional. La proposición se castigará con las penas de sujeción a la vigilancia de la autoridad, y caución". Y, por último, el artículo 179 del citado Código, decía: "En el caso de que la sedición no hubiere llegado a agravarse hasta el punto de embarazar de un modo sensible el ejercicio de la autoridad pública, y no hubiere tampoco ocasionado la perpetración de otro delito grave, serán juzgados los sediciosos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 182."

(9) Vid. PACHECO, *ob. cit.*, págs. 213-214.

(10) S. VIADA y VILASECA, *Código penal reformado de 1870*. T. II, 4.ª ed. Madrid, 1890, pág. 196. Lo subrayado es nuestro.

(11) VIADA y VILASECA, *ob. cit.*, pág. 197.

Groizard, en un comentario por demás interesante, expresamente se refiere, con una serie de términos, a buena parte de los problemas que, con posterioridad, planteará la moderna doctrina española. Comienza hablando de “*perdón* o disminución de la pena señalada al *delito*” y que “el artículo actual no es otra cosa que una lógica consecuencia del que le precede”, que “la razón, los sentimientos humanitarios y el interés público aprueban el precepto” (12), y que “puedan *arrepentidos* retirarse a sus casas y *desistir* de sus propósitos”, que “la esencia o la *excusa legal* tienen origen y causa en el *desistimiento voluntario*”, “de una gracia”, que “los motivos que existen para romper con la teoría general de los delitos, creando una *excepción* respecto de los de rebelión y sedición, en virtud de la cual sus autores no son castigados o no lo son con todo el rigor de la pena” (13), “delito de rebelión y sedición”, “delito de rebelión o sedición”, de nuevo, “*si el desistimiento borra la pena del delito consumado*”, “la exención, la gracia, el perdón de la Ley es para el que *desiste*” (14), “el voluntario desistimiento de los sublevados” (15), “la exención” (16), “serán los exentos de toda pena, tratándose del delito de sedición”, “serán a su vez exentos de toda pena tratándose del delito de rebelión”, “si de resultas de ese concierto el delito de rebelión se consuma” (17), “consumado el delito”, “bien hace la Ley en perdonar por completo la pena” (18), etc.

Cuello Calón comentando el artículo 299 del Código de 1928, expresamente le denomina “beneficio” (19), y cuando se plantea la cuestión, al modo que hicieran Pacheco y con posterioridad Groizard, de si el precepto citado comprende la conspiración y proposición a la rebelión y sedición, en el supuesto de que se verifique la situación que el mismo describe, se pronuncia con expresiones que tienen relación con el tema central de su naturaleza: “yo creo esta solución la más justa, pues la situación de los ejecutores que se disuelven ante la autoridad, al someterse a ésta, anulan, destruyen, *su actividad delictuosa anterior* colocándose en situación análoga al que abandonó espontáneamente la ejecución del delito en el momento de la tentativa, mientras que los meros conspiradores en nada contrarrestan *su anterior actividad criminal*” (20).

b) Lo que se pudiera denominar actual situación, y los distintos problemas planteados en torno al vigente artículo 226 por la doctrina es-

(12) Alejandro GROIZARD, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, T. II, 2.ª ed. corr. y aument., Madrid, 1911, pág. 643.

(13) A. GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 644. Hemos subrayado.

(14) A. GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 645. Hemos subrayado (a excepción de “desiste”).

(15) A. GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 646.

(16) A. GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 647.

(17) A. GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 648.

(18) A. GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 649.

(19) CUELLO CALÓN, *El Nuevo Código penal español*. T. II, Barcelona, 1930, pág. 67.

(20) CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, pág. 68.

pañola, tienen, en verdad, su origen confesado, conforme veremos en su lugar, por Rodríguez Muñoz, en la tesis de Silvela, que ha sido utilizada en el posterior desarrollo dogmático del tema: Silvela inicia un planteamiento general del artículo 258 del Código penal de 1870 afirmando “que existen otras causas (se refiere además de las de justificación e inimputabilidad) que producen el efecto de eximir de responsabilidad criminal a la persona que ejecuta un hecho castigado por la Ley”, y la razón de “esta especie de exención... aparece más bien fundada en motivos transitorios y de conveniencia, correspondiendo a los que hemos llamado política dentro del Derecho penal. *Considera el legislador, en efecto, más útil tolerar el delito que castigarle aún conociendo que existe delito, y que hay personas que de él pudieran responder*”. “Estas causas, que no tienen denominación especial en nuestro Derecho, pueden ser, con bastante propiedad, designadas bajo el nombre de *excusas absolutorias*” (21). Entre otras que no son del caso, incluye Silvela el citado artículo 258. Silvela verifica el comentario siguiente, que de forma textual transcribimos: “Los delitos, pues, de rebelión y sedición comenzaron a ejecutarse por hechos exteriores, y, aplicando las reglas generales, eran punibles, con tanto motivo cuanto que respecto de ellos se castigan los estados de conspiración y proposición; y, siendo punibles el acto sólo de proponer y el hecho sólo de concertarse, con mucho más razón lo sería el empezar a ejecutar lo propuesto y a poner por obra lo decidido. Sin embargo, por las falsas ideas respecto a los crímenes llamados políticos por la necesidad de no cerrar jamás la puerta al que vuelve al camino del deber, siquiera sea temporalmente y quizá por miedo, el legislador español declara exentos de pena a los revoltosos que se someten y a los sediciosos que reconocen la autoridad legítima” (22).

La opinión de otro autor, el P. Jerónimo Montes —olvidado en ocasiones por la posterior doctrina científica—, merece reseñarse, a los efectos de delimitar la naturaleza y función del precepto comentado. El P. Montes, afirma que “existen, por último, algunas otras causas llamadas *excusas absolutorias*, que excluyen la responsabilidad criminal sin que el hecho pueda justificarse, a lo menos teóricamente, ni se dé en su autor causa alguna de inimputabilidad. Obedecen a razones de política penal, y a otros de diversos órdenes, fáciles de comprender en cada caso” (23). Una de ellas es, a su juicio, la descrita por el artículo 258 del Código de 1870, y en los pasajes que a continuación se recogen, ofrece su razonamiento general y la función que les asigna: “tanto estas causas de exención de pena como otras varias de que nos haremos cargo al tratar de los delitos especiales a que tienen aplicación no pueden fundarse en la excepción o el privilegio, sino

(21) Luis SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España* (Parte Segunda), Madrid, 1903, pág. 201.

(22) L. SILVELA, *ob. cit.*, pág. 202.

(23) P. JERÓNIMO MONTES, *Derecho penal español*. (Parte General), Vol. I, Madrid, 1917, pág. 464.

en que los hechos a que se refieren constituyen delitos a los ojos, de la ley... suponer que hay un verdadero delito sin responsabilidad criminal y sin pena, es, en el derecho legislado, un contrasentido. Solamente las acciones u omisiones penadas por la ley son delitos; luego no lo son las no penadas por la misma ley... hay imputabilidad moral, más no imputabilidad política, por diversas razones de este orden, que aconsejan la no punibilidad de ciertos hechos que, considerados en abstracto, son imputables y punibles. De donde se sigue que estas causas de excepción penal pueden reducirse a las de justificación, en cuanto están fuera de lo *ilícito penal*" (24).

c) La somera exposición verificada hasta el momento, conduce a las siguientes conclusiones:

a') De manera uniforme se ha fundado la cláusula legal en razones utilitarias, político-criminales, aunque con variada formulación.

b') No han faltado quienes, más concretamente, la cifraron en el premio que supone para el arrepentimiento y el desistimiento, habiendo sido empleados ambos conceptos indistintamente (Groizard).

c') Es doctrina dominante la que afirma la existencia de delito. Excepcionalmente, el P. Montes la niega en atención a la función que concede a las excusas absolutorias y a su estimación de la pena como requisito imprescindible del delito. Cuello Calón admite que el delito se ha verificado, aun cuando después queda anulado.

d') Específicamente se le vino denominando: causa de exención de la pena, excusa absolutoria, perdón, gracia, premio, etc.

e') Se señala, incluso, su valor coordinador con los tipos específicos de la rebelión y sedición, y sus problemas particulares fueron puestos de manifiesto para deducir su naturaleza (Silvela).

f') Asimismo es objeto de tratamiento y colocación sistemática en la Parte general, en inmediata referencia con la estructura del delito (Silvela y el P. Montes).

d) Una vez precisado lo anterior, cabe preguntar: ¿qué actitud ha seguido la *doctrina penal española contemporánea* sobre los diferentes problemas que el vigente artículo 226 plantea? No cabe la menor duda que ha sido Rodríguez Muñoz quien ha revalorizado la problemática técnica que el artículo 226 lleva consigo, muy especialmente en su proyección general, es decir, referida al concepto y estructura del delito.

Rodríguez Muñoz sitúa la cuestión en los siguientes términos: de si el "requisito de la pena" (25) es o no necesario en la definición de delito. Y continúa: "¿puede, en realidad, prescindirse de la pena como característica conceptual del delito?" (26). A su juicio, "lo que ahora importa de manera más directa es formular y resolver esta pregunta

(24) P. J. MONTES, *ob. cit.*, pág. 465.

(25) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas al Tratado de Derecho penal*, de E. MEZGER, T. I. Nueva ed. rev. y puesta al día, Madrid, 1955, pág. 157.

(26) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, l. cit.

en orden a la legislación española" (27). Así planteado el problema, y con la finalidad de resolverlo, Rodríguez Muñoz realiza un estudio crítico de la posición de Silvela sobre las llamadas *excusas absolutorias*, para concluir diciendo que la opinión de este último carece de fundamento en el Código penal español puesto que "no tiene consistencia alguna" (28). Según Rodríguez Muñoz, "es preciso someter a una revisión las denominadas excusas absolutorias al objeto de determinar su naturaleza propia. Pues si se llegara a demostrar que en dichas denominadas excusas absolutorias lo que realmente falta es, por ejemplo, la antijuridicidad o la culpabilidad de la conducta típica, se impondría la conclusión de que... podía ser definido el delito como acción típicamente antijurídica y culpable" (29). Por lo que al artículo 226 se refiere, de forma concreta, Rodríguez Muñoz estima que en él "no es posible percibir una ausencia de la antijuridicidad o de la culpabilidad. Ello es clarísimo, ante todo, en lo que respecta al artículo 226, que contempla un caso típico de arrepentimiento. El arrepentimiento podrá en determinadas situaciones hacer desaparecer la pena, pero supone precisamente la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable" (30). Pero, continúa, "¿puede decirse que son conductas delictivas? ¿Puede sostenerse, como afirmaba Silvela, que se trata en un caso y en otro de delitos, a pesar de que el sujeto está exento de responsabilidad criminal? En lo que concierne al artículo 226, la cuestión debe resolverse en sentido afirmativo. En este caso se trata de acciones cuyo proceso de generación y consumación no ofrece peculiaridad de ninguna clase, y en la que sólo después de consumadas, la conducta posterior (arrepentimiento) de ciertos autores (no de todos) determina la exclusión de la pena. Sería absurdo negar en tales casos que la conducta es propia y verdaderamente un delito" (31). Para Rodríguez Muñoz el artículo 226 es una "verdadera" excusa absolutoria, en la que "lo característico es la ausencia de pena" (32), y "se trata de conductas delictivas. En referencia al artículo 226, porque ello resulta de manera indubitada de la propia esencia y naturaleza genuina del arrepentimiento (determinante aquí de la exclusión de responsabilidad)" (33), y, por tanto, concluye, finalmente, que para el concepto del delito en derecho español no es "necesario añadir el requisito de la pena" (34).

La tesis de Rodríguez Muñoz ha supuesto, sin duda, un paso decisivo en la forma de entender el artículo 226, de manera especial en cuanto a su función en la teoría general del delito. Sin embargo,

(27) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, l. cit.

(28) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, pág. 159.

(29) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, l. cit.

(30) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, pág. 161.

(31) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, págs. 161-162.

(32) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, pág. 162.

(33) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, pág. 163.

(34) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, l. cit.

la crítica de la doctrina española ha sido constante, y se ha resistido tenazmente a descartar la punibilidad como elemento del delito. Sin que sea éste el momento de plantear dicha cuestión, se ha negado por Jiménez de Asúa, Del Rosal, Ferrer-Sama, Quintano Ripollés, etcétera, que quepa deducir del artículo 226 la negación de la punibilidad como elemento del delito (35), y más adelante exponeremos las distintas razones que pueden ser aducidas.

Referida la exposición a los específicos problemas planteados sobre el artículo 226, se afirma por Cuello Calón que se trata de una excusa absolutoria fundada en razones de "conveniencia política", de un caso de "delito impune", de "perdón" (36). También para Ferrer-Sama se acepta que es una excusa absolutoria, en la que se comprueba la existencia de delito, dándose el "perdón de la ley" (37).

Para Quintano Ripollés es una excusa absolutoria (38), que no guarda relación con la atenuante novena del artículo 9 del Código penal (39). Por el contrario, Jaso Roldán, aunque admite sea una excusa absolutoria y son "razones de política criminal (las que) aconsejan en estos casos la impunidad de ciertos autores", afirma que en estos delitos es el "arrepentimiento como un puente de plata", "funciona el arrepentimiento como causa que determina la impunidad" (40), señalando, a continuación, los problemas que plantea su tesis con el artículo 219.

Antón Oneca se pronuncia en los términos siguientes: se trata de una auténtica excusa absolutoria, y su razón "es de pura conveniencia: evitar el derramamiento de sangre y demás duras consecuencias de la guerra civil" (41), y, posteriormente, dice literalmente así: "en el primero (se refiere al artículo 226) la tesis de Rodríguez Muñoz es seductora, y no faltan motivos para equiparar el desistimiento ante las intimaciones a las causas de extinción de la responsabilidad criminal (indulto, prescripción, perdón, del ofendido) por las cuales el Estado renuncia a castigar un hecho punible, cuya na-

(35) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, Caracas, 1945, pág. 536 y siguientes. Del mismo, *Tratado de Derecho penal*, T. III, Buenos Aires, 1951, página 71. DEL ROSAL, *Principios de derecho penal español*, T. II, Vol. I, Valladolid, 1948, pág. 423 y sigs. Del mismo, *Derecho penal español*, T. I, Madrid, 1960, pág. 204 y sigs. y T. II, Madrid, 1960, pág. 75 y sigs. y 81 y sigs. A. FERRER-SAMA, *Comentarios al Código penal*, T. I, Murcia, 1946, pág. 35. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, T. I, Madrid, 1958, pág. 366. Del mismo, *Curso de Derecho penal*, T. I, Madrid, 1963, pág. 398.

(36) E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (P. Gen.), 14.ª ed., Barcelona, 1964, pág. 595. Del mismo, *Derecho penal* (P. Esp.), 11.ª ed., Barcelona, 1961, pág. 112.

(37) FERRER-SAMA, *Comentarios*, cit. T. III, págs. 200-201.

(38) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, cit. T. I, pág. 406. Del mismo, *Compendio*, cit. T. II, pág. 56. Del mismo, *Curso* cit. T. II, pág. 495.

(39) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, vol. II, Madrid, 1946, pág. 100.

(40) JASO ROLDÁN (R. Muñoz y R. Devesa), *Derecho penal* (P. Esp.), Madrid, 1949, pág. 81.

(41) ANTÓN ONECA, *Derecho penal* (P. Gen.), Madrid, 1949, pág. 316.

turaleza delictiva ha sido una realidad indiscutible. Mas por otro lado se impone el parangón con el desistimiento en la tentativa y la frustración que suprimen la infracción, no obstante haber sido punibles los actos anteriormente realizados si el culpable hubiera sido sorprendido antes del desistimiento, sin que naide dude de que la ausencia de éste es elemento del delito imperfecto. En efecto, en el caso del artículo 226 se supone realizado el alzamiento, pero el sujeto puede insistir más o menos tiempo en la violación jurídica; el delito está consumado, más no agotado (en realidad la ley, al poner el logro de la objetividad de la especie delictiva en el simple alzamiento, ha construido una consumación anticipada), y esto permite eximir a ciertos partícipes por el retroceso en su conducta, por una sumisión que borre su anterior rebeldía. No por que se tome en cuenta el arrepentimiento—que sería signo de menor culpabilidad—, pues no puede hablarse propiamente de arrepentimiento, en el sentido dado por la moral a la palabra, en quienes se rinden ante fuerzas mayores superiores por motivos de conveniencia, para favorecer la solución incruenta” (42).

Para Del Rosal, el artículo 226 es una “excusa absolutoria” (43), y más precisamente, una “excusa absolutoria característica” (44), y su estudio lo verifica en la teoría jurídica del delito, epígrafe relativo a “La punibilidad, su ausencia” (45). De la existencia en nuestro Código de dicho precepto extrae conclusión diametralmente opuesta a la de Rodríguez Muñoz, esto es, admisión de la punibilidad como elemento del sistema y concepto del delito (46), ya que “se trasluce de modo fehaciente cómo el legislador, debido a especiales razones, *no actualiza la aplicación de la pena*, pero con ello no desdice el requisito de la pena, como elemento del delito, puesto que en ambos artículos (se refiere tanto al 226 como al 564 del Código penal) la suspensión de la pena se limita a los meros ejecutores, quedando, por demás, vigente la punibilidad para los demás culpables” (47). A su juicio “resulta incuestionable que se trata de un caso de impunidad por razón políticocriminal, cifrada a las claras en un *premio al arrepentimiento*, con lo que dicho se está que sería incruenta la aplicación de la pena” (48). Más adelante, precisa: “en la decisión judicial se tendrá que apreciar el comportamiento delictivo, salvo que no se les aplicara pena alguna, debido a las especiales circunstancias señaladas en el meritado precepto penal. Se les declara culpables, en una palabra, y sobre esta declaración delictiva se estampa *la exención*.”

(42) ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 317.

(43) DEL ROSAL, *Principios*, cit., II, pág. 428. Del mismo, *Derecho penal*, cit., I, pág. 205. En concreto, reafirma su tesis, en comentario jurisprudencial, titulado *De la excusa absolutoria del artículo 226 del Código penal*, en ADFCP, I, 1965, págs. 137 y sigs.

(44) DEL ROSAL, *Derecho penal*, cit., II, pág. 83.

(45) DEL ROSAL, *Derecho penal*, cit., II, págs. 80-86.

(46) DEL ROSAL, *Principios*, cit., II, págs. 426-431.

(47) DEL ROSAL, *Principios*, cit., II, pág. 429. Hemos subrayado.

(48) DEL ROSAL, *Derecho penal*, cit., II, pág. 84. Hemos subrayado.

de pena. La prueba de que ello es así se confirma con sólo pensar en que la culpabilidad y la consiguiente aplicación de la pena permanece íntegra para los participantes que fueren funcionarios públicos. Y, en consecuencia, esta *excusa* deberá ser reconocida en la sentencia" (49).

Para Rodríguez Devesa, recientemente, "es un reconocimiento de particulares efectos al arrepentimiento, aunque a veces no sea espontáneo ni cumpla con los requisitos que exige el número 9 del artículo 9" (50), y, a su juicio, Rodríguez Muñoz demostró que no estamos ante una "excusa absolutoria", sino ante un "caso típico de arrepentimiento" (51), planteándose a continuación el alcance específico del artículo 226 dentro de los tipos de rebelión y sedición (52).

e) Como puede observarse, la doctrina penal española contemporánea ha situado los problemas planteados en la interpretación técnica del artículo 226 de la forma siguiente:

a') Desde el punto de vista de los principios informativos, es opinión dominante, como sucedía con las tesis de los antiguos comentaristas, que estamos a presencia de razones político-criminales, de utilidad, de simple conveniencia. No obstante, existe abierta disconformidad de pareceres, colocada la cuestión en el estricto terreno técnico, pues se aduce como fundamentación del artículo 226:

a") El arrepentimiento.

b") El desistimiento.

c") Indistintamente ambos.

b') Referente a su denominación técnica, se prefiere el empleo de:

a") Excusa absolutoria.

b") Perdón de la ley.

c") Exclusión o exención de la pena.

c') Se discute, no estando resuelta la cuestión dogmáticamente, si y hasta qué punto el artículo 226 tiene valor funcional en orden a la configuración del concepto técnico jurídico del delito y de su estructura en la Parte general, concretamente referido a la consideración de la punibilidad como elemento de la misma. Más concretamente: si del artículo 226 pueden deducirse argumentos con significación, en el sentido que fuese, para el concepto técnico del delito en general.

d') Por último; su función coordinadora en los tipos específicos de rebelión y sedición, y concretamente el ámbito de aplicación del artículo 226.

e') La cuestión c') desde la perspectiva del presente desarrollo histórico-doctrinal, es, sin duda, nueva, pues las restantes fueron ya

(49) DEL ROSAL, *Derecho penal*, cit., II, pág. 85. Hemos subrayado.

(50) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, T. II (P. esp.), Valladolid. 1965, pág. 188.

(51) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 188, nota 1.

(52) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 189.

planteadas por la doctrina de los antiguos comentaristas, con más o menos variaciones terminológicas.

4. *Su fundamento. Precisión sobre los supuestos en los que despliega su eficacia. Arrepentimiento o desistimiento. Limitación a los "meros ejecutores". Resumen.*

De acuerdo con el sentir unánime de la doctrina, es evidente que el fundamento sustancial del artículo 226 responde a consideraciones de utilidad y conveniencia, en suma, político-criminales. En ese sentido, no existe la menor duda que, a efectos del legislador, supone una ventaja no castigar situaciones como las comprendidas por dicho precepto, en atención a la especial naturaleza de los tipos delictivos a los que se refiere.

Pero, al margen de lo anterior, interesa, antes de nada, verificar una consideración en orden a las *situaciones reales* contempladas por el artículo 226, con la finalidad de conseguir su justa comprensión.

Como es sabido, los delitos de rebelión y sedición se encuentran incluidos dentro de la rúbrica genérica de "delitos contra la seguridad interior del Estado". Tan ambigua expresión—como se ha dicho por su alusión al término "seguridad"—está sujeta a una serie de versiones, conteniendo un carácter proteico puesto de manifiesto por la doctrina (53), y únicamente pudiera ser concretado, en su caso, a la vista de cada uno de los tipos en particular. No obstante, en el presente estudio será utilizada en su expresión más amplia, pues, en definitiva, como simple instrumento de trabajo, puede ser entendida a nuestros efectos como "estabilidad, la continuidad de personas e instituciones" (54) y completada con la referencia al anormal desenvolvimiento de la función desempeñada.

Ahora bien: en el terreno fáctico, debe tenerse en cuenta que el artículo 226 lleva a cabo una remisión, por lo que a las conductas se refiere, a los artículos que regulan los delitos de rebelión y sedición, como es natural. Y dichos preceptos deben ser concretados de acuerdo con la situación descrita por el artículo 225 del Código penal, en la medida que el artículo 226 se expresa refiriéndose a las "intimaciones", bien porque *a consecuencia de ellas* los rebeldes o sediciosos se sometan o disuelvan, bien porque esto último se produzca *antes* de las mismas, pero siempre girando en torno a una situación que las hace o puede hacer necesarias (55).

(53) RODRÍGUEZ DEvesa, *ob. cit.*, pág. 8.

(54) RODRÍGUEZ DEvesa, *ob. cit.*, pág. 9.

(55) El artículo 225 del texto revisado de 1963 dice: "Luego que se manifieste la rebelión o sedición, la autoridad gubernativa intimará hasta dos veces a los sublevados que inmediatamente se disuelvan y retiren, dejando pasar entre una y otra intimación el tiempo necesario para ello. Si los sublevados no se retiraran inmediatamente después de la segunda intimación, la autoridad hará

De esa forma, en cuanto a la *sedición*, fundamentalmente habrá que operar con los artículos 218 y 222—este último en las situaciones reales en que el *medio* de verificarse sea comprendido por los artículos 225 y 226—, ya que el artículo 219 supone, evidentemente, la existencia de una genuina y auténtica sedición (56). Generalmente el esquema será el deparado por el tipo del artículo 218: “los que se alzan pública y tumultuariamente para conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales cualquiera de los fines siguientes”.

Por lo que atañe a la *rebelión*, y con base en consideraciones afines a las anteriores, será el artículo 214 quien fijará los contornos de las situaciones en que puedan entrar en juego los artículos 225 y 226: “los que se alzarán públicamente y en abierta hostilidad contra el Gobierno para cualquiera de los fines siguientes”.

En ambos tipos, puede compartirse la opinión de Rodríguez Devesa de que “con arreglo a la *communis opinio* la *consumación* se produce con el alzamiento, sin ser necesario que los rebeldes alcancen los fines que se proponen. Es un delito de resultado cortado, en el que la consumación objetiva se anticipa, por razones de política criminal, a la subjetiva” (57). De suerte que el tipo se agota con la existencia de un “alzamiento público y en abierta hostilidad contra el Gobierno”, informado por unas específicas finalidades descritas en el artículo 214, o de “un alzamiento público y tumultuario” que, mediante el empleo de la fuerza o por fuera de las vías legales, tiende a la consecución de determinadas metas, señaladas por el artículo 218 del Código penal vigente.

Si lo anterior se produce, y queda comprobada esa tendencia fina-

uso de la fuerza pública para disolverlos. Las intimaciones se harán mandando ondear al frente de los sublevados la bandera nacional, si fuere de día, y si fuere de noche, requiriendo la retirada a toque de tambor, clarín u otro instrumento a propósito. Si las circunstancias no permitieran hacer uso de los medios indicados, se ejecutarán las intimaciones por otros, procurando siempre la mayor publicidad. No serán necesarias, respectivamente, la primera o la segunda intimación desde el momento en que los rebeldes o sediciosos rompieran el fuego.”

(56) El artículo 219 del texto revisado de 1963 dice: “Los reos de sedición serán castigados con las penas siguientes: 1.º Los que hubieran promovido la sedición, o la sostuvieron, o la dirigieren, o aparecieren como sus principales autores, con la pena de reclusión mayor a muerte, si fueren personas constituidas en autoridad civil o eclesiástica, o si hubiere habido combate entre la fuerza de su mando y la fuerza pública fiel al Gobierno, o aquella hubiere causado estragos en las propiedades de los particulares, de los pueblos o del Estado, cortado las comunicaciones telegráficas, ferroviarias o de otra clase, ejercido violencias graves contra las personas, exigido contribuciones o distraído los caudales públicos de su legítima inversión. Fuera de estos casos, se impondrá al culpable la de reclusión mayor. 2.º Los que ejercieren un mando subalterno, con la de reclusión mayor en los casos previstos en el párrafo primero del número anterior, y con la de reclusión menor en los comprendidos en el párrafo segundo del mismo número. 3.º Los meros ejecutores de la sedición, con la pena de prisión mayor en los casos del párrafo primero del número primero de este artículo, y con la de prisión menor, en los del párrafo segundo del mismo número.”

(57) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 173.

lista de las conductas, en las formas normativamente reseñadas, es decir, si la rebelión o sedición se han consumado, la autoridad intimará, de acuerdo con el artículo 225, y empleando los medios legalmente previstos, a los rebeldes y sediciosos para que se sometan o disuelvan. Precisamente si esto sucede, y el éxito acompaña a la intimación, o si antes incluso de ella desaparece el alzamiento, el artículo 226 eximirá de pena a los “meros ejecutores”, como textualmente indica.

La situación fáctica, contemplada en su doble vertiente por el artículo 226, queda de la anterior forma en cierta medida precisada.

Una primera afirmación, de indudable interés, puede ser mantenida con fundamento en lo expuesto: no existirá inconveniente, en principio, para admitir que la rebelión y sedición, son en orden al resultado y al bien jurídico protegido —conforme ha sido éste precisado anteriormente—, delitos de peligro concreto si se tiene en cuenta lo expresado en referencia con su consumación y con el entendimiento de la rúbrica “seguridad interior del Estado”. Esta comprensión como delitos de peligro de la misma, sin que sea necesario se consigan los fines (resultados) a los que las conductas típicas se orientan, así como la estricta titularidad del Estado del bien jurídico protegido, desempeñará sin duda, un papel decisivo en la concreción del fundamento y naturaleza del artículo 226.

Desde otra perspectiva más específica, se ha aludido al *arrepentimiento* por algunos autores, revalorizando recientemente dicha posición Rodríguez Devesa, en el sentido de que es el genuino fundamento del precepto comentado (58). El arrepentimiento, pues, constituirá el *quid* del artículo 226, y su efecto inmediato reconocido por el Estado, en este caso concreto, será la exención de la pena correspondiente, con lo que estaríamos ante ese “puente de plata” que se tiende al enemigo que huye, o se expresaría aquél “derecho premial” en ocasiones sostenido, conforme veíamos expresaba un selecto sector de la doctrina española. Pero, ¿efectivamente se trata de un premio que se concede por el *arrepentimiento* a los rebeldes o sediciosos?, o mejor todavía: ¿puede decirse que sea el arrepentimiento quien informa al artículo 226? La anterior tesis, a nuestro entender, no puede ser aceptada, y tampoco creemos que Rodríguez Muñoz —como tajantemente afirma Rodríguez Devesa (59)—, demostrara pura y exclusivamente que no se trataba de excusa absolutoria, sino de un caso típico de arrepentimiento: el propio Rodríguez Muñoz —y afirmar lo contrario sería subvertir la propia expresión gramatical que utilizaba—, conforme quedó reseñado, la señaló como “verdadera” excusa absolutoria. Que, a su juicio, tuviese fundamento en el arrepentimiento la citada excusa, no significaba que Rodríguez Muñoz no la considerase como tal.

(58) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 188, nota 1. En parecido sentido, DEL ROSAL, *Derecho penal*, cit., II, pág. 84.

(59) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, l. cit.

No obstante, si continuamos el razonamiento, puede sostenerse perfectamente, que el artículo 226 de ninguna forma exige el arrepentimiento de los sujetos activos, y mucho menos, una conducta posterior, de naturaleza negativa, que así lo exprese (60). Tanto si se lleva a cabo una comprensión del arrepentimiento en su acepción "moral", como en la estrictamente jurídica (atenuante 9.^a del artículo 9 del Código penal), se nos muestra, con evidencia, que no puede ser la última razón del artículo 226: el arrepentimiento se dará o no realmente, *sin* que ello afecte a la vigencia o no de la aludida cláusula. El artículo 226 lo único que requiere es que la rebelión o sedición se haya disuelto efectivamente, y nada más, con independencia de que esa disolución sea producto del arrepentimiento o de cualquiera otra causa. El arrepentimiento, en cuanto denota una determinada actitud subjetiva, de contrición, pudiéramos decir, *ni* se le exige a los rebeldes y sediciosos, *ni* el artículo 226 lo requiere para eximir de pena, y buena prueba de ello es que los autores morales, —no "meros ejecutores"—, aunque constase su arrepentimiento no quedarían impunes, como también estarían exentos los que se disolviesen, aún cuando en otra ocasión, incluso cercana en el tiempo, verificasen las conductas típicas de rebelión y sedición, y desde luego no existirá mejor forma de negar sea el arrepentimiento el principal y único fundamento que le informa. En esa misma línea de pensamiento podemos concretar, por tanto, lo siguiente: no es el arrepentimiento, ni entendido en su acepción moral exquisitamente espiritualista ni tampoco en su concepción jurídica, quien da sentido al artículo 226.

Como consecuencia de lo anterior, asimismo quedará descartado, por idénticas razones, que pueda hablarse indistintamente de arrepentimiento y desistimiento, y de que *ambos* constituyan la causa que le hace desplegar su virtualidad eximidora de pena.

En realidad, más que de arrepentimiento y desistimiento, debiera hablarse, sin más, de este último (61), y la propia estructura de los delitos de rebelión y sedición favorece esa forma de pensar: desde el punto de vista de la objetividad jurídica protegida en los artículos de rebelión y sedición, su simple puesta en peligro, el intento de quebrantarla, es ya constitutivo de los citados delitos. Sin embargo, desde la perspectiva del éxito, de la verificación del fin perseguido, el delito queda consumado anticipadamente, por la sencilla razón de que, en algunos casos, sería materialmente imposible castigar a los rebeldes o sediciosos. Es, pues, un intento, o incluso si se quiere, un principio de ejecución—siempre en conexión con la última finalidad perseguida—, elevado a la categoría de delito completo por el legislador, pero que se encuentra sujeto, por su propia naturaleza, a la posibilidad de *desistimiento*, que no arrepentimiento, y que por su afinidad,

(60) 'En el mismo sentido, ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 317. QUINTANO RIPPOLLÉS, *Comentarios*, cit., vol. II, pág. 100.

(61) Así, ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 317.

daño su carácter reversible, desempeña pareja función que la que se le atribuye en la tentativa de delito, de acuerdo con la declaración general del párrafo tercero del artículo 3 del Código penal (62).

Ahora bien: ése no proseguir *en* la rebelión o sedición supone, efectivamente, un desistimiento *eficaz*: el alzamiento en su entidad objetiva, desaparece, y con él la situación de peligro de la denominada seguridad interior del Estado. Objetivamente, por tanto, se elimina la razón de ser del delito, y de esa manera, el Estado renuncia a la concreta aplicación de la pena en referencia solamente con los “meros ejecutores”. No sucede, sin embargo, lo mismo con aquellos que no puedan ser inscritos dentro de estos últimos, es decir, en los meros ejecutores, pues serán castigados ciertamente, aunque de forma atenuada, en atención al párrafo 2.º del artículo 226 referido a los “demás culpables”, ya que siempre subsistirá, por su contribución intelectual en los delitos, la posibilidad de que generen la puesta en marcha de similares actividades delictivas, y concretamente la Ley parte de la existencia de un peligro, siquiera sea larvado, de que nuevamente se produzcan, configurándose, por consiguiente, como una situación *irreversible*, y de ahí que la pena sea mantenida para ellos, a pesar de producirse la disolución.

Resumiendo, tenemos:

a) Que ciertamente son razones de *utilidad* y conveniencia, las que han aconsejado al legislador la instauración y vigencia del artículo 226.

b) Que su genuino fundamento debe ser encontrado en el *desistimiento*, en la medida que supone la desaparición de la *ratio* incriminativa de los delitos de rebelión y sedición, que en ese sentido tienen carácter reversible.

c) Que no puede ser aceptado el arrepentimiento como última razón de ser del artículo 226, desde el momento que éste puede desplegar su función y vigencia, *sin* el concurso del primero, ya sea entendido moral o jurídicamente.

5. *Presunta significación del artículo 226 en referencia con el concepto y estructura del delito. Valoración crítica de la tesis de Rodríguez Muñoz. El artículo 226 como causa especial de exclusión de la pena.*

a) Como ha sido expuesto en el número 2 del presente trabajo, en la literatura penal española, fue Rodríguez Muñoz quien concedió especial relieve al artículo 226, entre otros, en orden a su eficacia en la formulación del concepto técnico jurídico del delito. Conforme veíamos en su lugar, la conclusión de Rodríguez Muñoz, con independen-

(62) Vid. ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, l. cit., quien también compara, conforme expusimos, la reversibilidad del supuesto presente a la función del desistimiento en la tentativa.

cia de su particularizado razonamiento, era ésta: del artículo 226 pueden ser deducidos argumentos para construir el concepto del delito de acuerdo con el derecho positivo español; tiene, pues, ciertamente relevancia y significación a ese respecto.

Es conveniente, al objeto de evitar cualquier confusión, llevar a cabo, en primer lugar, la siguiente precisión: en este apartado se tratará la cuestión de si la proposición de Rodríguez Muñoz es *verificable*, es decir, de sí y hasta qué medida tiene o no significación, operatividad, el artículo 226 en referencia con el concepto general del delito, que es cosa bien diferente a plantearse el tema de si la punibilidad es o no elemento esencial de su estructura, y por tanto, deba tener o no acceso a la definición técnica del delito (63).

Como es natural, esta última cuestión no podrá ser examinada en todo su alcance y proyección a base del solo estudio e interpretación del artículo 226. Por nuestra parte, en consecuencia, nos limitamos al primer problema, puesto que el segundo excede de los límites trazados para este estudio.

b) Si damos por reproducida la extensa y bien pensada nota, llena de agudeza, de Rodríguez Muñoz sobre la relevancia del artículo 226 (64), observaremos que la posterior doctrina científica, adoptando una actitud desestimatoria de la misma, ha fijado escasamente la atención *dentro* —por decir así—, de la línea lógica del que fue ilustre maestro de Derecho penal, aunque no por ello se desconozca que, en ocasiones, se hayan sugerido consideraciones críticas de la más alta calidad, en la mayoría de los casos de forma indiciaria, por lo que el planteamiento y posición del problema concretamente se refiere.

Es de destacar, dentro de los estrictos límites de este apartado, la opinión de Jiménez de Asúa, cuando observa que “ese análisis (se refiere al realizado por Rodríguez Muñoz), por agudo que parezca, sobre uno o dos artículos del Código, valiéndose más del elemento gramatical que de la interpretación sistemática y teleológica es contrario a las normas interpretativas actuales. Nada prueban esas disquisiciones sobre el breve ladrillo de un artículo —como quien baila el “chotis”—, contra la definición del artículo 1.º del Código penal español” (65). Desde otro punto de vista, se dijo por Quintano Ripollés,

(63) Vid., además de las obras españolas que venimos utilizando, MEZGER, *Strafrecht* (Ein Studienbuch), 5.ª ed., München-Berlin, 1954, pág. 40. BATTAGLINI, *Diritto penale*, 3.ª ed., Padova, 1949, págs. 162 y siguientes. Sobresale la valiosa contribución de B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, en Riv. it. di dir. e proc. penale, 1960, págs. 670 y siguientes. Su actitud general ante la sistemática del delito, en *Riesame degli elementi del reato*, en Riv. it. di dir. e proc. penale, 1963, págs. 351 y siguientes, por sólo citar algunos.

(64) Vid. notas 25 y siguientes de este trabajo, en donde se recoge un resumen de la misma y se remite al lugar en el que exploya su exposición.

(65) JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley*, cit., pág. 538. Desde la perspectiva contraria a RODRÍGUEZ MUÑOZ, es decir, admitiendo la punibilidad como elemento del delito, vid. la posición crítica de DEL ROSAL, *Principios* cit., II, pág. 428.

un tanto imprecisamente, que “el que existan causas que excluyan la punibilidad sin afectar a la existencia del delito, que es la razón más frecuentemente aducida, no es convincente en absoluto, dado que las causas que excluyen la culpabilidad y la imputabilidad tampoco destruyen el delito, que en abstracto subsiste” (66).

c) La tesis de Rodríguez Muñoz, en sus líneas generales, debe ser revisada. Se trata de un razonamiento que efectivamente tiene fuerza lógica y cierto poder convincente, pero que es susceptible de una serie de consideraciones críticas:

En primer lugar, deberá tenerse en cuenta —y es correcta la objeción de Jiménez de Asúa anteriormente transcrita—, que la disquisición sobre el artículo 226 realizada por Rodríguez Muñoz, olvida la existencia y genérica eficacia del artículo 1 del Código penal que ofrece, nada menos, que el *concepto legal* de delito. La censura adquiere mayor fuerza si se tiene presente que Rodríguez Muñoz pretende ofrecer una definición del delito —como de forma expresa reconoce—, que satisfaga las exigencias del derecho positivo español.

Rodríguez Muñoz lleva a cabo una penetrante argumentación, que inevitablemente tenemos que adjetivar de “paradógica”: muestra, según su esquema mental, una posible contradicción entre el artículo 226 y el artículo 1, ambos del Código penal, pero no habrá que perder de vista que el primero tiene su ámbito de vigencia *reducido* so-
lamente a las figuras delictivas de la rebelión y sedición, en tanto que el segundo nace, al menos, con la pretensión de virtualidad general para todo el catálogo de delitos del Libro II del Código penal. La argumentación paradógica, sin duda, puede ser empleada, como crítica aguda para el descubrimiento de excepciones y quiebras a formulaciones generales, o a la construcción de todo un sistema, pero sobre ella no puede ni debe construirse ninguno de los dos, ya que, en definitiva, solamente se contemplarían supuestos *límites*, perdiendo así su amplia y total eficacia: se corre el grave peligro de generalizar lo que por propia naturaleza es particular, con todos los inconvenientes que ello comporta.

Desde otra vertiente, tampoco se satisfacen con el planteamiento de Rodríguez Muñoz, exigencias *lógicas*, tan decisivas en un problema sobre el concepto y estructura general del delito, en donde a toda costa debe ser evitado incurrir en vicios que desde el origen inexorablemente condicionen el resultado de la investigación. Quizá sea éste

(66) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso cit.* T. I, pág. 398. Ya anteriormente, y en el terreno dogmático, con mayor acierto, DEL ROSAL afirmó que “no se olvide que el legislador no puede ni desvanecer la acción antijurídica, que históricamente ha pasado y la ha conjugado una persona individual en su conducta voluntaria, pero ni tampoco la culpabilidad que va vinculada a la propia acción u omisión” (*Principios cit.*, II, pág. 428), en inmediata y real referencia con los específicos supuestos estudiados, y sin necesidad de recurrir a la distinción entre delito en abstracto y delito en concreto.

el argumento que pudiera inhabilitar la propia raíz de la posición comentada, e incluso veda la *posibilidad* de su verificación.

La tesis de Rodríguez Muñoz se mueve dentro de los límites siguientes: si los hechos descritos por el artículo 226 (67) son constitutivos de delitos (son *ya* delitos) —opinión que indudablemente acepta—, como falta la pena, aquél puede ser definido sin que se aluda a ésta última. Ahora bien; a renglón seguido se dirá ciertamente: si los citados hechos *no* son delitos —lo que sin duda, a efectos hipotéticos, se podría afirmar—, como falta la pena, justamente *no* lo son, porque ésta es un requisito imprescindible para definir el delito. Pero lo que *no* se dice *previamente* es qué se ha de entender por *delito*, siendo así que de manera insoslayable, para poder preguntarse si estamos a presencia de delitos o no, habrá que dejar sentado qué se entiende por *delito* con *anterioridad*, a no ser que la pregunta se formule en el vacío.

¿Cómo puede afirmarse que el artículo 226 contempla delitos, si todavía no se sabe qué requisitos deben tener estos últimos? Es más: ¿cómo puede partirse de un concepto, el de delito, precisamente cuando de lo que se trata es de determinar los requisitos y elementos que lo componen? Por último: ¿cómo puede negarse o afirmarse la necesidad de un elemento del concepto, si ya se acepta que, en esos casos, estamos a presencia del concepto completo del delito? Necesariamente habrá que decir que si se trata de delitos, la “pena” —empleando la terminología de Rodríguez Muñoz, que así plantea concretamente la cuestión—, no es requisito imprescindible, dentro de la dialéctica del ilustre autor, pues es evidente que en los casos previstos por el artículo 226 no se actualiza realmente. No obstante, lo que sigue sin demostrarse, y justamente aquí radica el error, es por qué los supuestos contemplados por el artículo 226 son o no delitos, o por emplear otras palabras: no puede afirmarse, ni tampoco negarse, ni siquiera preguntar, sobre si son o no delitos hasta tanto no se conozca qué se ha de entender por delito, y mucho más, en el presente problema, cuando lo que se discute y se pretende esclarecer es si el delito necesita de éstos o aquellos requisitos.

Sucede, en última instancia, que en el pensamiento de Rodríguez Muñoz ha estado operando ya una idea de delito que de antemano excluye el presunto elemento que él niega, y precisamente es esto último lo que debiera demostrar. Se trata, por tanto, de un *preconcepto* que *condiciona* la investigación sobre el concepto del delito, y puesto que para el primero se acepta que el cuestionado elemento no es necesario, tampoco lo será naturalmente para el segundo. Se quebranta de esa forma la pureza metódica de la investigación con un auténtico

(67) Y lo mismo puede decirse del artículo 564 del Código penal, que también es utilizado por RODRÍGUEZ MUÑOZ como instrumento lógico con el que fundamentar su conclusión.

prejuicio: se prejuzga antes de proceder a su examen y posterior conclusión lo que por delito debe ser entendido.

Por otro lado, cuando se afirma que el artículo 226 describe o recoge una figura delictiva, se está diciendo algo que no sólo es impreciso, sino que no se corresponde con la genuina y estricta función del precepto. El artículo 226 ni describe delitos, ni tampoco conductas: se remite, simplemente, a los delitos de rebelión y sedición (artículos 214, 218, 219 y 222, conforme hemos expuesto) (68).

El artículo 226 expresamente se refiere a los “meros ejecutores de cualquiera de aquellos delitos y también los sediciosos comprendido en el artículo 219, si no fueren funcionarios públicos”, y a nadie se le ocurrirá pensar, y ni siquiera poner en duda, que los preceptos recogidos en el anterior paréntesis, no sean auténticos delitos. Por esa sencilla razón no tiene el menor sentido preguntarse si el artículo 226 contempla delitos o no, pues está claro, hasta la saciedad, que dicho artículo no se refiere, en forma alguna, a la constitución *ex novo* de delitos, sino que opera en los casos en que se hayan cometido la rebelión o sedición.

Si continuamos el razonamiento tenemos que si efectivamente el artículo 226 lleva a cabo una remisión a los artículos precisados, con fundamento en él no podrá deducirse ninguna consecuencia sobre el carácter delictivo o no de estos últimos, pues eso sólo lo podrán decir los particulares y concretos tipos que componen la rebelión y sedición, y en ese sentido, es perfectamente correcto afirmar que cuando entre en juego el artículo 226, cuando tiene eficacia, es evidentemente porque tales delitos se han verificado, esto es, *son ya delitos*. Si así sucede, si son ya delito, el artículo 226 para nada podrá ser utilizado, puesto que el concepto se encuentra completo, y de ninguna forma desempeñará el anterior precepto la función de añadirle o privarle de uno de los elementos que pueden componer el concepto genérico de delito.

Nuestra conclusión, pues, se concreta en la afirmación siguiente: el artículo 226 carece de toda relevancia en orden a la configuración del concepto general del delito, y consiguientemente, de su estructura, y cualquier argumento que, en ese sentido, se pretenda extraer del mismo se encuentra invalidado de antemano por las anteriores razones.

Por último, y en referencia con la cuestión de fondo planteada por Rodríguez Muñoz, no podemos sustraernos a apuntar que el citado autor ni una sola vez habla de “punibilidad”, sino que constantemente pregunta si no castigando al autor puede existir delito, si la “pena”

(68) Vid. lo expuesto al inicio del número 4 de este trabajo. DEL ROSAL afirma todo lo contrario que RODRÍGUEZ MUÑOZ, en el sentido que justamente la vigencia del artículo 226 propugna por la admisión de la punibilidad como elemento del delito o, al menos, que “con ello no (se) desdice el requisito de la pena como elemento del delito”, aunque, según expondremos, la verdad es que finalizamos sosteniendo que con el artículo 226 *nada se dice*, o mejor, nada puede extraerse, sobre el cuestionado extremo. (Vid. DEL ROSAL, *Principios*, cit., II, págs. 428 y 429.)

es necesaria para su definición. Y las expresiones anteriores son ambiguas por demás, ya que no cabe duda que *sin* pena y *sin* castigar al autor podrá existir delito, y por tanto, no hay por qué concebir en esos términos la cuestión, pues ciertamente, si así se hace, no podrá llegarse a conclusión definitiva alguna. Sin duda, puede darse delito sin pena, pero es radicalmente absurdo que se hable de delito sin punibilidad, de hechos jurídicos, abstractamente considerados, sin consecuencia jurídica normativamente prevista (69). La diferencia entre pena y punibilidad es olvidada por Rodríguez Muñoz, siendo así que de la misma no puede prescindirse: la infinidad de "hechos" que nadie duda sean "delitos", y cuyo autor no es castigado, que cabe imaginar a la vista de nuestra legislación, es abrumadora y necesariamente convincente (artículos 112, 113, 114 y 115 del Libro I del Código penal; artículos 450, 451, 443, etc. del Libro II del Código penal).

d) Por nuestra parte, debemos concretar la *naturaleza* y *alcance* del artículo 226, de la manera siguiente:

a') El artículo 226 para nada afecta al elemento del delito "punibilidad": ni lo afirma, ni lo niega, como tampoco a ningún otro requisito del concepto genérico de la infracción delictiva, careciendo de toda operatividad en la construcción del mismo y de su estructura.

b') El artículo 226 opera sobre el proceso de concreción real de la punibilidad, sobre la "pena" de determinados y específicos delitos, reseñados normativamente, eliminándola en el supuesto de que median ciertas circunstancias legalmente precisadas y en su momento apuntadas en este trabajo.

c') El artículo 226 es, en definitiva, una *causa especial de exención o exclusión de la pena*; afecta a determinadas figuras delictivas; elimina tan sólo la pena de las mismas.

d') En su aspecto sistemático el artículo 226, con independencia de los particulares problemas que pueda plantear por su vigencia para los delitos de rebelión y sedición que serán tratados en la Parte especial, deberá ser situado y estudiado en la Parte general, Teoría de la pena, y no en la Teoría jurídica del delito, si se es consecuente con lo anteriormente expuesto.

6. *Valor del artículo 226 en los concretos tipos a los que afecta. Ambito de vigencia. Solución a los problemas planteados.*

El desarrollo de los anteriores epígrafes desvela un sector de la problemática planteada en la interpretación del artículo 226. No obstante, deben ser resueltas en este lugar algunas *concretas* cuestiones

(69) Vid. la bibliografía recogida en la nota 63 de este trabajo, especialmente la posición de PETROCELLI, que sostiene pareja tesis en orden al problema general de la punibilidad y su función en el concepto del delito. El tema, referido al concepto del delito, puede verse en M. COBO, *Resumen y sistematización del desarrollo histórico dogmático del concepto del delito*, en Rev. Dcho. Judicial, núm. 8, 1960, págs. 50-75, con amplia bibliografía.

que se deducen del valor y función asignados al artículo 226 en inmediata referencia con los delitos de rebelión y sedición a los que directamente afecta. Se centrarán fundamentalmente en su *ámbito de vigencia* y aplicación a algunos casos particulares que necesitan cierta aclaración.

En el número 4, exponíamos los concretos tipos delictivos en los que, sin duda, operaba el precepto sin olvidar su necesaria conexión con el artículo 225 que inexorablemente condiciona su aplicación. Sobre el presente extremo se ha planteado por Rodríguez Devesa el tema de su extensión, con el tenor siguiente: "evidentemente, este beneficio está pensado para la rebelión o sedición con alzamiento. Sin embargo, la letra de la Ley no excluye los demás casos y una restricción en perjuicio del reo no parece indicada, por lo que habrá de aplicarse también cuando por tratarse de formas solapadas no haya lugar a las intimaciones" (70). No existe el menor inconveniente en aceptar la afirmación general que inicialmente mantiene Rodríguez Devesa, aunque no precise, siendo obligado, los concretos tipos sobre los que proyecta su eficacia el artículo 226. Pero lo que sí debe ponerse muy en duda, y por nuestra parte negamos, es que tenga plena vigencia para lo que el citado autor denomina "formas solapadas" que "no haya lugar a las intimaciones". Las razones en contra de dicha tesis pueden resumirse así:

a) El artículo 226 declara ciertamente una exención de pena, pero *sólo* cuando reúnan necesarios requisitos determinadas conductas, y concretamente estemos a presencia de "intimaciones", o sea posible su verificación: "antes de las intimaciones o a consecuencia de ellas", no significa otra cosa. Por tanto, en ningún caso podrá prescindirse de las llamadas "intimaciones" o de su *posibilidad*, en la forma concretada por el artículo 225.

b) En el razonamiento de Rodríguez Devesa se olvida lo anterior y la coordinación existente entre el artículo 226 y el 225, así como que, necesariamente, este último desempeña una función de *selección* de los tipos a los que puede aplicarse el primero, de suerte que si es imposible materialmente se practiquen las intimaciones, a pesar de la indiscriminación que supone el penúltimo párrafo del artículo 225, *nunca* podrá entrar en juego el artículo 226. La única excepción a dicha tesis solamente la ofrece el párrafo último del artículo 225: "no serán necesarios, respectivamente, la primera o la segunda intimación, desde el momento en que los rebeldes o sediciosos rompieren el fuego". Pero la verdad es que en este caso, por otro lado, difícilmente podría tener eficacia, por lo demás, el artículo 226.

(70) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 189. De interés la sentencia comentada por DEL ROSAL, y la exégesis de la misma, en cuanto al ámbito en que despliega su eficacia el artículo 226. (*De la excusa absoluta del artículo 226 del Código penal*, en ADPCP, I, 1965, págs. 137-141.)

c) A través, pues, de la función coordinadora desempeñada entre sí por los artículos 225 y 226, que describen todo un proceso de actuación por parte de la "autoridad", ante el estímulo "rebelión y sedición", tendrán que ser precisados los delitos a los que se refiere el beneficio del artículo 226. Quizá la única incongruencia que exista, dado que se alude a los "meros ejecutores" y al artículo 219 en el artículo 226, sea la planteada por el primer inciso del artículo 215 del Código penal, en el que puede verificarse la conducta que describe *sin* que necesariamente se sea "meros ejecutores", siendo así que su paralelo, en líneas generales, de la sedición (el artículo 219 del Código penal), si se encuentra recogido por el artículo 226. Mal que pese, la expresión "meros ejecutores" impedirá les alcance el privilegio, por propio imperativo legal.

Referido asimismo a su ámbito de vigencia, veíamos en el número 3, se planteaban los autores, por la especial regulación de la "conspiración y proposición" en estos delitos, la cuestión de si les comprendía o no la exención del artículo 226 a quienes, sin ser "meros ejecutores", habían realizado las anteriores conductas. Las opiniones eran dispares, como en su momento reproducimos. En la actualidad, operando con la fórmula general de los artículos 3 y 4 del Código penal, no existirá inconveniente en aceptar la tesis negativa, aunque no se desconozcan las lamentaciones de Quintano Ripollés (71): ni son meros ejecutores, ni se encuentran, en su caso, dentro del artículo 219, y han conspirado o provocado para la comisión de un delito.

Lo anterior, sin embargo, no significa que quepa aducir, como también sería factible en el supuesto que planteaba Rodríguez Devesa, a la atenuación que prescribe el párrafo segundo del artículo 226, pero de ninguna forma a la total exención: son, sencillamente, los "demás culpables" del citado párrafo segundo del artículo 226 (72).

(71) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, cit., vol. II, pág. 100.

(72) El presente estudio ha sido enviado para el tomo en homenaje al profesor Biagio Petrocelli, que próximamente publicará la Universidad de Nápoles.

En torno al concepto y al contenido del Derecho Penal Tributario

Texto de la intervención en las I Jornadas Luso-hispano-americanas de Estudios financieros y fiscales y texto de sus Conclusiones

FERNANDO SAINZ DE BUJANDA
Catedrático de Hacienda pública en la
Facultad de Derecho de Madrid

SUMARIO: I. ANTECEDENTES: A) *Génesis de las "Jornadas Luso-hispano-americanas de Estudios financieros y fiscales"*. a) Propuestas de "Mesa redonda" formuladas en el seno del Comité científico permanente de la "International Fiscal Association". Primeras realizaciones: su insuficiencia. b) El propósito renovador es formalmente acogido por los especialistas portugueses e iberoamericanos y ulteriormente apoyado por el grupo nacional español de la *Ifa*. Aparición de las "Jornadas Luso-hispano-americanas de Estudios financieros y fiscales". B) *Celebración de las I Jornadas*. a) Trabajos de organización realizados por el grupo portugués. b) Las sesiones de trabajo. Deliberación en torno a la naturaleza de la infracción tributaria.—II. INTERVENCIÓN ORAL: a) Palabras preliminares. Conexión de estas Jornadas con las reuniones de México. b) Conceptos jurídicos y legislaciones positivas. c) Concepto jurídico de sanción y de pena. d) Concepto y naturaleza jurídica de la infracción tributaria. Extensión del concepto de pena al área fiscal: sus consecuencias. d) Conceptos lógico-jurídicos y conceptos legales. Razones de su eventual distanciamiento en el área de la infracción tributaria. f) ¿Derecho penal tributario o Derecho tributario penal? Fundamento científico de la primera denominación. Razones prácticas y didácticas que explican la perduración de la segunda.—III. CONCLUSIONES: a) Comité de redacción y aprobación. b) Texto de las conclusiones aprobadas. c) Glosa final. Criterios jurídico-penales en que se inspiran las conclusiones. Su fecundidad para el imperio de la ley en las relaciones tributarias.

I. ANTECEDENTES

A) *Génesis de las "Jornadas Luso-hispano-americanas de Estudios financieros y fiscales"*.

En el horizonte científico acaba de aparecer una nueva entidad colectiva (exenta, por ahora, de personalidad jurídica) que ofrece consagrarse al estudio del fenómeno financiero. Aludo a las "Jornadas Luso-hispano-americanas de Estudios financieros y fiscales", que, iniciadas en Curía (Portugal) en el mes de septiembre de 1966, habrán de celebrarse en lo sucesivo, una vez al año, verosímelmente a continuación del Congreso que, con periodicidad igualmente anual, celebra la "*International Fiscal Association*" (*Ifa*).

Son estas Jornadas una nueva manifestación del propósito de contribuir, merced al trabajo coordinado de grupos de especialistas, al robustecimiento de los estudios financieros, especialmente en la vertiente fiscal, a los que ya se consagran, desde 1937, dos entidades internacionales bien conocidas (la "*International Fiscal Association*" y el "*Institut International de Finances Publiques*") y, desde años más recientes, una institución iberoamericana de sólido prestigio (el "*Instituto Latino Americano de Derecho tributario*").

Tengo el convencimiento de que en las tareas de estas "Jornadas" no dejarán de suscitarse los problemas de delimitación del objeto de estudio y de selección de métodos de trabajo que acompañan siempre a todo intento de elaboración corporativa de disciplinas científicas (1). Pero aún es pronto para averiguarlo y, por otra parte, no es eso lo que me propongo al redactar estas páginas. Lo que con ellas pretendo es mostrar las circunstancias en que las "Jornadas" han sido concebidas y los rasgos que enérgicamente las singularizan y distinguen de otros tipos de reuniones y actividades. Para hacerlo, es imprescindible conectar estas consideraciones con las tareas de la *Ifa*, no sólo por la coordinación temporal que aspira a establecerse entre las "Jornadas" y las reuniones anuales de la Asociación, sino, sobre todo, por haber sido en el seno de esta última, o, más precisamente, con ocasión de sus trabajos, como nació la idea de organizar las "Jornadas". En algún sentido, se quiso con estas últimas superar algunos de los inconvenientes que una agrupación de personas excesivamente vasta y heterogénea —como lo es hoy la *Ifa*— opone al despliegue de un diálogo fecundo sobre temas de estudio. Al dar noticia de la aparición de las "Jornadas" es, asimismo, de entera justicia referir el esfuerzo y la ilusión desplegados por los colegas portugueses para realizar el proyecto, precisamente en contraste con otras actitudes más propicias a seguir instaladas, por comodidad o conveniencia, en estructuras corporativas poco idóneas para la labor investigadora.

(1) Sobre este particular me remito a mi trabajo *La elaboración corporativa de las disciplinas financieras*, publicado en "Hacienda y Derecho", vol. V (Introducción), Madrid, 1967.

Estimo de alguna utilidad precisar bien, en estas horas inaugurales, los aspectos a que acabo de referirme, porque no deberían echarse en olvido al orientar el futuro desarrollo de las "Jornadas". Presumo, además, que algún día, tal vez no lejano, será necesario recordarlos, para evitar las desviaciones que con harta frecuencia perturban el recto desenvolvimiento de esta clase de actividades, al hacerlas discurrir por cauces para las que no fueron proyectadas.

- a) *Propuestas de celebración de "Mesas redondas" formuladas en el seno del Comité científico permanente de la "International Fiscal Association". Primeras realizaciones: su insuficiencia.*

La "International Fiscal Association" (en lo sucesivo, *Ifa*) es una entidad internacional consagrada, fundamentalmente, al estudio del Derecho internacional fiscal y del Derecho fiscal comparado. Su más importante método de trabajo consiste en la celebración de Congresos anuales, que, iniciados en 1937, han venido celebrándose, sin interrupción, desde el término de la segunda guerra mundial hasta el año en que estas páginas se escriben. El número de sus afiliados ha crecido sin cesar desde su fundación, y en 1963, fecha de las Bodas de oro de la entidad, su presidente, el Dr. Mitchell B. Carroll, proclamaba con satisfacción que sus componentes —personas físicas y personas jurídicas— rebasaban los dos millares. Los temas elegidos para los Congresos se han situado en diversos campos científicos y es difícil encontrar —sobre todo en los últimos años— criterios precisos y constantes para su selección. Por otra parte, la heterogeneidad de los afiliados —profesores, funcionarios, asesores de empresas y simples "curiosos" de la "fiscalidad"—, así como el régimen de las deliberaciones —en las que todos los asistentes tienen derecho, al menos de origen consuetudinario, a participar— ofrece obstáculos nada desdeñables al desarrollo de trabajos de calidad científica satisfactoria. Todo esto explica un visible retraimiento de los afiliados procedentes del sector universitario, que en medida creciente se abstienen de inscribirse en los Congresos, o de intervenir en ellos si, por razones extracientíficas, se han visto obligados a solicitar la inscripción. Un merecido prestigio, ganado con la publicación de Ponencias y de comunicaciones de alta calidad, amenaza derrumbarse si no se pone remedio a los males apuntados.

En las expresadas circunstancias, es normal que algunos directivos de la *Ifa* vengán afanándose por descubrir y poner en práctica medidas renovadoras, que salven a la entidad de un crecimiento hipertrófico, o que, al menos, si ello fuera ya inevitable, que brinden, en el seno de esa abigarrada multitud, métodos de trabajo más eficaces de los que hoy se emplean (2).

(2) Una referencia más extensa a todos estos extremos puede encontrarse en el trabajo citado en la nota anterior. En él se enuncian las medidas que juzgo más convenientes e inaplazables.

No es posible desconocer que el Consejo de Administración de la *Ifa*, atento a la creación de nuevas ramas nacionales y a engrosar las filas de la Asociación, se ha mostrado excesivamente liberal a la hora de aplicar criterios selectivos de reclutamiento y a la de regular las intervenciones en el desarrollo de los Congresos.

Pero la situación ha sido, en cambio, reiteradamente estudiada por otros órganos de la entidad, por varios de sus miembros más conspicuos, e incluso, recientemente, por una de sus más antiguas y brillantes ramas nacionales (3).

En vanguardia de estos esfuerzos renovadores ha de situarse el Comité científico permanente, que desde hace algunos años viene insistiendo, en sus reuniones primaverales (preparatoria de cada uno de los Congresos que en septiembre se celebran), en la necesidad de adoptar, sin pérdida de tiempo, medidas que conduzcan: 1.º A establecer criterios selectivos para la admisión de nuevos afiliados. 2.º A vigorizar la autonomía de las ramas nacionales, para que la *Ifa* vaya transformándose, en cierta medida, en una confederación de asociaciones. 3.º A delimitar, con un mínimo rigor, el campo de estudio de la entidad. 4.º A establecer un régimen preciso para las reuniones, aun cuando ello haya de conseguirse con merma de las manifestaciones sociales y de la horrenda plaga "turística", que amenaza con anegarlo y degradarlo todo —incluso a los verdaderos viajeros, que nada tienen que ver con los turistas; y 5.º A atraer la presencia activa de los profesores universitarios y, en general, de los hombres de ciencia, escasamente atentos en la actualidad, por razones ya descritas, a los trabajos de la entidad.

Los reiterados aldabonazos del Comité científico no han despertado aún de modo suficiente al Consejo de Administración, al que competen las altas funciones directivas y ejecutivas de la entidad, pero no han dejado por ello de provocar ciertas decisiones saludables. En varias ocasiones se ha conseguido, en efecto, que en los Congresos figuren, junto a los temas de discusión —llamando así a los que producen Ponencias nacionales y un Informe general, que es objeto de deliberación en el pleno del Congreso, y que habitualmente da origen a "conclusiones" o a "recomendaciones"— otros que se denominan de estudio ("*sujets d'étude*") y que sirven para promover la redacción de comunicaciones, cuyo análisis se confía a Comités de trabajo más reducidos, y que, eventualmente, pueden llegar a transformarse en temas de debate de sucesivos Congresos. En esa misma línea, de renovación de métodos de trabajo, pueden situarse algunas "Mesas redondas" o "Coloquios", en los que determinados núcleos de congresistas han tenido ocasión de ser informados sobre los aspectos más salientes de la vida fiscal de los países visitados (v. gr.: sobre el

(3) Con notable acierto, el grupo nacional italiano, acogiendo las sagaces y oportunas indicaciones del profesor Cesare COSCIANI, ha resuelto plantear los problemas enunciados en la próxima reunión de la *Ifa*, en Estocolmo (septiembre, 1967), de la que bien pudieran surgir los remedios salvadores.

sistema tributario británico, en el Congreso de Londres, de 1965, o sobre el sistema tributario portugués, en el de Lisboa, de 1966). Pero este último tipo de reuniones, enmarcadas en los Congresos, y superpuestas a las actividades de programación habitual y obligada, han recargado, a veces en demasía, la agenda de los participantes, sin darles, por otra parte, ocasión de mantener un diálogo íntimo, riguroso y suficientemente prolongado sobre los temas examinados. Las "Mesas redondas", así organizadas, han cumplido una función más informativa que coloquial. De ahí su radical insuficiencia.

- b) *El propósito renovador es formalmente acogido por los especialistas portugueses e iberoamericanos y apoyado ulteriormente por el grupo nacional español de la Ifa. Aparición de las "Jornadas Luso-hispano-americanas de Estudios financieros y fiscales"*.

Así las cosas, surgió la idea de que el coloquio científico, el cambio riguroso de impresiones entre especialistas que, a escala mundial —que es la propia de la *Ifa*— ofrecía dificultades insuperables, o de muy lejana solución, pudiera, al menos, realizarse en un sector amplio, pero bien acotado: el iberoamericano (dando a este vocablo su sentido más comprensivo, que incluye al mundo portugués).

Varias razones de mucha enjundia aconsejaban esta solución. Ante todo, la comunidad lingüística. El empleo exclusivo, en las comunicaciones escritas y en los debates orales, de dos lenguas —la portuguesa y la española—, comprendidas, si no habladas, por todos los participantes, facilitaba el entendimiento, sin la fastidiosa interposición de los auriculares y de las traducciones simultáneas, que, sin dejar de ser una maravilla de la técnica de nuestros días, ofrecen versiones mutiladas de cuanto se dice, y, en muchas ocasiones, más aptas para regocijo de los oyentes que para su correcta información. En segundo lugar, la existencia de afinidades culturales muy marcadas entre todos los países del bloque iberoamericano, especialmente significativos en el ámbito jurídico, tan sensible a las raíces éticas y a la psicología de los pueblos. En fin, el hecho innegable de que el Derecho financiero, en su conjunto, y su rama tributaria, en particular, han alcanzado, dentro de esa comunidad hispano-lusitana —o iberoamericana, como se prefiera—, un grado de desarrollo muy superior al de los restantes países europeos, con la excepción egregia de Italia (4).

(4) No desconozco, al hacer esta afirmación, el valor de algunas obras alemanas, suizas, holandesas, belgas y francesas aparecidas en los dos últimos decenios. Bastará recordar los nombres preclaros de Bühler y de Spitaler; de Blumenstein y de Imboden; de Adriani y de Riedel; de Van Houtte; de Trotabas, de Mehl y de Lalumière. (Sólo menciono a juristas.) Pero las obras de estos eminentes autores no aparecen engarzadas dentro de amplios equipos de trabajo. Su actuación es muy distinta, por ejemplo, a la que en Argentina, Uruguay y Brasil realizan, respectivamente, los profesores Jarach, Valdés Costa y Gomes de Sousa, que han forjado verdaderas escuelas de tributaristas, sin

Pero a estas razones, que pudiéramos llamar de fondo, vinieron a asociarse ciertas circunstancias que aconsejaban que el proyecto de unas reuniones entre estudiosos de los países de lengua portuguesa y española se llevara a cabo sin dilación. La *Ifa* se mostraba propicia —aun cuando no existiera aún una decisión definitiva al respecto— a acoger la invitación que el profesor VALDÉS COSTA le había dirigido en representación del grupo nacional de su país para celebrar su Congreso de 1968 en Montevideo. La eventualidad de una próxima reunión en la capital uruguaya aconsejaba un previo acercamiento de los especialistas americanos, que habían de organizar el expresado Congreso, con aquellos miembros de la *Ifa* que, formando parte de la comunidad cultural ya aludida, tenían experiencia de semejante tipo de reuniones, por haber participado extensamente en ellas con anterioridad. El referido acercamiento estaba, pues, llamado a cumplir dos objetivos conexos, pero claramente diferenciados, a saber: impulsar el proceso renovador de la *Ifa*, especialmente en cuanto se refiere a sus métodos de trabajo, y crear un dispositivo que favoreciera el intercambio de ideas y de propósitos entre los juristas iberoamericanos consagrados al cultivo del Derecho financiero.

Pero si las metas eran claras, no podía decirse otro tanto de los medios de que, en forma inmediata, podía disponerse para alcanzarlas. La iniciativa portuguesa fue, en este sentido, decisiva. Debe recordarse.

Celebrábase en Londres, en la primavera de 1965, la reunión del Comité científico permanente de la *Ifa*, en cuyo orden del día figuraba la organización del XX Congreso de la Asociación, que había de tener lugar en Lisboa, en septiembre del siguiente año. Como en ocasiones anteriores, varios miembros del expresado Comité expresamos un punto de vista resueltamente favorable a una renovación de estructuras y, sobre todo, de técnicas de trabajo de la *Ifa*. Se reiteraron propuestas que ya habían sido formuladas en ocasiones anteriores (5) y que apenas habían tenido eco en las altas esferas directivas de la Asociación. Por supuesto, tampoco en aquella ocasión tuvieron los expresados deseos una acogida más favorable. Pero las razones expuestas para apoyarlos prendieron, en cambio, en el ánimo de los delegados que el grupo portugués había designado para asistir a la reunión del Comité científico, y para ayudarle, con su insustituible asesoramiento, a preparar el congreso lisboeta del siguiente año. Fueron esos delegados el Excmo. Sr. CONDE DE CARÍA y su joven colaborador el Dr. JOAO LOPES ALVES. En conversación con ellos y con el profesor VALDÉS COSTA, unido a nosotros desde los primeros momentos, surgió la idea de celebrar unas reuniones periódicas —anua-

parangón posible en la Europa de allende los Pirineos (dejo nuevamente a salvo a Italia).

(5) Las que yo hice fueron razonadas y ampliadas en el curso de la conferencia pronunciada en Lisboa, el día 6 de septiembre de 1966, dentro del programa de actividades del XX Congreso. Aparece recogida en el estudio *Elaboración corporativa de las disciplinas financieras*, ya citado en la nota 1.

les, a ser posible— de estudiosos iberoamericanos del Derecho financiero y tributario.

Sobre la denominación que a las reuniones proyectadas había de dárseles, hubo un rápido acuerdo. Era indispensable destacar el área geográfica y cultural a la que el llamamiento se extendía: Portugal, España y los países del continente americano en los que se habla la lengua portuguesa o la española. Era necesario, además, eliminar añejas y estériles controversias sobre la calificación que debían recibir los pueblos de ultramar a los que la convocatoria se extendía: bastaría con hacer una referencia a la doble comunidad (lusitana e hispánica) en que los estudios habían de producirse y una mención al continente americano, al que casi todos los países convocados pertenecen. Una razón de justicia, y de elemental cortesía, aconsejaba que la referencia al área lusitana fuera colocada en cabeza de la denominación, toda vez que había sido la delegación lisboeta la que, con ejemplar fervor, hizo posible que tomara cuerpo una idea que había sido desoída cuantas veces se expuso y, sobre todo, porque fue ella, con el apoyo de la rama portuguesa de la *Ifa*, la que echó sobre sus espaldas —ya muy cargadas por la organización del XX Congreso de la entidad— el peso adicional de unas reuniones minoritarias de estudio.

Para fijar la denominación de estas nuevas reuniones era necesario emplear, además, otro tipo de criterios, de signo objetivo, que permitieran acotar con rigor, no exento de la apetecible elasticidad, su propia parcela de trabajo. Se estimó conveniente delimitar la esfera de estudio, merced a una invocación a los temas financieros y fiscales. Con ella no se prejuzgaba el enfoque metodológico que hubiera de darse a los temas, dejando a los participantes en libertad para fijarlo, pero se excluía, eso sí, el riesgo de posibles infiltraciones en campos ajenos o demasiado lejanos a la actividad financiera, esto es, a la que se dirige a la obtención y empleo de recursos pecuniarios para el cumplimiento de los fines de los entes públicos. Era, en suma, peligroso que las nuevas reuniones, con un afán omnicomprensivo o excesivamente dilatado, vinieran a incurrir en el grave defecto de indeterminación de propósitos que ya había venido percibiéndose en la que pudiéramos llamar su entidad madre, esto es, en la *Ifa*.

Y así surgió la denominación. A las reuniones proyectadas habría de llamárselas “Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Financieros y Fiscales”.

El proyecto no quedó en el aire, como uno de tantos buenos propósitos que no llegan jamás a realizarse. Para que los fervores fundacionales no se volatizaran, al dispersarse el minúsculo grupo que los había sentido, decidimos, en aquellos mismos encuentros londinenses, que las primeras Jornadas tuvieran lugar en tierra portuguesa y en fechas inmediatamente posteriores a las reservadas para el XX Congreso de la *Ifa*. Y así sucedió en efecto, como el lector tendrá ocasión de comprobar, si tiene la paciencia de leer hasta el fin este escrito.

B) *Celebración de las I Jornadas.*a) *Trabajos de organización realizados por el grupo portugués.*

A su retorno a Lisboa, los delegados portugueses que habían asistido a la reunión del Comité científico permanente iniciaron, sin pérdida de tiempo, una intensa labor dirigida a organizar no sólo el XX Congreso de la *Ifa*, sino también —y creo que con un cariño muy especial y entrañable— las I Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Financieros y Fiscales. En esa tarea, la Asociación Fiscal Portuguesa —grupo nacional de la *Ifa*— puso a contribución todos sus recursos humanos y materiales, acrecentados con el apoyo recibido de la Asociación Española de Derecho Financiero y del Instituto Latino-Americano de Derecho tributario. El sector universitario no se mostró, esta vez, indiferente ni escéptico. Sin duda advirtió que el nuevo giro que se daba a este tipo de trabajos —“Mesa redonda”, en vez de “Congreso”— ofrecía mayores posibilidades de cooperación que el que tradicionalmente se le había venido dando. Quizá esto explique que profesores de la valía de MARCELLO CAETANO, TEIXEIRA RIBEIRO, RODRÍGUEZ QUEIRO y CORTÉS ROSA prestaran a las Jornadas su adhesión fervorosa y su esfuerzo intelectual.

Las Jornadas se celebraron en el Palace Hotel de Curia, enclavado en un amplio parque, lejos del bullicio urbano, y en un ambiente de laboriosidad y de íntimo recogimiento. Los asistentes (una treintena, aproximadamente) tuvimos ocasión de conocernos, de hablarnos, de razonar y de rectificar nuestros criterios, de penetrar en el fundamento de las opiniones discrepantes, de alcanzar, en fin, unas conclusiones que no fueron fruto de una actividad más o menos “diplomática” —como tantas veces sucede en los solemnes Congresos, tan sensibles a las repercusiones “políticas” de sus tareas—, sino de una aproximación de posiciones intelectuales, obtenida por la vía del convencimiento y, sobre todo, como resultado de una adecuada “articulación” de ideas, que mostró la compatibilidad de muchas de las actitudes que al comienzo parecían irreductibles (6).

b) *Las sesiones de trabajo. Deliberación en torno a la naturaleza de la infracción tributaria.*

Los temas estudiados fueron dos: 1.º La infracción tributaria; concepto y naturaleza y 2.º Medidas fiscales de apoyo a la exportación. El Ponente general del primer tema fue el doctor Manuel José CORTÉS ROSA, profesor asistente de Derecho penal en la Universidad

(6) Una información precisa sobre los asistentes a las Jornadas y sobre el desenvolvimiento de sus tareas puede obtenerse en la *Crónica financiera* redactada sobre ellas por José Luis YUSTE GRIJALBA y publicada en la “Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública” (Madrid, vol. XVII, núm. 68, págs. 87 y sigs.).

de Lisboa; el del segundo, Mariano SEBASTIÁN, titular de una de las dos Cátedras de Hacienda Pública de la Facultad de Derecho de Madrid. “Quizás por su mayor complejidad doctrinal y dogmática —escribe YUSTE GRIJALBA— el estudio de la infracción fiscal suscitó un interés desbordante” (7). Pienso que los dos temas estudiados ofrecían una importancia e interés parejos. Pero como es inevitable que sucediera, la atención se polarizó en torno al tema sobre el que los participantes —juristas en su mayoría— habían realizado estudios más penetrantes y depurados.

Sea de ello lo que fuere, me importa hacer constar que si lo acojo como objeto de este breve trabajo la elección no se sustenta en ninguna valoración sobre la importancia relativa de los temas debatidos, sino estrictamente en la circunstancia de que la obra a la que se destina (8) se nutre de estudios de Derecho financiero, y sólo atiende a los temas económicos o de política económica en la medida en que ofrecen una instrumentación jurídica, que es la que específicamente se analiza.

El debate en torno al concepto y a la naturaleza de la infracción tributaria suscitó, ciertamente, como YUSTE escribe, un interés desbordante. Se trata, en verdad, de uno de los temas más apasionantes del Derecho de nuestro tiempo. Va ligado a aspectos esenciales de la vida política y se conecta, por diversas vías, con la amplia y compleja teoría de la educación tributaria (8 bis). De ahí que, a pesar de haber sido extensamente tratado en la Semana de Estudios de Derecho financiero, celebrada en Madrid en enero de 1961, y de que muchos de los que participamos en aquellas tareas nos encontramos también entre los asistentes a la reunión de Curia, pudiéramos descubrir, en esta segunda ocasión, una variadísima gama de aspectos que el problema ofrece, y que, en una primera aproximación al mismo, no pudimos ni siquiera sospechar. Debemos reconocer que a estos últimos esclarecimientos contribuyó en forma decisiva el luminoso informe general, redactado, como antes dije, por el profesor CORTÉS ROSA. Su condición de penalista puso una vez más de relieve que la entraña de la infracción tributaria y el amplio repertorio de problemas que suscita, sólo puede llegar a conocerse con el auxilio insustituible de la dogmática jurídico-penal. Cualquier investigación que en este campo pretenda realizarse con el empleo *exclusivo* o *predominante* de conceptos administrativos está irremisiblemente condenada a la esterilidad científica, sin descontar que con ellos puede llegarse a “concepciones” gratas a cierto tipo de gobernantes y de funcionarios, más atentos a

(7) *Crónica financiera* cit., pág. 87.

(8) *Hacienda y Derecho*. Vol. V, Madrid, 1967.

(8 bis) Sobre estas conexiones juzgo innecesario extenderme en estas notas. Me remito a los estudios *Teoría de la educación tributaria y Aspectos de la educación tributaria en España*, incorporados a “Hacienda y Derecho”, vol. V (capítulos II y III), Madrid, 1967.

la libertad de maniobra de la Administración pública que al imperio de la ley en las relaciones tributarias (9).

Mis criterios personales sobre el tema aparecen expuestos en la intervención oral, que se reproduce en los siguientes epígrafes, y en mi breve comentario a las Conclusiones de las Jornadas. Sólo deseo subrayar, desde ahora, que el debate, iniciado en torno al concepto de la "infracción", desbordó rápidamente ese escueto campo y hubo inexorablemente de proyectarse sobre otras nociones conexas, hasta desembocar, como era deseable que ocurriera, sobre el concepto y el contenido del *Derecho penal tributario*, en cuyo seno aparece lógicamente enmarcada la teoría de la infracción y de las sanciones fiscales. Esto explica el título de estas Notas, con el que se ha pretendido sacar a la superficie, desde el inicio, lo que en las conclusiones aparece como un complemento indispensable del tema específicamente sometido a debate.

II. INTERVENCIÓN ORAL

Reproduzco a continuación el texto, debidamente revisado y anotado, de mi intervención oral en las I Jornadas. En él se articulan mis puntos de vista personales sobre el problema del Derecho penal tributario. Lo incorporo íntegramente a este trabajo, porque en la intervención quedan expuestos muchos criterios sobre los que luego, al hacer la glosa final de las Conclusiones, no habré de insistir apenas. Bastará con hacer las remisiones pertinentes. Mis palabras fueron estas:

- a) *Palabras preliminares. Conexión de estas Jornadas con las reuniones de México.*

"Estimados colegas y amigos:

Estamos celebrando hoy, en este apacible y acogedor lugar, donde todo invita al diálogo sosegado, la primera sesión de trabajo de las I Jornadas Luso-hispano-americanas de Estudios financieros y fiscales. En mi circunstancia personal tienen, sin embargo, inevitable y venturosamente, el carácter de una prolongación de trabajos iniciados, hace muy pocas semanas, con otros queridos y admirados colegas de la otra orilla atlántica. Acaban de dar fin, en la capital mexicana, los actos conmemorativos del trigésimo aniversario de la fundación del Tribunal Fiscal de la Federación, en los que, merced a la generosidad

(9) No hay que decir que el manejo de nociones jurídico-administrativas es no sólo útil, sino indispensable para elaborar una doctrina cabal de la infracción y de las sanciones tributarias. Lo que se repudia es que sea ese tipo de nociones el que sirva de sustentación a la expresada doctrina, que por razones que en seguida se explicarán, debe básicamente nutrirse de *principios* extraídos del *Derecho penal* común.

de aquel país tan entrañable, he tenido el alto honor de participar (10). Mi permanencia de varias semanas en aquella tierra me ha permitido conocer varias de sus Universidades y centros de cultura y, claro está, departir con amplitud sobre temas de nuestra permanente dedicación con los hombres que, desde la Cátedra o en puestos de la Administración pública, se ocupan del cultivo de las disciplinas financieras o de la rectoría de la Hacienda pública. No olvidaré nunca las cordiales y, para mí, extremadamente provechosas conversaciones que en torno a los temas centrales del Derecho financiero he tenido la oportunidad de mantener con el licenciado Carlos del RÍO RODRÍGUEZ, presidente del Tribunal, y con todos los ilustres magistrados, entre los que recuerdo con especialísimo afecto a Margarita LOMELI y a Dolores HEDUÁN, pletóricas de gentileza y de avidez intelectual; a los profesores Ernesto FLORES ZAVALA y Humberto BRISEÑO, de la Universidad Nacional Autónoma de México, autores de libros prestigiosos de Hacienda pública y de Derecho procesal tributario, respectivamente; a los licenciados Emilio MARGAIN y Sergio F. DE LA GARZA, que con tanto brío se ocupan de infundir rigor y amplitud a los estudios jurídico-financieros y tributarios en la Universidad de San Luis Potosí y en el Instituto Tecnológico de Monterrey; al licenciado DE LA MORA, que con amabilidad inigualada se ofreció para acompañarme en alguno de mis largos recorridos, y al que debo una información preciosa sobre aspectos muy salientes de la organización de los estudios fiscales y de la Administración financiera; y a tantos otros que si ahora no menciono no es por olvido o ingratitud, sino porque comprendo que mi intervención en este acto ha de ceñirse a límites de tiempo irrebalsables.

Tengo, sin embargo, que hacer constar que mi estancia en México no me permitió sólo conocer a los colegas de aquel país, sino también a algunos especialistas eminentes de otras naciones americanas de lengua española. El Tribunal Fiscal tuvo el acierto de invitar a los profesores Dino JARACH y Eduardo RIOFRÍO VILLAGÓMEZ, de las Universidades de Buenos Aires y de Quito, respectivamente, y a Carlos M.^a GIULIANI FONROUGE, que si no regenta oficialmente ninguna Cátedra es, sin embargo, maestro indiscutido de Derecho financiero por su obra, bien conocida, y por su valiosa participación en la redacción de Anteproyectos legislativos en la esfera de la codificación tributaria.

Formóse así un grupo de estudiosos iberoamericanos de nuestra disciplina, en el que la presencia de Cesare COSCIANI, titular de una Cátedra de Hacienda pública en la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma, no fue nota discordante, ya que el admirado colega italiano, amigo de muchos años, está embebido de cultura hispá-

(10) Remito al lector al estudio *Teoría de la Educación tributaria* (ya citado en la nota anterior), que constituye el texto de mi conferencia en la sede de aquel alto organismo de la Justicia fiscal mexicana.

nica, ama la lengua española —que conoce a fondo— y ha pasado largas temporadas, para estudiar su economía, en países americanos que hablan nuestro idioma.

No hay, pues, exageración al afirmar que, aunque no tuvieran oficialmente ese nombre, las reuniones mexicanas fueron, en realidad, un digno pórtico de estas Jornadas Luso-hispano-americanas que hoy iniciamos. El expresado carácter se acentúa si se considera que, aunque no estuviera físicamente presente, sí lo estuvo en espíritu el profesor GOMES DE SOUSA, de la Universidad de San Pablo (Brasil), por haber sido él uno de los redactores del Anteproyecto de Código tributario elaborado por encargo conjunto de la Organización de Estados Americanos y el Banco Interamericano de Desarrollo, cuyo texto se encargó de glosar en su conferencia GIULIANI FONROUGE, que fue otro de los redactores.

Pero no fue tan sólo la procedencia de los conferenciantes, y el marco en que las reuniones se desarrollaron, lo que permite ver en ellas un preludio de las que ahora celebramos. Tan importante como todo aquello fue, en mi sentir, la circunstancia de que en la mesa de conferencias del Tribunal fiscal uno de los invitados de más valía —innovador egregio, en años que empiezan ya a ser lejanos, de los estudios tributarios en tierra argentina— se sentara para hablarnos precisamente del ilícito tributario y de su naturaleza. Este fue, en efecto, el objeto de la excelente disertación del profesor JARACH, cuyas aceradas y escuetas palabras, cargadas siempre de profundo sentido jurídico, quedaron indeleblemente grabadas en mi espíritu, y que aún hoy, al levantarme a hablar del mismo tema del que él se ocupó, siento que han de venir en mi auxilio para que mi pensamiento, muy próximo al suyo, no se extravíe en los difíciles vericuetos por los que ha de discurrir. La empresa se verá facilitada por otras dos razones. La primera consiste en que el propio colega de Buenos Aires nos ha enviado una comunicación ejemplar, en la que, como es natural, reaparecen las ideas que ya expuso en México; la segunda, que reputo decisiva, es que el Informe general de estas Jornadas, del que es autor el profesor CORTÉS ROSA, se sitúa en una línea de pensamiento —la que adscribe doctrinalmente la infracción tributaria al área del ilícito penal— que ha penetrado profundamente en el campo de la dogmática jurídica y en la que hoy, en que la Administración propende a arrogarse tan omnímodas atribuciones, militamos cuantos sentimos la necesidad imperiosa de que los principios cardinales del Derecho penal común o fundamental —me refiero, claro es, a la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad— informen también, de modo efectivo, al toscamente llamado Derecho tributario represivo, y eviten, en lo posible, las arbitrariedades que con tanta frecuencia se producen al aplicar sanciones tributarias.

b) *Conceptos jurídicos y legislaciones positivas.*

Y voy a entrar ya en el examen del tema que ahora debatimos, esto es, en la naturaleza de la infracción tributaria.

Lo primero que debo advertir es que de este problema, tan sugestivo en el orden teórico, y tan lleno de consecuencias prácticas, me ocupé ya con alguna atención en el marco de la Semana de Estudios de Derecho financiero, que se celebró en Madrid en el mes de enero de 1961. Para esa Semana redacté una breve comunicación, explicada y ampliada después en el curso de las deliberaciones que en aquella se produjeron. En el referido estudio adopté, como punto de partida, el concepto de infracción, sostuve la identidad sustancial u ontológica de la infracción tributaria y de la llamada infracción penal o criminal y mantuve, en consecuencia, la tesis del encuadramiento *doctrinal* del llamado Derecho tributario sancionador en el ámbito del Derecho penal, sin desconocer por ello —y así lo hice constar— las razones que, en un orden práctico o aplicativo, explican que la actividad sancionadora de los ilícitos tributarios se encomiende generalmente por las legislaciones a la Administración pública, y no a la autoridad judicial (11).

Todas las ideas expuestas en aquella comunicación y en su ulterior desarrollo siguen pareciéndome válidas. Es más: encuentro que mis convicciones sobre estos extremos se vigorizan a medida que observo el desarrollo de la literatura jurídico-penal y, sobre todo, cuando contemplo el uso y el abuso que los órganos de gestión fiscal hacen de la competencia sancionadora que se les reconoce al amparo de la concepción “administrativista” de la infracción tributaria y de su represión.

Sin embargo, no voy a repetir hoy, *ad litteram*, lo que ya está dicho y escrito. Voy, claro está, a abordar ese mismo tema, y algunos de sus problemas anejos, porque aquél y éstos son los que aparecen inscritos en el orden del día de estas Jornadas. Pero me propongo hacerlo desde otras bases de partida y con una distinta articulación del razonamiento. *Eadem sed aliter*; lo mismo, pero de otra manera.

Las nuevas bases de partida van a ser tres conceptos jurídicos, que aparecen claramente escalonados en un orden lógico, y que nos conducen desde la noción de “pena” a la de “Derecho penal”, pasando por la de “infracción penal”. El concepto de pena se alcanza, a su vez, como veremos, dentro de una construcción sistemática de las sanciones en el campo jurídico, y el Derecho penal tributario se obtiene por derivación del concepto más amplio de Derecho penal.

El razonamiento que hoy me propongo emplear se articula, pues, de distinto modo que en la ocasión anterior, porque en vez de pasar

(11) Cfr. *Nota para un coloquio sobre la naturaleza de la infracción tributaria*, incorporada a “Hacienda y Derecho”, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, vol. II, págs. 207 y sigs.

del concepto de infracción al de pena, y de éste al de Derecho penal (común y tributario), voy a iniciarlo tomando como punto de arranque la *idea de sanción*, que es la más genérica, hasta llegar a la de Derecho penal tributario, que es, dentro de nuestro campo de estudio, la más específica. Iré, en suma, en suave escalonamiento, de lo general a lo particular.

Sin embargo, al tomar como punto de partida el concepto de pena (que es una modalidad de la idea más amplia de sanción) no pienso seguir los derroteros, puramente positivistas, por los que discurre —aunque ya se inicia una feliz rectificación (12)— un amplio sector de la literatura italiana, sino otros que estimo lógicamente más correctos, y que conducen nuestros pasos en sentido inverso, esto es, no desde la ley positiva a la esfera doctrinal, sino desde el área de los conceptos jurídicos al ámbito de los preceptos positivos. Bien sé que al formular esta declaración, de tipo metodológico, corro el peligro de que mis reflexiones sobre esta materia se tachen de “conceptualistas”, con todo el desprecio que este vocablo, que evoca “construcciones” que se estiman superadas, provoca en bastantes juristas de nuestros días. Pero no temo el reproche. Ante todo, porque los excesos del conceptualismo jurídico no autorizan razonablemente a incurrir en el exceso contrario, esto es, a renegar, sin más, de los conceptos jurídicos, que han sido, son y serán siempre el único instrumento idóneo para la elaboración de la ciencia del Derecho. En segundo lugar, porque cuando afirmo que voy a seguir la ruta que conduce de los conceptos jurídicos a la legislación positiva, no niego que sea posible y fecundo el camino inverso, es decir, que el atento estudio de la normativa positiva pueda facilitar la elaboración de nociones jurídicas. Lo que afirmo es que estas últimas no son *tan sólo* un *producto inducido* de las disposiciones legales, sino que se nutren, asimismo, de consideraciones abstractas, de razonamientos formalmente correctos, que contribuyen, a su vez, al esclarecimiento del contenido concreto de los preceptos positivos y a su encuadramiento en categorías lógicas, sin las que tales preceptos perderían casi todo su sentido y harían difícil, por no decir imposible, la tarea del científico del Derecho y la del intérprete y aplicador de la norma. Problema éste de la relación entre las categorías lógicas y las formulaciones de la ley (13) que atrae desde antiguo a todos los juristas y, muy particularmente, a los filósofos del Derecho. Bien comprenderán ustedes que no puedo convertir ese problema en eje de mi intervención, y que si lo he abordado ha sido porque me era indispensable para justificar mi modo de proceder al examinar el tema que específicamente nos

(12) Cfr., en tal sentido de rectificación, el excelente estudio de MALINVERNI, *Principii di Diritto penale tributario*, Padova, Cedam, 1962, al que más adelante volveré a referirme.

(13) En los últimos años ha dedicado al tema estudios muy notables Euclíde ANTONINI, recogidos en un librito que titula precisamente así: *La formulazione della legge e le categorie giuridiche*, Milano, Giuffrè, 1958.

ocupa. Lo que mantengo, en suma, es que las relaciones sociales, generadas por la convivencia y ordenadas por el Derecho, pueden ser objeto de soluciones *pensadas* con criterio jurídico, lo que no supone que esas soluciones hayan de plasmarse en los ordenamientos positivos en idéntica forma a como la lógica es capaz de concebirlas. Lo cierto es que se produce un proceso de recíproca fecundación, en virtud del cual los esquemas abstractos pueden plasmarse, con mayor o menor pureza, en los cuadros del Derecho positivo, y éstos influir en el despliegue del puro razonamiento jurídico. Lo único que, sin temor, puede calificarse de radical disparate es la actitud que llega a desconocer la validez científica del razonamiento jurídico —y, por tanto, de los conceptos elaborados con él— por el hecho de que ese razonamiento discorra, en ocasiones, sin el íntegro refrendo de los preceptos positivos. Esta actitud encierra un intento de cercenar la actividad intelectual, vetándole que se manifieste en uno de los campos más necesitados del esfuerzo creador e imaginativo de la mente humana. Esta es capaz de pensar fórmulas y construcciones, tanto para explicar los esquemas del Derecho positivo como para influir en la transformación de esos mismos esquemas.

Vuelvo, pues, a lo que apuntaba hace unos instantes. No voy a seguir —decía— el método adoptado por un amplio sector de la literatura italiana, sino otro que toma en consideración ciertos conceptos generales para explicar, *desde ellos*, la peculiar situación en que se encuentra, dentro de la ciencia del Derecho, el tema de la infracción tributaria y el del Derecho penal tributario.

Para que mi modo de razonar no parezca estéril, por irreal, me veo precisado a ampliar algo estas consideraciones metodológicas, de tipo preliminar, con las que trataré, de paso, de poner de relieve que la quimera se aloja más bien en la construcción que se opone a la que postulo, es decir, en aquella que pretende convertir la voz imperativa del legislador en creadora de todo Derecho y, lo que es más inconcebible, en artífice de la ciencia que lo explica. Me veo, en suma, obligado a recordar, para refutarlo, lo que un sector, ya aludido, de autores italianos piensa del tema. De sobra sé que todos ustedes conocen a fondo esa posición teórica que repudio, pero necesito invocarla para contrastarla con la que he de proponerles en seguida, que parece abrirse venturoso camino en el marco de la literatura.

Cuando en Italia se planteó, en términos agudos, la necesidad de separar los ilícitos tributarios “administrativos” —cuya represión quedaba confiada a la Administración financiera— de los llamados ilícitos tributarios “penales” —cuya sanción competía a los órganos del Poder judicial (14)— un amplio grupo de escritores entendió que la solución podía encontrarse distribuyendo las sanciones en dos amplios

(14) Históricamente, la cuestión se suscitó a raíz de la abolición de lo contencioso-administrativo y, consiguientemente, de la necesidad de proceder a un deslinde de competencias, en materia de infracciones tributarias y de aplicación de sanciones, entre la Administración financiera y la autoridad judicial.

sectores: uno, el de las de tipo "penal"; otro, el de las de carácter "civil" o "administrativo". Serían delitos o contravenciones las infracciones a las que estuviere aparejada una sanción encuadrada en el primer grupo; serían infracciones tributarias, de naturaleza no penal, las que llevaran asociada, por imperativo legal, una sanción del segundo grupo. De este modo, el problema no quedaba, sin embargo, resuelto, sino que únicamente cambiaba de signo o, si se prefiere, experimentaba un simple desplazamiento dentro del sistema jurídico: si lo que hasta entonces se había discutido era la naturaleza de la infracción, lo que habría en adelante que resolverse era la naturaleza de la sanción. Ahora bien, ¿cómo saber si esta última era una "pena" o una mera sanción "civil" o "administrativa"? Para saberlo se pensó que habían de abandonarse los criterios teóricos, adscritos a distinciones sustanciales u ontológicas, y acoger un criterio puramente positivo: que fuera la ley la que, en cada caso, prescindiendo por entero de la esencia de la sanción, dijera si ésta era o no era pena. La distinción se resolvía así por vía autoritaria: serán penas —se pensó— "tales y tales" sanciones (las que el legislador reputa conveniente calificar de ese modo) y serán medidas represivas, de naturaleza no penal, "tales y tales" sanciones (las que el legislador entienda que deben excluirse del grupo penal). Este modo de pensar se abrió camino en el ordenamiento italiano y es hoy el que rige.

La fórmula italiana deja, al parecer, al jurista en vacaciones: ya no tiene que pensar. ¿Para qué? El legislador le dirá lo que cada sanción es (si es pena o si no es pena) y, consiguientemente, le resolverá cómo y por quién ha de reprimirse cada una de las infracciones que se produzcan. En concreto, la legislación italiana atribuye el carácter de "penas criminales" (que es algo así —lo que ya es raro— como hablar de "penas penales") no sólo a las restrictivas de la libertad personal, sino también a otras dos que consisten en la exacción de sumas de dinero por razón de la infracción cometida, a saber: la "multa" y la "ammenda" (esta última, sin traducción posible al castellano; se trata, en rigor, de un tipo de multa aplicable a las contravenciones y no a los delitos); y considera, en cambio, sanciones administrativas (es decir, "penas no criminales", o, más raro aún, "penas no penales") a las que los textos llaman "pena pecuniaria" y "tributos recargados" o "tributos penalizados" (*sopratassa*) (15).

(15) La traducción del término *sopratassa* ofrece cierta dificultad porque, en rigor de doctrina, debe separarse el recargo, entendido en sentido técnico estricto (que es una cantidad adicional que debe satisfacerse sobre el importe de la cuota tributaria), del tributo "recargado o penalizado", que es un tributo cuyos elementos de cuantificación (generalmente, el tipo de gravamen) se aplican, cuando ha habido alguna infracción, con un módulo más elevado que el normal.

Por razones que luego explicaré, entiendo que el recargo, en su acepción de interés de demora, no es pena, sino sanción indemnizatoria, aplicable por retraso en el pago, en tanto que el "tributo recargado" es pena, por su finalidad represiva e intimidatoria.

Con esto se dio por resuelto el problema. Bastaría con ver si una infracción, cometida en el ámbito tributario, lleva aparejada una u otra clase de sanción para saber si es infracción penal (delito o contravención, en la terminología italiana) o infracción administrativa. Calificada la infracción quedaría resuelto el problema de la competencia (judicial o administrativa) y, por añadidura, el de deslinde de disciplinas: será Derecho penal tributario el que se ocupe de las infracciones de carácter criminal (que son, como sabemos, con arreglo al aludido criterio, las que llevan asociadas penas restrictivas de la libertad personal, multas o “ammendas”), y será Derecho tributario represivo el que se ocupe de las infracciones tributarias de índole administrativa (que son las que llevan aparejadas sanciones no penales, esto es, “pena pecuniaria” o “recargo” —*soprattassa*—).

Pero las cosas no son (“*helas!*”) tan sencillas. El legislador puede hacer muchas cosas (en nuestro tiempo se habla mucho de la “omnipotencia del legislador”), pero no puede, como ya se ha expresado, cambiar, por vía de autoridad, la realidad de las cosas, esto es, la idea que de ellas se tiene, atendida su génesis y su finalidad, fuera del marco de los textos positivos.

Pensemos en lo que ahora nos ocupa, es decir, en la sanción, concebida en sentido general, y en la pena, considerada como modalidad de sanción. Pues bien, la ley podrá clasificar las sanciones con sujeción a criterios que los preceptos positivos libremente adopten, y podrá, porque esa es misión estrictamente suya, decretar los efectos que, *dentro del ordenamiento*, cada tipo de sanción provoque. A través de un estudio sistemático del ordenamiento podremos llegar a conocer la *realidad normativa* de las sanciones, y estaremos en condiciones de precisar los efectos que la propia normativa imputa a las sanciones que ella define y clasifica. Pero esto no supone que el pensamiento jurídico haya de quedar paralizado o prisionero en las mallas del dispositivo legal. Por el contrario, a través de reflexiones que sólo quedarán subordinadas a las reglas de un correcto razonamiento lógico estaremos en estado de decidir si el legislador ha ajustado su construcción normativa a un orden de conceptos cuya validez sea anterior a los preceptos positivos e independientes de ellos, o si, por el contrario, ha estimado preferible, por razones de orden práctico —esto es, para la producción de determinadas consecuencias— adoptar convencionalmente un orden distinto de conceptos, válidos tan sólo en el marco del ordenamiento positivo, y cuya eficacia será exclusivamente la que éste pueda asignarle. Por supuesto, el legislador no podrá llevar demasiado lejos esa facultad de *inventar* conceptos propios, porque

Por supuesto, el resargo al que esta nota se refiere nada tiene que ver con las cuotas adicionales, también llamadas “recargos”, que, en ocasiones, se imponen, sin que se haya producido *infracción*, sobre la cuota estatal, con un destino determinado (v. gr.: para el Municipio; para fines de política social o económica, etc.).

tal comportamiento le conduciría a la creación de un ordenamiento jurídico aberrante, estéril en sus propias virtudes operativas.

Hechas estas reflexiones, volvamos al tema de las sanciones y de la pena. Mi criterio es que, a través de un razonamiento estrictamente lógico —que no le impide tomar en consideración, en la medida en que los juzgue útiles para su propio desenvolvimiento, los esquemas del Derecho positivo— puede elaborarse, con *criterio jurídico*, un cuerpo de doctrina sobre la materia. Esa doctrina estará constituida por un conjunto articulado de conceptos que ofrezcan una explicación racional de lo que la sanción, concebida *in genere*, significa dentro del Derecho, y de las modalidades que, por vía de hipótesis —más o menos contrastadas por la experiencia—, pueda aquélla adoptar. En la construcción de esta doctrina, como en cualquier otra producida dentro del campo jurídico, se combinan, en diversa medida, los datos de la experiencia positiva —quiero decir, fórmulas incorporadas a los usos consuetudinarios o a los textos escritos— con ideas *libremente pensadas* o, más exactamente, con ideas que sólo obedecen a las reglas de la lógica jurídica, y que no tienen por qué plegarse a los contenidos concretos de cada legislación positiva. De ahí que, sobre cada una de las realidades que el Derecho regula, sea posible al estudioso —de hecho lo hace casi siempre en sus escritos— distinguir el concepto jurídico del concepto legal y que puedan ambos, en ocasiones, tener difícil encaje o entrar, incluso, en irreductible colisión. A esta última posibilidad se alude cuando, respecto a algo sobre lo que se posee un determinado concepto jurídico, se declara que tiene una “conceptuación legal” distinta, o, dicho de otro modo, que esa realidad está “legalmente conceptuada” de una manera peculiar.

Demos un nuevo tirón a nuestro razonamiento y atraigámoslo a la órbita concreta de la sanción y de la pena. Con criterios de lógica jurídica es posible definir lo que son una y otra; ello no es obstáculo, sin embargo, para que la ley positiva, animada por el propósito de provocar determinados efectos, “conceptúe” como pena lo que, en términos estrictamente teóricos no deba reputarse así o, a la inversa, para que niegue carácter penal a sanciones que, en un orden lógico, son verdaderas penas. Pues bien, esto es, en verdad, lo que acontece cuando, por ejemplo, la legislación italiana no conceptúa como “penal” la sanción que los textos tributarios —traicionando, por cierto, en su propio lenguaje, la verdad que tras ella se oculta— denominan “pena pecuniaria”. Es obvio que esta última es, sustantivamente, una auténtica pena, y que, en términos lógicos, de ese mismo modo habrían de conceptuarse por los textos positivos si no fuera porque el legislador, para el logro de ciertos fines de tipo normativo —en concreto, para que la aplicación de la “pena pecuniaria” se produzca por la Administración y no por la autoridad judicial, y para que la insolvencia del deudor no arrastre, como subsidiaria, la aplicación de una pena privativa de libertad personal— prefiera darle el carácter de sanción ad-

ministrativa, esto es, conceptuarla de modo distinto a como la lógica, atendida la naturaleza del instituto, enseña (16).

Pues bien, lo que yo deseo mostrar en mi intervención de hoy son tres cosas que reputo básicas para un cabal entendimiento de los problemas sobre los que hemos de deliberar. La primera consiste en que la doctrina ha creado, efectivamente, un repertorio de conceptos en torno a la sanción y a sus clases —incluida, claro está, la pena— que se apoyan, *como es lógico*, en el contenido, y, sobre todo, en el fundamento o finalidad de cada tipo de sanción, y que, como tales conceptos lógicos, no se supeditan —no tienen necesidad racional de supeditarse— a las definiciones y clasificaciones que el legislador —cada legislador— haga de tales sanciones en los textos que promulga. La segunda estriba en que los “conceptos” o calificaciones legales responden, por lo común, a exigencias normativas cuyo fundamento —aun cuando se aleje de los puros esquemas teóricos— no debe desconocerse, ya que a través de él es como mejor pueden llegar a descubrirse las causas que provocan, en ocasiones, un distanciamiento entre los conceptos jurídicos “puros” —con ese calificativo quiero aludir estrictamente a los que poseen autonomía respecto a las decisiones autoritarias del legislador, plasmadas en las disposiciones que dicta— y los conceptos “legales”. La tercera, en fin, consiste en que, para una delimitación científica de las disciplinas debe atenderse *preferentemente* a los conceptos jurídicos, sin perjuicio de que, al hacer el acotamiento de las distintas ramas del Derecho, se consideren también, como orientadores y complementarios, los criterios utilizados por la ley para “conceptuar” los distintos institutos jurídicos. Esta última consideración nos procurará una orientación muy precisa para descifrar el enigma que consiste en que una misma parcela del ordenamiento sea designada por los autores con denominaciones de apariencia similar, pero de alcance ciertamente muy distinto. En nuestro caso podremos, con ese criterio, llegar a saber por qué se habla, por unos, de “Derecho penal tributario”, y, por otros, de “Derecho tributario penal”, y, lo

(16) En sentido acorde con lo manifestado se expresan ciertos penalistas y, sobre todo, los especialistas del Derecho penal tributario. Entre los primeros, ANTOLISEI advierte que la línea de demarcación del Derecho penal no es en modo alguno rígida, y que ha experimentado en el pasado cambios importantes. “La dificultad de la delimitación —puntualiza— deriva también del hecho de que el Derecho administrativo contiene normas que establecen, como consecuencia de las violaciones que en su ámbito se producen, sanciones que, en sustancia, son penas, en cuanto implican una disminución de los bienes del individuo” (Cfr. *Manuale di Diritto penale*, Milano, 1963, págs. 217 y sigs.). Entre los especialistas, MALINVERNI advierte, con agudeza, que la “pena pecuniaria” (establecida en las leyes tributarias) cumple la misma función que la multa (regulada en el Código penal). “En ambos institutos —escribe— está presente, y tiene una importancia fundamental, la finalidad de prevención general mediante intimidación, o, si se prefiere, la finalidad de retribución. Con la “pena pecuniaria”, al igual que con la “multa” o que con la “ammenda”, la ley se propone crear un motivo de inhibición más fuerte que el deseo de lucro que impulsa a la evasión tributaria. (Cfr. *Diritto penale tributario*, Padova, Cedam, 1962, pág. 27).

que reputo aún mucho más interesante y *significativo*, por qué hay autores —entre los que me encuentro— que *prefieren* la primera expresión y otros que otorgan su preferencia a la segunda. Resulta, en efecto, que al aspecto puramente cognoscitivo del tema se asocia otro claramente *valorativo*, que no debe en modo alguno desdesharse.

c) *Concepto jurídico de sanción y de pena.*

La sanción —la posibilidad de sancionar— es consustancial al Derecho. Sobre este punto no creo que deba extenderme. Acabo de enunciar una idea que, explícita o implícitamente, aparece a lo largo y a lo ancho de la literatura. El ordenamiento jurídico nos da la imagen de una vida social que se estructura y desenvuelve con arreglo a una idea de justicia y con un designio de seguridad. Es, en efecto, misión de las normas dar seguridad, *asegurar* que las realidades sociales, modeladas y reguladas por ellas, *serán*, efectivamente, *como deben ser*, esto es, como esas mismas normas quieren que sean.

La seguridad, de esencia al Derecho, supone, entre otras cosas, que aquél posee capacidad de reacción frente a las transgresiones que, bajo una u otra forma, y con móviles y efectos variadísimos, puedan sobrevenir. Llamamos, *in genere*, infracción del orden jurídico a cualquier violación de las normas en las que ese orden se establece. Las infracciones son, por tanto, una amenaza a la seguridad; son, incluso, una ruptura “transitoria” de la seguridad. El ideal —un ideal inasequible— sería que el Derecho hiciera imposible la perpetración de infracciones. Pero el poder de las normas no alcanza a tanto; frente a la infracción, sólo puede arbitrar un remedio: la sanción.

Supuesta la necesidad de la sanción —para asegurar el mantenimiento del orden jurídico, conculcado por la infracción—, el razonamiento jurídico nos sitúa, de modo insoslayable, ante un núcleo de cuestiones que pueden enunciarse así: 1.^a ¿Quién es, fundamentalmente, la víctima de la infracción, es decir, quién padece sus dañosas consecuencias, y en qué pueden éstas consistir?; 2.^a ¿Qué remedios pueden emplearse para eliminar o reducir esos nocivos efectos?; 3.^a ¿Qué tipo de sanción es el que procura el remedio adecuado?

A las tres interrogantes formuladas habría de dárseles una respuesta unitaria, de conjunto, porque, en estricto rigor, son aspectos de un solo problema. Cabe, empero, escindirlos idealmente, y considerarlos de modo sucesivo, con tal de que no perdamos conciencia de su estrechísima conexión.

Ante todo, ¿quién es la víctima de la infracción? A esta pregunta cabría responder que el cuerpo social, considerado en bloque, padece *siempre* los nocivos efectos de cualquier tipo de infracción. El orden jurídico es un bien del que todos disfrutan, un bien que pertenece a la sociedad, y, en consecuencia, es ella siempre víctima de cualquier transgresión de las normas en que ese orden se plasma. Sin embargo,

existen en este punto gradaciones muy sensibles, que el ordenamiento positivo no puede dejar de tener en cuenta. Hay veces en que la infracción lesiona de modo particularmente intenso la esfera jurídica de miembros perfectamente individualizados del cuerpo social, sin que con ella se violen, simultáneamente, bienes jurídicos consustanciales al orden social instaurado por el Derecho, o, al menos, sin que la violación que en este último orden se produzca justifique, por su cualidad y por su magnitud, una represión específica. (Ejemplo: el incumplimiento, por una de las partes, de un contrato privado de cualquier índole.) En otras ocasiones, hay una víctima particular individualizable, pero, a diferencia del supuesto anterior, con la infracción se conculca, además, un tipo de bienes jurídicos que son fundamento de la vida social organizada por el Derecho. (Ejemplo: el homicidio, el robo, o cualquier otro delito contra la vida o la propiedad de las personas.) Cabe, en fin, que la infracción no lesione de modo directo y mensurable la esfera jurídica de individuos determinados, pero sí la de la sociedad jurídicamente organizada, esto es, la del Estado o la de cualquier otro ente público. (Ejemplo: los delitos contra la seguridad del Estado o el incumplimiento de las obligaciones tributarias.)

Adviértase bien que, al formular esa trilogía de infracciones, no me he atenido en absoluto a los criterios diferenciales en que se sustentan las clasificaciones dogmáticas tradicionales (v. gr.: la de ilícitos penales o civiles, o, dentro de los primeros, la de delitos públicos y privados). He querido sólo mostrar, en una aproximación al problema, que los efectos nocivos que la infracción siempre provoca suelen ser soportados o sentidos de muy diversa manera por los individuos particulares o por el Estado (pensando siempre que éste es la colectividad jurídicamente organizada).

Esta manera de enfocar el problema permite, por sí sola, y de modo que reputo suficientemente claro, encararse con el segundo aspecto del tema, es decir, con el que atañe a los remedios. Veamos.

Si la infracción pertenece a la primera de las categorías mencionadas, lo que primordialmente el ordenamiento jurídico tiene que *asegurar* es que con ella no queden burlados los derechos de quienes más directamente la padecen. En el caso del contrato incumplido, el Derecho tendrá que arbitrar remedios para que el contratante de buena fe pueda compeler al infractor a que realice la prestación a la que se comprometió, y, además, para que deshaga los daños y perjuicios que el incumplimiento haya podido irrogarle. La reacción del Derecho ante este tipo de infracción ha de consistir, por lo pronto, en hacer posible que la víctima directa de la infracción mantenga, después de cometida ésta, la integridad de su esfera jurídica y, consiguientemente, de su patrimonio. Cabría, por vía de hipótesis, que el Derecho se ocupara también de procurar remedio específico contra el daño difuso que, para toda la colectividad, deriva de este tipo de conculcaciones del orden jurídico. Pero la realidad de las legislaciones muestra que ello no es así, y que el mantenimiento del orden jurídico se reputa

conseguido con asegurar a la víctima directa de la infracción la efectividad de sus derechos y la integridad de sus intereses. La sociedad, interesada en que los contratos se cumplan, queda satisfecha dando a la víctima del incumplimiento una *posibilidad de reacción*, y se abstiene de actuar en defensa de ese cumplimiento si el particular interesado no lo hace. (El cumplimiento puede ser eventualmente exigido por el poder público si los intereses que el contrato regula rebasan la órbita patrimonial privada y se insertan profunda y decisivamente en los de la comunidad; pero esta hipótesis, cuyas vías técnicas de realización no es éste el lugar de examinar, lejos de ser una derogación de la tesis expuesta, viene a corroborarla, ya que lo que en ella acaece es que la sociedad pasa al plano de víctima directa de la infracción.)

Si, por el contrario, la infracción pertenece a la segunda de las categorías enunciadas, los remedios habrán de ser más enérgicos y complicados. No bastará, en tal supuesto, dar satisfacción a la víctima particular, esto es, a la persona que haya directamente sufrido los nocivos efectos de la infracción; será necesario, además, arbitrar remedios para que la violación no se reitere, sea por obra del propio infractor, sea por la conducta de otros miembros del cuerpo social. En la medida en que ello sea posible habrá, pues, que reintegrar a la víctima al pacífico e íntegro disfrute de sus derechos; pero será necesario, también, dar satisfacción al orden jurídico conculcado, esto es, mostrar que el simple hecho de su violación —abstracción hecha de las dañosas consecuencias que en cada caso irrogue a personas determinadas— constituye, en sí mismo, un mal que no puede prevalecer ni repetirse.

Con todo el anterior razonamiento se pone a la vista un sistema lógico de sanciones, que vienen a remediar esas diversas consecuencias que las infracciones producen.

La primera sanción consistirá en dar a la víctima facultades o poderes jurídicos para compeler al infractor al cumplimiento de las obligaciones o deberes contraídos; la segunda será dar, a la propia víctima, el derecho a la indemnización de los daños o perjuicios que la infracción le haya causado; la tercera, en fin, consistirá en *castigar* al infractor por la transgresión del orden jurídico, imponiéndole una pena, esto es, infligiéndole un sacrificio con finalidad represiva e intimidatoria. Por supuesto, no he de referirme para nada aquí a las diversas escuelas y doctrinas que a lo largo de los años —de los siglos— se han ido forjando sobre el fundamento del *ius puniendi*, y, más concretamente, en torno a la finalidad de la pena. Lo que, por razones de sistema, me importa resaltar son dos notas que nos ofrecen el perfil auténtico de la pena. Una es de carácter negativo (la pena no se impone para compeler al infractor al cumplimiento de una obligación o de un deber conculcados, ni en concepto de pago de daños y perjuicios patrimoniales sufridos por la víctima); la otra es de índole positiva (la pena se inflige para reparar un daño ideal o inmaterial: el que se ha perpetrado por la simple violación o trans-

gresión de ciertas normas del ordenamiento jurídico, o, más precisamente, por el quebranto causado en ciertos bienes jurídicos, valiosos para toda la colectividad, que el ordenamiento se ocupa de salvaguardar).

Hasta aquí hemos operado con criterios de pura lógica jurídica. No nos hemos pronunciado sobre si estas o aquellas sanciones, tal como se configuran y aplican en un determinado ordenamiento positivo, deben ser, a la vista de los textos legales, conceptuadas como penas o de otro modo diverso. Nos hemos limitado a mostrar que, dentro de un esquema teórico, que atienda de modo exclusivo al contenido y al fundamento de la sanción, ésta puede ir dirigida a compeler al infractor a un determinado comportamiento (realización de la prestación debida y/o pago de daños y perjuicios) o a castigar y prevenir la infracción.

Al adoptar esta trilogía de sanciones adopto enteramente —no sé si con fidelidad, porque no tengo ahora a la vista su comunicación escrita, pero sí recuerdo las palabras pronunciadas en México— la construcción que formula al respecto el profesor JARACH. No puedo precisar tampoco, por la circunstancia a la que acabo de aludir, si el razonamiento que he empleado es idéntico o similar al del profesor argentino, pero estimo que lo importante es el resultado, es decir, la ubicación que a la pena corresponde dentro de un sistema de sanciones jurídicas.

- d) *Concepto y naturaleza jurídica de la infracción tributaria. Extensión del concepto de pena al área fiscal: sus consecuencias.*

Dije antes que al enfocar en esta intervención el tema específico que se debate —es decir, el concepto y naturaleza jurídica de la infracción tributaria— me proponía hacerlo tomando como punto de partida una construcción sistemática de las sanciones jurídicas, y, dentro de ella, el concepto de pena, para llegar de ese modo a decidir, con fundamento, si la infracción tributaria pertenece o no al grupo de las que comúnmente se denominan “infracciones penales”.

Pienso que, después de todo lo que llevo expuesto, estoy en condiciones óptimas para adoptar una postura lógica en este punto. Desde luego me encuentro, para hacerlo, en una posición mucho más favorable que si hubiera iniciado el examen de la infracción sin preámbulo alguno, quiero decir, sin los esclarecimientos conceptuales y metodológicos que sobre la sanción y sus clases han quedado ya formulados. Estos esclarecimientos nos sitúan, en efecto, en un plano más elevado, desde el que se divisa, con toda claridad, un vasto panorama, dentro del que se percibe de modo preciso el contorno de cada objeto, su silueta específica.

Se nos pregunta qué son las infracciones tributarias y cuál es su

naturaleza. La primera de esas preguntas puede ser contestada en muy breves términos, porque no ofrece, en verdad, dificultades técnicas apreciables. En forma clara y sintética, ha destacado el maestro GIANNINI que “la determinación de los casos en que se debe el impuesto, de las personas obligadas al pago, de su cuantía, de los modos y formas en que el propio impuesto debe ser liquidado y recaudado, es materia que en el Estado moderno aparece regulada por el ordenamiento jurídico con disposiciones imperativas a cuya observancia quedan obligados tanto los órganos del Estado como las personas sujetas a su potestad. De estas disposiciones, por tanto, surgen entre el Estado y los contribuyentes, derechos y deberes recíprocos, que forman el contenido de una relación especial: la relación jurídica impositiva”. Pues bien, partiendo de esa premisa, puse de relieve, en 1961, que “por infracción tributaria hemos de entender, en sentido genérico, toda vulneración de las obligaciones nacidas de esa relación jurídica tributaria, o si se prefiere, toda conculcación de las normas jurídicas en que esas obligaciones aparecen previstas y definidas” (17).

Hoy podemos introducir algunas consideraciones adicionales sobre este concepto. Sabemos, en efecto, que de las normas jurídicas tributarias derivan para los sujetos no sólo *obligaciones*, en sentido técnico estricto (esto es, vínculos jurídicos en los que al sujeto que ocupa la posición pasiva le corresponde realizar una prestación pecuniaria) sino también *deberes* (es decir, vínculos que constriñen a un comportamiento que carece de contenido patrimonial, y que suele cifrarse en prestaciones de hacer o de no hacer, dirigidas a facilitar la exacción del tributo, esto es, a colaborar con la Administración en su tarea gestora). De ahí que el concepto de infracción pueda y deba enriquecerse incluyendo en su contexto, no sólo la hipótesis de transgresión de normas de las que deriven obligaciones sustantivas de pago, sino también la de violaciones de preceptos que impongan deberes formales de colaboraciones con el Fisco.

Aclarado esto, y antes de penetrar en el espinoso tema de la *naturaleza* de la infracción —en seguida veremos que muchas de sus espinas desaparecen con el auxilio de las nociones, ya expuestas, sobre sanción y pena— conviene que digamos algo, lo indispensable tan sólo, sobre la índole de las consecuencias dañosas que la infracción tributaria provoca. Conocidas esas consecuencias, nos será fácil señalar sus remedios, esto es, el tipo de sanción aplicable, y, determinada ésta, quedará indefectiblemente resuelto el problema del concepto del Derecho penal tributario.

¿A quién daña la infracción tributaria? ¿Quién es su víctima? ¿Qué efectos nocivos derivan para esa víctima de la conculcación de normas que la infracción lleva consigo?

(17) Cfr. *Ideas para un Coloquio sobre la naturaleza jurídica de la infracción tributaria*, en “Hacienda y Derecho”, Madrid, Inst. Est. Pol., vol. II, 1962, pág. 207.

Ya dejé señalado en el momento oportuno que cualquier transgresión del ordenamiento jurídico causa daño, en todo caso, a la sociedad. Pero este nocivo efecto surge, unas veces, de modo indirecto y difuso —esto es, como consecuencia mediata de infracciones que lesionan, en cambio, directamente, la esfera jurídico-privada de determinados sujetos— y otras en forma muy directa y concreta. Será difícil encontrar un ejemplo que tenga mayores merecimientos que la infracción tributaria para figurar en la lista de las transgresiones que pertenecen a este segundo grupo. Con la infracción tributaria —sea de obligaciones sustantivas, sea de deberes formales— es la colectividad la que aparece *siempre* en un primer plano, como víctima directa de la violación jurídica que aquélla lleva consigo. La colectividad actúa, ciertamente, en el campo del Derecho, en forma jurídicamente organizada, es decir, bajo alguna técnica de *personificación*, que le permite manifestarse como titular de poderes, de potestades o de derechos subjetivos de la más variada índole. Hablamos, por ello, de las potestades o derechos de los entes públicos (Estado, Municipio u otros). Pero es obvio que, en todo caso, tales entes son portadores e intérpretes de intereses colectivos, que gestionan y salvaguardan valiéndose de los instrumentos jurídicos que el ordenamiento pone, con ese fin, a su alcance. De ahí que toda infracción de normas que desconozca cualesquiera de esas potestades o derechos, o que abiertamente los vulnere, causa daño directo a la colectividad, que el ente público encarna en el escenario de la vida jurídica.

¿En qué consiste ese daño? ¿Cuál es su contenido?

La clasificación general de las infracciones jurídicas, que fue antes esbozada, puesta en contacto con la distinción entre obligaciones (sustantivas) y deberes (formales), tan fecunda en el área fiscal, permite contestar con precisión a estas interrogantes.

Comencemos con las obligaciones, esto es, con vínculos sustantivos que se traducen en una relación jurídica entre acreedor y deudor. Los entes públicos (fundamentalmente, el Estado) son titulares, merced al mecanismo de la *obligatio-ex lege* (18), de derechos de crédito frente a los sujetos pasivos de la imposición, que asumen en esas relaciones una posición deudora. Cabe, por tanto —primer supuesto, fundamental, de infracción tributaria— que los sujetos que aparecen como deudores en el seno de la obligación tributaria no cumplan, o cumplan tardíamente, su prestación. A ese resultado pueden llegar a través de comportamientos variadísimos, que van desde la adopción de una simple actitud inhibitoria, de pura pasividad, hasta la comisión de actos complejos y hábilmente articulados, presididos por una intención fraudulenta. No es ahora significativa la

(18) El mecanismo de la "*obligatio ex lege*" aparece minuciosamente descrito en mi trabajo o sobre *El nacimiento de la obligación tributaria*, inserto, como capítulo I, en la obra "Hacienda y Derecho", Madrid, Inst. Est. Pol., Vol. IV, 1936, al que me remito sobre este punto.

descripción casuística de esos diversos tipos de comportamiento. Sólo importa, a efectos del análisis que me propongo realizar, poner de relieve que el daño que de la infracción aludida se desprende —considerada esa infracción *in genere*, es decir, como incumplimiento, o cumplimiento intempestivo, de la prestación debida— se cifra en una pérdida de recursos monetarios para el ente público, y, consiguientemente, en una merma de los medios de que éste podría legalmente disponer para servir los fines de utilidad general cuya consecución tiene encomendada. Es, pues, la comunidad, la que sufre, la que directamente se daña con la infracción, ya que el Estado no es, en rigor, sino el *nomen iuris* que a la comunidad se da en el despliegue de las obligaciones tributarias, como en el de tantas otras relaciones que el Derecho conoce y regula.

Pero sigamos el análisis. Puede ocurrir que los súbditos, o, si se prefiere, los administrados, lo que incumplan sean sus deberes de colaboración con el Fisco (v. gr.: no comuniquen determinados datos a las oficinas gestoras del tributo o impidan que la actividad inspectora se desenvuelva en los términos legalmente previstos). No es siempre seguro que ese comportamiento —esos tipos de infracción— arrastre un incumplimiento paralelo de las prestaciones pecuniarias debidas, ya que, por ejemplo, un sujeto pasivo que se muestre remiso, o abiertamente hostil, a la comunicación de datos o a la acción inquisitiva del Fisco —lo que, por sí mismo, supone la comisión de infracciones— ha podido, sin embargo, satisfacer, en tiempo y forma, la totalidad de su débito tributario. Lo frecuente, empero, será que la infracción de deberes formales constituya un instrumento del que el contribuyente se sirva para perpetrar infracciones de tipo sustantivo, esto es, para eliminar, reducir o retrasar los pagos pecuniarios debidos. En todo caso, como ya he señalado, la infracción supone siempre una violación de normas de ineludible acatamiento.

Pues bien, después de echar esta ojeada sobre el campo de las infracciones tributarias y de sus claras consecuencias dañosas, e identificada la víctima que las soporta, resulta fácil, en un *esquema lógico*, trazar el inventario de los remedios, o lo que es lo mismo, de las sanciones que es pertinente aplicar.

Ante todo, el Derecho tributario —o, más ampliamente, todo el Derecho público, incluido el procesal y el administrativo— confiere al ente público medios coercitivos para que la prestación debida por el contribuyente se cumpla, merced a ellos, si no hubiere sido realizada de modo espontáneo. La Administración financiera tiene, ante todo, a su alcance una sanción que pudiéramos calificar de primaria o fundamental: la de obtener, en procedimiento ejecutivo regulado por el ordenamiento, la suma tributaria debida y no satisfecha en período de recaudación voluntaria. Pero en el área tributaria, como en cualquier otra en la que se engendren obligaciones de contenido pecuniario, el acreedor puede sufrir un daño patrimonial derivado del retraso del deudor en el cumplimiento de la prestación pecuniaria,

bien sea porque pague sin requerimiento después del plazo previsto, bien porque el ente público se haga cobro ejecutivamente sobre el patrimonio del deudor. Pues bien, cuando el sujeto pasivo no paga su deuda en tiempo legal, nace para el ente público un derecho de crédito al cobro del "interés de demora". El devengo de este interés previsto en el ordenamiento constituye una segunda modalidad de sanción, de contenido *indemnizatorio*, generada por mora en el cumplimiento (19).

Cabe, en fin, que la norma tributaria configure una sanción que no vaya dirigida a obtener el cumplimiento de la prestación tributaria de contenido pecuniario, ni a resarcir al ente público acreedor del daño experimentado por una prestación morosa, sino a *castigar* al infractor por la transgresión del ordenamiento que la infracción —cualquiera que sea su modalidad— entraña. Esa sanción puede tener contenidos diversos (v. gr.: privación de libertad, multa, comiso de géneros, etc.), pero su finalidad —*esto es lo decisivo*— no consiste en asegurar los derechos de contenido patrimonial que al Fisco acreedor corresponden dentro de una relación jurídica concreta —lo que puede obtener con los tipos de sanción que hasta aquí hemos examinado— sino en intimidar al contribuyente —tanto al infractor actual como a cualquier otro infractor en potencia— para que la conducta contraria al ordenamiento tributario no se reitere o no llegue a producirse. La sanción es, entonces, netamente represiva o punitiva. Se trata, en suma, de una *pena*.

No hay que decir que las leyes tributarias de todos los países contienen un repertorio variadísimo de sanciones del tipo al que

(19) La Ley general tributaria declara que "el interés de demora, que será el legal del dinero", forma parte de la deuda tributaria (cfr. art. 58, apartado 2, epígrafe c), pero lo excluye del repertorio de sanciones. De modo expreso declara en el artículo 86 que "no tendrán la consideración de sanciones, y serán compatibles con ellas, los intereses y demás recargos aplicables por demora, aplazamiento y apremio". Claramente se comprende el erróneo criterio que ha presidido la exclusión. El legislador español ha confundido el concepto de "sanción" con el de "pena". Lo que realmente se proponía declarar es que el interés de demora no es una sanción "penal", o, lo que es lo mismo, que no es una "pena pecuniaria". Pero ha cometido el error de negarle, incluso, el carácter de "sanción", lo que carece de todo sentido en el caso de que dicho interés deba satisfacerse —según está previsto— como consecuencia de una infracción del sujeto pasivo. Cosa distinta acontece si el interés o recargo se satisface por aplazamiento o fraccionamiento de pago de la cuota, autorizado, uno u otro, reglamentariamente por la Administración fiscal. En estos dos últimos supuestos, es obvio que el interés no constituye sanción, sino simple resarcimiento o medida indemnizatoria por el pago aplazado. El interés de demora cae, en cambio, de lleno bajo el concepto de sanción —lo que no es óbice para que también tenga, como el de aplazamiento autorizado, finalidad indemnizatoria—, siempre que se aplique como *reacción del ordenamiento frente a una transgresión de sus normas*, que es precisamente lo que acontece cuando la infracción consiste en el pago retrasado de la deuda tributaria, sin autorización del aplazamiento.

acabo de referirme. Salvo contadas excepciones, consisten en multas o penas pecuniarias (20).

Resulta, pues, que el *concepto lógico* de pena se extiende al área fiscal, aun cuando la ley tributaria haga, a veces, remilgos al vocablo “pena” y prefiera sustituirlo por la expresión de “sanción pecuniaria”, separada y distinta —eso sin remilgos— del interés de demora (supuesto de la Ley general tributaria española), o bien no tenga reparo en hablar de “penas pecuniarias, pero con la advertencia de que tales penas no pueden asimilarse a las que —como la “multa” o la “ammenda”— se aplican a las infracciones criminales, esto es, a los delitos y contravenciones (supuesto del ordenamiento italiano).

En seguida veremos cuáles son las razones de orden práctico y normativo que inducen a ciertos legisladores a adoptar las habilidades técnicas que acaban de describirse, es decir, a *modificar el proceso lógico de conceptualización* por otro que reputan más idóneo para los fines que se persiguen. Pero lo que no puede negarse es que las leyes tributarias imponen verdaderas penas, que esa, y no otra, es la esencia —descubierta por su sentido y finalidad— de las sanciones pecuniarias descritas. Y si ciertas infracciones llevan asociadas penas —que pueden ser compatibles con los intereses de demora (21), lo que revela que esas penas no tienen carácter indemnizatorio, sino fundamento expiatorio y finalidad intimidatoria— ¿cómo podrá negarse que se trata de infracciones “penadas”?

Adviertan ustedes bien el vocablo que he elegido: he dicho “penadas”, en vez de “penales”. En mi sentir, una infracción penada es —como luego intentaré demostrar— una infracción penal, pero quiero marcar ahora la distinción terminológica por dos razones. La primera, porque después de las reflexiones que acabo de formular no creo que pueda razonablemente discutirse que una infracción a la que se aplica una sanción que sólo puede lógicamente encasillarse bajo el concepto de pena, acaba siendo una infracción “penada”; la segunda, porque esa sutil distinción —como tantas otras sutiles distinciones— nos pone en la pista de lo que realmente ocurre cuando ciertos grupos de autores y de profesionales del Derecho —e incluso sectores amplios de la población— no tienen inconveniente en admitir que ciertas infracciones llevan aparejadas “multas” (terminología española) o “penas pecuniarias” (terminología italiana) y se resisten, en cambio, enérgicamente, a que las infracciones así penadas sean consideradas “infracciones *penales*”. Esta actitud está apoyada en razones que no son ajenas al propio ordenamiento positivo, y de las que ya es hora que me ocupe brevemente.

(20) La ley general tributaria habla de “sanciones pecuniarias” (art. 58, apartado 2, epígrafe e), que aparecen, después, desenvueltas y graduadas bajo la denominación del “multas”, cuya cuantía se determina en función de la gravedad de la infracción cometida (Cfr. art. 83 de la citada ley general).

(21) Véase, en tal sentido, el artículo 86 de la Ley general tributaria.

- e) *Conceptos lógico-jurídicos y conceptos legales. Razones de su eventual distanciamiento en el área de la infracción tributaria.*

A lo largo de todo lo que antecede he hecho ya abundantes alusiones al divorcio que con frecuencia se produce entre el proceso de conceptualización lógico-jurídico y el proceso de conceptualización legal. He apuntado, incluso, algún ejemplo, extraído del ordenamiento italiano, en el que ese distanciamiento se revela con particular energía. Me refiero al caso de que las leyes se encarguen expresamente de decir que las “penas pecuniarias” que se asocian a la comisión de infracciones tributarias no son penas *strictu sensu*, es decir, penas como las que se establecen en el Código penal y en las llamadas leyes penales especiales, sino sanciones, que unas veces se califican de civiles y otras de administrativas.

¿A qué obedece este fenómeno? La razón es clara, y no tengo más remedio que reiterar aquí algunas observaciones que ya formulé en el coloquio abierto sobre el tema dentro de la Semana de Estudios de Derecho financiero, celebrada en Madrid en 1961. En este punto, tras haber seguido rutas distintas, converge el razonamiento de entonces con el de ahora. Me reafirmo, en efecto, en la idea de que si el legislador no conceptúa como “penas” a sanciones pecuniarias que carecen de significación indemnizatoria y que se asocian a la infracción tributaria, esa actitud se explica por dos razones capitales 1.^a Porque, dentro de un determinado nivel de cultura y de educación social, se estima que la infracción tributaria no alcanza el grado de antijuridicidad que se reputa necesario para que una determinada conducta, transgresora de normas, se tipifique como “ilícito penal” o “ilícito criminal” (expresiones, estas últimas, de significación idéntica) y 2.^a Porque se considera que la lucha contra las infracciones tributarias debe legalmente ordenarse como función administrativa de contenido represivo, y no como función jurisdiccional confiada por la ley a la autoridad judicial. A este fundamento primordial —que entraña, como se ve, una subestimación político-social del carácter antijurídico de la infracción tributaria y, a la vez, un criterio pragmático de la distribución de poderes y competencias— se anexionan criterios o propósitos que derivan, en rigor, de las dos razones básicas que acabo de apuntar. Ejemplo: no se desea —y así lo subrayan algunos autores— que la falta de pago por insolvencia del infractor de una multa tributaria pueda traer consigo la aplicación de una sanción subsidiaria de privación de libertad; también se huye de que el autor de infracciones tributarias tenga, por el hecho de haberlas cometido, “antecedentes *penales*”; se quiere, en fin, sobre todo, que la represión del fraude fiscal discurra por cauces administrativos, en razón a la flexibilidad que les distingue del rigor y formalismo generalmente adosados al proceso judicial penal.

Para lograr todo esto, el ordenamiento corta por lo sano: a lo que “lógicamente” es pena lo desposee de esa conceptualización en el marco

legal y le confiere una calificación diversa (por ejemplo, la de sanción administrativa o civil).

Con el apoyo de esa mutación legal en la naturaleza de la sanción, se cambia también, dentro del ordenamiento positivo, la naturaleza de la infracción, que deja de ser "penal", porque no se sanciona, según él, con una pena, sino con una sanción civil o administrativa, y, siguiendo esa dirección positivista, un sector de la literatura decide despojarse de todo condicionamiento puramente lógico para montar sus esquemas teóricos con los exclusivos materiales que le suministran los textos.

¿Qué pensar de este distanciamiento entre los conceptos lógicos y las calificaciones legales? ¿Qué hacer cuando el legislador se decide —como en nuestro caso— a declarar que, dentro del ordenamiento, las cosas no van a significar lo mismo que fuera de él, sino algo que puede, incluso, entrar en pugna con los esquemas de un razonamiento lógico-jurídico?

Es evidente que el Derecho confiere a las relaciones que regula una entidad autónoma, distinta, en cierto, sentido, de la que les corresponde fuera de los esquemas normativos. Estos consisten, precisamente, en calificaciones que el ordenamiento hace, y que generan la imputación de un núcleo de efectos que son los que procuran la silueta jurídico-positiva de cada instituto. Pero la misión del jurista no se agota en una mera comprobación de lo que el legislador ha hecho, para aplicarlo de modo automático —si es un jurista que ejerce una tarea jurisdiccional— o para describirlo con la indiferencia de un naturalista —si es un jurista científico—, sino que comprende una indeclinable misión crítica, de signo valorativo, sin la que todas las restantes quedarían sin sentido.

Pues bien, en el caso del aplicador del Derecho, el divorcio entre las calificaciones legales y las conceptualizaciones lógico-jurídicas deberá conducirle a una indagación de las motivaciones profundas que han provocado ese distanciamiento, con el fin de que las consecuencias o efectos que de él deriven no se extiendan, en la práctica, más allá de los estrictos límites en los que, sin duda, han querido confirmarse por las propias normas —verosíblemente excepcionales— que lo han provocado. En el caso del estudioso, la labor crítica puede ser más profunda y llevarle a averiguar si el distanciamiento está o no *justificado* y cuáles son, en su caso, los métodos que podrían conducir a una aproximación de las calificaciones positivas a los esquemas lógicos. No se trata, claro está, de que el Derecho positivo se convierta en una construcción puramente racional y abstracta, en la que trate de aprehenderse, aun a costa de su deformación, a la realidad viviente que ha de regular, sino de que exista armonía entre al lógica jurídica y los esquemas positivos, dando por supuesto que la lógica jurídica ha de ser permeable a la íntima naturaleza de las relaciones vitales subyacentes. En todo caso, mientras esa aproximación llega a producirse en el plano positivo, el teórico del Derecho puede laborar eficazmente para

ofrecer una explicación sistemática de los fenómenos, dentro de la cual el divorcio entre la lógica-jurídica y ciertos núcleos de preceptos positivos, que consagren calificaciones contrarias a aquélla, no genere consecuencias más que en el área estricta para la que ese distanciamiento ha sido querido e instaurado por el legislador, dando, en cambio, generosa entrada, fuera de esa excepcional zona, a los conceptos jurídicos de validez general.

Con los criterios expresados, los principios inspiradores del Derecho penal común o fundamental —esto es, del Derecho penal *tout court*— vendrían a vigorizar y a racionalizar los esquemas excepcionales creados por el núcleo de normas que, dentro de la legislación tributaria, se ocupan de regular las infracciones y las sanciones.

- f) *¿Derecho penal tributario o Derecho tributario penal? Fundamento científico de la primera denominación. Razones prácticas y didácticas que explican la perduración de la segunda.*

Sobre el tema a que se refiere el enunciado de este epígrafe se contienen también pronunciamientos que siguen pareciéndome válidos en la Nota que redacté para la Semana de estudios de Derecho financiero, celebrada en 1961. Dije entonces que lo que ha dado en llamarse Derecho tributario sancionador o Derecho tributario penal debe denominarse “Derecho penal tributario”. En apoyo de esa tesis alegué, en aquella ocasión, varias razones que juzgo útil recordar, precisamente para enlazarlas y completarlas con todo lo que acabo de exponer, y, más precisamente, para considerarlas a la luz del nuevo enfoque metodológico que he dado al tema en esta intervención, esto es, tomando como punto de arranque el concepto lógico-jurídico de pena y de infracción “penada”.

Las razones expuestas en 1961 fueron las siguientes: 1.^a La infracción tributaria constituye, lisa y llanamente, una especie de infracción del orden jurídico, de naturaleza sustancialmente idéntica a las incorporadas al Código penal y a las leyes penales especiales. 2.^a La circunstancia de que esas infracciones, y las sanciones inherentes a ellas, se contengan en leyes de tipo tributario, no altera la validez de la anterior afirmación, ya que no debe confundirse la *naturaleza de las normas* con la *denominación de las leyes*. Indudablemente —advertí— siempre que una norma jurídica contempla una posible conculcación del orden jurídico y asocia a la conducta infractora una pena, estaremos en presencia de una norma penal, y como tal habremos de calificarla, cualquiera que sea la denominación que se dé a la ley en la que esa norma aparezca inserta (22). Advertan ustedes que mi primera afirmación, punto de partida de todo el razonamiento, iba

(22) Cfr. Nota para un coloquio sobre la naturaleza de la infracción tributaria, en “Hacienda y Derecho”, Madrid, Inst. Est. Pol., 1962, vol. II, pág. 210 y pág. 211, nota 3.

referida a la identidad sustancial de la infracción tributaria y de la infracción penal, y sólo en segundo término me refería a la calificación penal de la norma que asocia una pena a una infracción. Pero no presté suficiente atención, en mi Nota de entonces, al concepto lógico-jurídico de la pena, que hoy me parece no contradictorio ni distinto de la afirmado hace cinco años, sino complementario y esclarecedor de aquella tesis, que mantengo. Efectivamente, no es concebible que se niegue el carácter de infracción “penada” a una infracción que se sanciona con una “pena”, ni es tampoco razonable que, elaborado el concepto de pena en el campo de una teoría general de las sanciones jurídicas —con el apoyo, incluso, de nociones extraídas de los textos legales fundamentales—, se destruya, después, ese concepto, por vía autoritaria, esto es, por imperativo de una disposición positiva, cuando las sanciones que reúnen todos los requisitos lógicos, intrínsecos, para ser calificadas como penas, se asocian a una infracción que no tiene de específico más que el producirse en el ámbito tributario. Quiéralo o no el legislador, una infracción a la que se asocia una pena es una infracción “penada”, porque, como dije al comienzo, las leyes, por mucho que sea su poder, no pueden trastocar el razonamiento lógico y las reglas de la gramática. Ahora bien, ¿qué es lo que el legislador se propone cuando declara, por ejemplo —como hace el ordenamiento italiano—, que las “*penas pecuniarias*”, aplicables a las infracciones tributarias, no infunden a éstas la naturaleza de infracciones “*penales*”? Lo que se propone es, ni más ni menos —ya lo advertí antes—, sustraer la jurisdicción penal, en materia tributaria, del poder judicial, para conferírsela a la Administración pública, con todas las consecuencias, ya descritas, que ese desplazamiento de competencia lleva aparejadas. Idéntico es el propósito que el legislador persigue cuando —como ocurre en España— no habla de “*penas*” pecuniarias, sino de “*sanciones*” pecuniarias (Cfr. art. 58, ap. 2, epígrafe *e*) de la Ley general tributaria), aunque luego resulte que tales sanciones son “*multas*” (Cfr. art. 83 de la Ley citada), es decir, un tipo de sanción que aparece incorporado al elenco de penas que tipifica el Código penal y las leyes penales especiales. El legislador español no ha sentido en este punto el rubor del italiano, que ha eludido cuidadosamente el empleo del vocablo “*multa*”, dentro del repertorio de sanciones tributarias, precisamente para que no pudiera hacérsele la objeción que acabo de formular.

Tengo buen cuidado en advertir que la atribución de funciones jurisdiccionales a la Administración pública no es nada que deba sorprendernos, ni que rompa los esquemas en los que se apoya la clasificación de disciplinas jurídicas en el marco del Derecho público. Con indudable acierto, los administrativistas han puesto claramente de relieve, sobre todo en los últimos tiempos (en España, por ejemplo, lo ha hecho con toda claridad GARRIDO FALLA), que no debe confundirse una estructura orgánica de poderes con una clasificación de funciones y que, por tanto, la Administración pública no se limita a

administrar —aunque ese sea su primordial cometido—, sino que puede ejercer, y en todos los países ejerce, funciones normativas y jurisdiccionales, de igual modo que un Parlamento no sólo legisla, sino que puede, por ejemplo, administrar ciertos recursos o enjuiciar determinadas actuaciones. Todo se reduce, por tanto, en la materia que nos ocupa, a un *juicio de valor*. Precisamente el que dé respuesta a estas preguntas: ¿Quién *debe*, dentro del Estado, juzgar y sancionar las infracciones tributarias, la Administración pública o la autoridad judicial? En caso de que ambos poderes, el ejecutivo y el judicial, deban concurrir —es la hipótesis normal— en el ejercicio de esa función jurisdiccional: ¿Cuáles *deben* ser los límites de su respectiva competencia? En todo caso, cualquiera que sea el juzgador, ¿en qué principios básicos *debe* apoyar su labor jurisdiccional?

Pienso que sobre las cuestiones formuladas en interrogante pueden mantenerse posiciones muy variadas. Personalmente me inclino en pro de un ensanchamiento progresivo de la competencia judicial en todos los supuestos de infracción cometida *mediante fraude* y, más aún, en favor de la aplicación de los principios cardinales del Derecho penal común o fundamental —tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad— en los supuestos —que siempre son abundante— en los que esa función jurisdiccional deba seguir atribuida a la autoridad administrativa. Son principios que, lejos de *oprimir* al contribuyente, como en apariencia pudiera creerse o temerse, fortalecen su estatuto jurídico, precisamente en una de las esferas —la de la actividad sancionadora— en la que mayores peligros ofrece un crecimiento desmesurado de la discrecionalidad administrativa o la simple laxitud de las normas. El principio de culpabilidad habrá de ser especialmente acogido —porque es uno de los más descuidados o postergados en la actualidad— en el ámbito tributario.

Pero volvamos al tema de este epígrafe. Si lo que el legislador se propone es situar los ilícitos tributarios —o, al menos, una parte importante de ellos— en la esfera de la competencia jurisdiccional de la Administración, aunque se tenga conciencia de que las sanciones que esta aplica son, en su mayoría, penas, no habrá razón *teórica* alguna para que se niegue a talas infracciones carácter penal. Estaremos, a lo sumo, en presencia de un núcleo de infracciones penales —las tributarias juzgadas por la Administración— en las que, por razones reiteradamente expuestas, no se aplica la regla "*nulla poena sine previo iudicio*", al menos si por juicio se entiende exclusivamente una actividad jurisdiccional que se desenvuelve por la autoridad judicial, y no por los órganos de la Administración. Aun así, ¿no será oportuno postular que esa actividad jurisdiccional, de tipo sancionador, y, en muchos casos, penal, que la Administración ejercita, se desenvuelva con formas y garantías que la aproximen, hasta casi identificarla, con un auténtico proceso? A esa meta, tan deseable, sólo nos aproximaremos en la medida en que en el área tributaria rijan *efectivamente* —y no, como muchas veces sucede, en declaraciones pura-

mente verbalistas y formularias— los principios básicos del Derecho penal común. Habrá, para que eso ocurra, que eliminar de los textos legales las presunciones genéricas de culpabilidad de los sujetos pasivos de la imposición, habrá que autorizar al contribuyente para la alegación de pruebas que pongan de manifiesto, en su caso, la ausencia de culpabilidad y, sobre todo, será necesario revestir a toda la actividad inquisitiva de la Administración de las mismas garantías que rodean a la labor de los órganos judiciales en el proceso penal. No es razonable ni admisible que en los “expedientes administrativos”, incoados con ocasión de infracciones tributarias, opere una presunción legal de rectitud y honestidad de los funcionarios actuantes y otra de culpabilidad del contribuyente expedientado. ¿Qué razones ofrece la realidad para apoyar ese extraño sistema de presunciones? ¿No nos está ofreciendo, por el contrario, la práctica cotidiana, pruebas concluyentes de que los abusos y las torcidas y egoístas pretensiones germinan, por igual, en uno y otro campo, en el de los funcionarios y en el de los contribuyentes? Sólo cabe un remedio frente a esta situación: el imperio riguroso y estricto de la ley para ese doble grupo de protagonistas y la aplicación, igualmente rigurosa y estricta, de sanciones para las infracciones que unos y otros cometan. Sin que pueda olvidarse, por otra parte, que los “gestores” de los intereses fiscales ejercen esa actividad profesionalmente y son expertos en la materia, lo que induce a pensar que su responsabilidad en este campo es particularmente aguda. Pero nos alejamos del tema. Prometo volver sobre este vidrioso y apasionante asunto en fecha no demasiado lejana.

Pues bien, supuesto todo lo que antecede, ¿cómo negar que el Derecho que regula las infracciones tributarias y las penas que a ellas se aplican es una parte del Derecho penal? Se trata, sin duda, de un sector del Derecho penal que aún no ha emigrado del campo de la legislación tributaria, pero que por ello no deja de ser constitutivamente Derecho penal.

Recuerdo que sobre este punto sostuve con mi querido colega el profesor JARACH un animado y, para mí, aleccionador diálogo, en las Jornadas mexicanas a que al comienzo me he referido. Terminada la disertación del profesor argentino —que, como ya he dicho, versó sobre la naturaleza del ilícito tributario— se dijo a los oyentes que el conferenciante se mostraba propicio a contestar cualquier pregunta que quisiera formularsele en torno a las cuestiones que acababa de tratar. Me decidí a intervenir, y mi pregunta fue ésta: ¿Cómo podía explicar que habiendo afirmado el carácter penal del Derecho que regula las infracciones y sanciones tributarias, siguiera llamándole, en algunos pasajes de su conferencia, Derecho tributario penal? ¿En qué quedamos —me atreví a decirle—, se trata de un Derecho tributario, en el que se contienen penas, o es un Derecho penal, que contempla infracciones tributarias? La respuesta de JARACH fue para mí muy convincente. Lo que acontece —me dijo— es que se trata de una parcela del Derecho penal que *aún* no se ha emancipado del cuerpo

del Derecho positivo tributario, que sigue viviendo en el marco de los textos positivos tributarios, por lo que la denominación de *Derecho tributarios penal* es orientadora para el profesional del Derecho y permite, además, en el plano didáctico, seguir comprendiéndolo dentro de un Curso de explicaciones del Derecho tributario. Creo que esta tesis, con parecidas palabras, reaparece en la comunicación escrita que el propio JARACH ha remitido a estas Jornadas. En todo caso, yo me adhiero convencido a ella, aunque no quiera privarme de hacer algunas observaciones *complementarias*.

La primera consiste en que el Derecho penal, entendido en un sentido científico y no meramente positivista, está constituido por el conjunto de normas y principios que regulan las transgresiones del orden jurídico tipificadas en la ley y sancionadas con penas, esto es, con sanciones no meramente indemnizatorias, sino intimidatorias y represivas. Es, en suma, un Derecho que contempla las infracciones "penadas", aunque las sanciones que regule no arrastren las consecuencias procesales y de otra índole que los textos positivos atribuyen a las que ellos califican como infracciones "penales".

La segunda se refiere a la ubicación del Derecho penal tributario en los textos fiscales. Pienso que esta situación es transitoria por lo que respecta al sector, sin duda importante, que debe pasar al cuerpo del Código penal o de leyes penales especiales, de carácter tributario; sin embargo, será permanente, en una parte no desdeñable, por razones de sistemática y de distribución de competencias que ya he explicado largamente.

Quiero, en fin, referirme a la solución adoptada, hace ya muchos años, en mi Programa de Derecho Financiero, que rige, desde 1959, en mi Cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. En él se esboza una Enciclopedia de las disciplinas financieras y, dentro de ellas, se trazan las líneas divisorias de las que se insertan en el campo jurídico. Pues bien, el Derecho penal tributario aparece tratado, desde la primera edición, fuera del ámbito del Derecho tributario, y se convierte en objeto de una sección independiente. Igual fórmula adopté con el Derecho internacional tributario y con el Derecho procesal tributario. Son, y así las llamo en el Programa, parcelas del ordenamiento jurídico que tienen por objeto una regulación específica y autónoma de la actividad financiera de los entes públicos. No tienen, pues, encaje científico sistemático *dentro* del Derecho tributario, sino dentro del Derecho penal, del procesal o del internacional, aunque la materia sobre la que versan tenga relación con el fenómeno tributario y con sus efectos.

III. CONCLUSIONES

a) *Redacción y aprobación.*

El debate en torno a la naturaleza de la infracción tributaria tuvo, como he señalado en epígrafes anteriores, gran animación, dentro de un espíritu de estricto rigor científico, y resultó particularmente fecundo por la variedad de posiciones que en torno al tema se suscitaron y por el ensanchamiento inevitable que experimentó, al proyectarse sobre la clasificación de las sanciones —que acabó convirtiéndose en eje de la deliberación— y sobre el concepto y el contenido del Derecho peral tributario.

En esta situación fue conveniente que dentro del Comité encargado de redactar las Conclusiones estuvieran presentes personas representativas de los diversos criterios sustentados. Se acordó que lo compusieran los profesores VALDÉS COSTA (Uruguay), CAETANO y RODRÍGUEZ QUEIRO (Portugal), SÁINZ DE BUJANDA (España), y los señores MARTÍN OVIEDO (España) y CORTÉS ROSA (Portugal).

El trabajo desarrollado fue intenso, y gracias al propósito de “ver claro” en el asunto debatido —único designio que animó a todos los componentes, con renuncia a cualquier otro afán— pudo redactarse un proyecto bastante extenso de conclusiones, en las que apenas quedó sin abordar ninguno de los aspectos básicos de las cuestiones sobre las que había versado el coloquio.

El proyecto de conclusiones fue redactado y leído en portugués y en castellano, las dos lenguas oficiales de las Jornadas, y quedó aprobado por unanimidad en la solemne sesión de clausura (23).

b) *Texto de las Conclusiones aprobadas.*

El texto castellano de las Conclusiones leídas y aprobadas en la sesión de clausura fue el siguiente:

“Analizadas las Ponencias y Comunicaciones enviadas a las I Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Financieros y Fiscales, así como la Ponencia general, se considera que, las conclusiones deri-

(23) YUSTE GRIJALBA evoca el acto con precisión y sentidas palabras: “El último día de las Jornadas, 14 de septiembre, tuvo como principal motivo la solemne sesión de clausura, celebrada en el “Biblioteca Joanina” de la Universidad de Coimbra, soberbia pieza del barroco portugués, cuya solemnidad aún embarga el recuerdo de los participantes. Allí intervinieron, con emotivas palabras, los presidentes de los organismos mentores de las Jornadas, excelentísimos señores don Marcello CAETANO, don Santiago BASANTA SILVA y don Ramón VALDÉS COSTA. Allí se dieron lectura, en portugués y castellano, lenguas oficiales de las Jornadas, a las conclusiones propuestas y adoptadas sobre los temas objeto de estudio” (Cfr. *Crónica financiera* cit., pág. 94).

vadas de estos estudios deberán satisfacer dos exigencias básicas, a saber:

1.^a En el aspecto formal, la depuración terminológica como factor de eliminación de equívocos, siempre perturbadores, y de aproximación de concepciones que sólo por razones de léxico aparecen como antagónicas.

2.^a En el aspecto de fondo, una distinción nítida entre los resultados a que conduce la mera comparación entre los ordenamientos positivos y aquellos que se pueden considerar como basados principalmente en el empleo de categorías lógico-jurídicas que no están vinculadas a determinados textos legales.

Con el propósito de satisfacer esta doble exigencia, se juzga que las deliberaciones conducen a las siguientes conclusiones básicas:

1.^a Son infracciones tributarias todas las modalidades de comportamiento de los sujetos pasivos del tributo que determinen, por acción u omisión, una transgresión de las normas jurídicas de que derivan obligaciones sustantivas de realización de prestaciones tributarias, o deberes formales de colaboración con la Administración financiera para dar efectividad a los créditos fiscales.

2.^a Existe en el ordenamiento jurídico un repertorio de sanciones que eliminan los efectos nocivos de las infracciones. No refiriéndose a las que tienen por objeto compeler al deudor al cumplimiento de la prestación debida, o del deber omitido, o imponer el pago en beneficio del Fisco acreedor de indemnización por los daños sufridos, estas conclusiones afectan exclusivamente a las sanciones penales destinadas a castigar o a prevenir, especial o genéricamente, la infracción de la norma.

3.^a Teniendo en cuenta las premisas lógicas que anteceden, es posible considerar en el plano doctrinal que son penales las sanciones tipificadas en el ordenamiento jurídico con vistas a reprimir o prevenir la transgresión de las normas reguladoras del tributo, tanto cuanto los mencionados sanciones aparezcan insertas formalmente en las leyes tributarias como cuando se contengan en textos calificados como estrictamente penales.

4.^a En sentido amplio, puede utilizarse la denominación de Derecho penal tributario para aludir al cuerpo de normas y principios que regulan las sanciones tributarias de carácter preventivo o punitivo, independientemente del texto legal en que estén incluidas. No obstante, se juzga útil, por motivos didácticos y de orientación, hacer referencia al Derecho tributario penal para designar exclusivamente aquella parte del Derecho penal tributario integrado por los ilícitos y las sanciones tipificadas en las leyes tributarias y por aquellas que en el ordenamiento jurídico son calificadas como penales.

5.^a Se reconoce la existencia de una identidad sustancial entre las infracciones y las penas reguladas en el Código penal y las tipificadas en las Leyes tributarias. Sin embargo, se reconoce también la existencia de diferencias notables en el respectivo régimen legal de apli-

cación, en la medida en que las primeras deben ser siempre aplicadas por la autoridad judicial, de acuerdo con el principio “*nulla poena sine previo iudicio*”, y las segundas pueden ser impuestas por la Administración pública mediante procesos legales especiales.

6.^a Así formuladas las precedentes diferencias y especificaciones, se estima que, en lo relativo al concepto y clases de las infracciones, todas aquellas que revisten naturaleza punitiva, tanto las aplicables inmediatamente por la Administración como las aplicables por los órganos judiciales, deben inspirarse fundamentalmente en los principios de tipicidad, ilicitud y culpabilidad elaborados por la dogmática jurídico-penal.

7.^a Analizado con especial atención y detenimiento el elemento de la culpabilidad, se juzga que éste constituye, en cualquier caso, una nota definidora de la infracción a la que se asocia una sanción punitiva. No es aconsejable la formulación de presunciones legales de culpabilidad de carácter genérico. No obstante, se estima posible, e incluso necesario, que se formulen presunciones legales de carácter excepcional, en relación con determinadas infracciones, sin que en ningún caso se elimine la posibilidad de prueba en contrario por parte del contribuyente.

8.^a En las infracciones tributarias que se agotan en la mera inobservancia de un deber con independencia de cualquier evento, el dolo y la negligencia se refieren exclusivamente a aquella inobservancia.

9.^a Puede haber negligencia punible incluso cuando el agente, al cometer la infracción, no supiera que la está cometiendo; sin embargo, la negligencia debe ser apreciada en función de las posibilidades concretas de que el agente dispone para evitar la infracción que le es imputada.”

c) *Glosa final. Criterios jurídico-penales que presiden las conclusiones aprobadas. Su fecundidad para el imperio de la ley en las relaciones tributarias.*

En las Conclusiones aprobadas en la sesión de clausura de las Jornadas, los criterios jurídico-penales presiden con amplitud toda la doctrina que en tales conclusiones se sustenta, pero ello se hace sin desconocer las razones de orden práctico que aconsejan atemperar los mencionados criterios a las exigencias de la vida administrativa y a las valoraciones vigentes en materia de infracción tributaria. En tal sentido, no puede menos de subrayarse el reconocimiento de la identidad sustancial entre las infracciones y las penas reguladas en el Código penal y las tipificadas en las leyes tributarias, sin perjuicio de que se reconozca la ineludible derogación, al menos sectorial, del principio de “*nulla poena sine previo iudicio*”, en el ámbito fiscal. Sin embargo, las peligrosas consecuencias de esa derogación —o inaplicación— se aminoran con el reconocimiento de que la culpabilidad

constituye, en cualquier caso, una nota definidora de la infracción a la que se asocia una sanción punitiva, y con el criterio de que “no es aconsejable la formulación de presunciones legales de culpabilidad de carácter genérico” (24). Es importante, en fin, que en las Jornadas se haya tenido conciencia de las razones específicas que aconsejan el empleo de la expresión “Derecho penal tributario”, sin dejar de reconocer que es útil, por motivos didácticos y de orientación, hacer referencia al Derecho tributario penal para designar exclusivamente “aquella parte del Derecho penal tributario” (nuevo reconocimiento de la primacía de la disciplina penal) “integrado por los ilícitos y las sanciones tipificadas en las leyes tributarias y por aquellas que en el ordenamiento jurídico son calificadas como penales”.

En conjunto, el cuerpo de conclusiones se inspira en el anhelo de que todas las infracciones tributarias de naturaleza punitiva, tanto las aplicables directamente por la Administración como las aplicables por los órganos judiciales, “deben inspirarse fundamentalmente en los principios de tipicidad, ilicitud y culpabilidad elaborados por la dogmática jurídico-penal.

La fecundidad de estas conclusiones para el imperio de la ley (mejor aún, del *ius*) en la ordenación de las infracciones y sanciones es muy notable. Hago votos fervorosos para que esta sana doctrina se robustezca en el transcurso del tiempo y sirva de freno a las arbitrariedades administrativas y de estímulo educativo al contribuyente.

(24) La Ley general tributaria española contiene una de esas presunciones, que las Conclusiones repudian, al declarar, en su artículo 77. apartado 2, que “Toda acción u omisión constitutiva de infracción tributaria se presume voluntaria, salvo prueba en contrario”.

SECCION LEGISLATIVA

LA NUEVA RUBRICACION «DELITOS CONTRA LOS ALTOS ORGANISMOS DEL ESTADO»

Creada por la Ley de 8 de abril de 1967 reformando determinados preceptos del Código Penal

DOMINGO TERUEL CARRALERO

Magistrado

1. *La esencialidad de determinados órganos estatales*

En un intento de clasificación de los delitos contra el Estado por orden de su gravedad, tras de un grupo que comprendiese los que le atacan por ser una organización política que extrínseca el sentimiento de Patria, en un ataque indirecto contra ésta, y otro de los cometidos contra la personalidad del Estado, es decir, como miembro en la comunidad internacional, habría de seguir un tercero formado por los que atacan lo que se considera esencial del Estado en un lugar y un tiempo determinado.

Esta esencialidad es respecto a los Organos sin los cuales el Estado no puede funcionar. Son esenciales los que no pueden ser intersubstituidos, intercambiados, en un determinado ordenamiento jurídico, en el nuestro son esenciales por ejemplo las Cortes, porque no hay otras que alternativa o al mismo tiempo funcionen, o el Consejo de Ministros como tal organismo, pues si un Ministro como tal puede ser sustituido, y de hecho lo es, en ausencia o enfermedad, no puede intercambiarse o sustituirse por otro un Consejo de Ministros, aunque puedan serlo y lo son en tiempo sucesivo las personas que lo constituyen.

En un criterio más amplio puede entrar en esta esencialidad lo que no se refiere a determinados órganos si no a una forma o estructuración fundamental del Estado, es decir, a la forma de gobierno que adopte, que fue la cuestión batallona y absorbente de la lucha política durante más de un siglo, y más esencial aún el contenido ideológico, la fundamentación y justificación del Estado, exponente de la abscisión de un pueblo a una cultura, que suelen articularse en Leyes Fundamentales, en Constituciones, abiertas o cerradas, en superleyes, de las que el derecho y la ley penal no pueden más que sacar la consecuencia.

2. *Los órganos esenciales*

En el criterio restringido de esencialidad referido a los órganos se había de estimar en primer lugar el Ejército, columna vertebral del Estado, su última ratio en caso de violencia contra él, órgano que es expresión y animación del sentimiento patriótico, que por la incorporación a él de gran número de mujeres en tiempo de guerra es cada vez más la Nación en armas. Tan esencial y fundamental es que tiene su ley especial y jurisdicción propia para la definición y castigo de los delitos que contra él pueden cometerse, por lo que, recordado, es apartado de este estudio.

El Jefe del Estado no sólo en nuestra peculiar concepción del Estado Nacional, sino en cualquier otra sea presidencialista, parlamentaria o colegiada, en la que se destaca para ello una persona del Colegio Rector, lo personifica y representa, con lo que aún superada la concepción del crimen maiestatis se le da una protección penal especial en todos los países y en nuestra ordenación jurídico-penal los delitos contra él encabezan los que se comprenden contra la seguridad, llamada interior, del Estado.

Otros órganos esenciales son, como ya dijimos y advirtieron los legisladores anteriores, las Cortes y el Consejo de Ministros, a los que hay que añadir en nuestro ordenamiento jurídico actual el Consejo de Regencia, el Consejo del Reino y el Consejo Nacional del Movimiento, que creados recientemente reciben ahora protección penal y el Tribunal Supremo de Justicia de antigua creación que sólo ahora se destaca para recibir la protección especial otorgada a los órganos esenciales.

3. *La agrupación de los delitos contra estos órganos*

Esto nos obliga, para su debido encuadramiento en nuestro texto legal vigente, a estudiar la evolución en nuestro derecho histórico ya codificado, si no de las rúbricas delitos contra la seguridad exterior e interior, sí la del capítulo 1.º de los contra la seguridad interior en el Código Penal de 1948-50, primero también en la agrupación de delitos contra la Constitución en los de 1870 y 1932 que es donde se castigaban los delitos contra los órganos considerados entonces esenciales del Estado.

En el Código Penal de 1848-50 este capítulo está constituido por los delitos de lesa majestad, es decir, contra el Jefe del Estado, fuera de esto existían ya, situados en lugar distinto algunos de los que posteriormente y hoy se comprenden en él, así los delitos contra las Cortes estaban encuadrados entre los desacatos (arts. 191 y 192) o entre los cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargos (art. 294).

El de 1870 tiene tres subgrupos o secciones: de lesa majestad; contra las Cortes y sus individuos, y contra el Consejo de Ministros. El de 1932 repite los tres subgrupos o secciones, pero la designación de lesa majestad es sustituida por la más conforme con nuestra época de contra el Jefe del Estado. Entre ambos, en el tiempo, el Código Penal de 1928

crea cuatro subgrupos: Contra el Rey, la Regencia y la Real Familia; contra las Cortes y sus Miembros; contra la forma de Gobierno, y contra el Consejo de Ministros y sus Miembros.

La primitiva redacción del Código Penal de 1944 hoy vigente vuelve a los cuatro subgrupos del 28, pero recoge la denominación para el primero de contra el Jefe del Estado y queda así: Delitos contra el Jefe del Estado; contra las Cortes y sus miembros; contra el Consejo de Ministros y sus Miembros, y contra la forma de Gobierno.

4. *Agrupación y rubricación actual de contra los Altos Organismos del Estado*

Sobre esta clasificación se hace la reforma actual. El subgrupo o sección 1.º, delitos contra el Jefe del Estado sigue con la misma numeración rúbrica y contenido, lo mismo ocurre en cuanto a rubricación y contenido de los contra la forma de Gobierno, si bien quedan de sección o subgrupo 3.º, por haberse concentrado en uno los dos que le precedían.

Esta concentración es la base de la modificación que, por ser la más trascendental del texto originario, va a ser la materia de nuestro estudio. Se rúbrica la sección 2.ª delitos contra los Altos Organismos del Estado, que veremos son los que en pura teoría llamábamos órganos esenciales del mismo, que por una jerarquización vertical de ellos, más perceptible que su esencialidad, se les agrupa y diferencia por esta situación de altitud en la organización estatal, para diferenciarlos y destacarlos de los otros grupos de delitos contra los órganos del Estado, corporaciones, autoridades y funcionarios que no tienen tan alto nivel, que cada uno de ellos no es esencial a la existencia y actuación del Estado.

Lo concentrado, ya se habrá advertido, es de delitos contra las Cortes y sus miembros y contra el Consejo de Ministros y sus miembros, a los que nos vamos a referir antes de considerar la verdadera novedad de que otros Altos Organismos del Estado se incluyan con ellos en esta sección para darles la destacada protección penal a que nos hemos referido.

5. *La novedad en los delitos contra las Cortes*

En los delitos contra las Cortes se ha pasado de la redacción primitiva a la actual sin alteración alguna, porque esta ya se había realizado sobre el texto del Código Penal del 32, que es la primitiva redacción del actual, suprimiendo los que sólo figuraban en éste que eran los que en él tenían los números 150 al 153, ataque del Jefe del Estado o de sus Ministros a las Cortes y del Presidente de éstas en orden a la elección del Jefe del Estado, hoy inactuales, dejando subsistentes los que de código en código venían consignándose y creando un precepto nuevo del art. 155.

Los que ataquen o entorpezcan, en cualquier forma, la labor de las Cortes, serán castigados con la pena de prisión menor.

La aparición de este precepto es consecuencia del núm. 3.º del apartado B) del art. 2.º de la Ley de 22 de julio de 1944, en la que se autoriza la publicación de un texto refundido del Código Penal de 1932. Dicho número ordena que "los artículos 150 a 153", "delitos contra las Cortes y sus miembros", serán derogados sustituyéndose por otros en el número necesario, en el que se sancionen hechos realizados por los que ataquen u obstaculicen la labor de las Cortes, orden que se cumplió, no sustituyendo unos artículos por otros en toda la extensión ordenada, sino omitiendo los artículos que en el de 1932 eran del 150 al 153 inclusive, e incluyendo este nuevo artículo, que como se ve a simple vista está transcrito del número de la ley citada.

Esto plantea respecto al ámbito de su aplicación tres hipótesis: Es un artículo genérico para comprender actos que no lo están en los demás artículos transcritos que parece ser la opinión de Ferrer y Sama, único comentarista, que yo sepa, se ocupa de este asunto; es un artículo que prevé casos más graves que los de los artículos transcritos en el Código Penal del 32, diferenciándose del supuesto del núm. 1.º del artículo siguiente en que en éste se trata sólo de perturbar y en el que examinamos de atacar o entorpecer acciones de mayor gravedad y por esto señala la penalidad mayor de la sección; o lo que parece más racional, aquí se desarrolla la orden del legislador del núm. 2.º del apartado B) de la Ley de 22 de julio de 1944 a que repetidamente nos hemos referido suprimiendo los artículos 150 a 153, es decir los deroga y los sustituye por este que, si no es genérico, es inconcreto, muy posiblemente por que no establecido hasta la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 la esfera de atribuciones de los diversos organismos, no podía concretar el legislador del 44 qué ataques o perturbaciones procedentes de otros organismos podían producirse y la inclusión de este precepto no fue en el ánimo del legislador más que una especie de ley penal en blanco entorpezcan, de entorpecer, que es para la Real Academia poner tope, nizar jurídicamente el Estado, cuya violación respecto a las Cortes tendrían la consecuencia penal de la aplicación de este artículo.

De los términos empleados no merece comentario atacar, pero quizá sí entorpezcan, de entorpecer, que es para la Real Academia poner tope, buscar oscurecer el entendimiento, perturbar, dificultar, a lo que añade Domínguez impedir el uso de algún miembro, dificultar o entorpecer algún negocio haciendo que marche con lentitud, algunas de las cuales supone un poder y una persistencia en la acción.

6. *La ampliación de la protección penal a otros Altos Organismos del Estado*

De lo que fue sección de delitos contra el Consejo de Ministros y sus miembros queda subsistentes tal como venía repitiéndose desde el Có-

digo Penal de 1870 lo que hoy es el artículo 170, pero los otros dos que formaban la sección han sido variados por la ley última de reforma, sobre todo el 161 donde ha sido tan profunda que justifica la nueva rubricación que estudiamos al quedar así redactado:

Incurrirán en la pena de prisión mayor:

1.º *Los que injuriaren o amenazaren gravemente al Consejo de Regencia, al Gobierno, al Consejo del Reino, al Consejo Nacional del Movimiento o al Tribunal Supremo de Justicia.*

2.º *Los que emplearen fuerza o intimidación para impedir a los miembros de dichos Organismos asistir a sus respectivas reuniones.*

Si comparamos la redacción primitiva con la actual vemos que ésta es respecto a aquélla un ensanchamiento, una ampliación de los Altos Organismos, órganos esenciales protegidos y hasta podemos ver en el camino parlamentario de su formación cómo se van añadiendo términos a los primitivamente examinados, sobre todo tras la promulgación de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, que parte de nuestra Constitución abierta pliega y obliga a las demás leyes a sus preceptos.

Examinando el proceso de esta idea hacia su consagración definitiva vemos que en el proyecto enviado por el Gobierno a las Cortes son tres los organismos esenciales, Altos Organismos, protegidos, el Tribunal Supremo de Justicia, aunque no se anuncie en primer lugar, existente desde muy antiguo, que no había tenido protección penal especial como se quejaba Groizard, quizá porque ya existía cuando se creó la rúbrica de los delitos contra la Constitución, quedó fuera de ella cuando se protegía al legislativo—Cortes— y el ejecutivo—el Gobierno o Consejo de Ministros— y además en dicho proyecto el del Consejo de Regencia y del Consejo del Reino, al que se añaden según el informe ante el pleno de las Cortes, el Consejo Nacional del Movimiento que junto con el Gobierno, denominación que ha de hacerse coincidir con la de los textos anteriores de Consejo de Ministros, aunque en el lenguaje vulgar parece que en algún caso tiene aquél más amplio contenido que éste.

Desaparecida la forma comisiva de la calumnia, quizá debido a la crítica de Quintano, basada en que al no poder cometer delito los órganos colectivos no pueden ser calumniados la protección se realiza conminando pena para los que injuriaren o amenazaren, debiéndose entender por injuria la descrita en el artículo 457 y en cuanto para la consideración de las amenazas lo establecido en el Cap. V del Tít. XII, pudiendo servir de criterio mesurador de la gravedad si fueren proferidas contra un particular constituirían delito y no teniendo tal gravedad las que en el mismo caso hubiesen sido consideradas como leves, siendo de subrayar que la injuria o amenaza ha de ser al Organismo esté o no en funciones, por no pedirse que lo esté, pues si se hace contra un miembro, aunque lo sea como tal, existiría desacato o atentado.

Sólo en el párrafo 2.º del artículo, se considera a los miembros de es-

tos organismos como tales miembros, pero es para asegurarles la libertad de asistir a sus respectivas reuniones.

El último precepto de la sección del artículo 162 queda así redactado:

Cuando la injuria o amenaza de que se habla en el artículo precedente no fueren graves se impondrá al culpable la pena de prisión menor.

Suprimiéndose como en el artículo anterior el término calumnia sin que tampoco para éste se diga ni se refleje en la formación parlamentaria del precepto, por lo que se plantea el problema para la interpretación de este artículo y más del anterior de si dentro de la injuria puede caber la calumnia o alguna forma de ella, opinión difícilmente sostenible por la deliberada eliminación del término, pero ¿que se haría con el que atribuyese a algunos de estos organismos esenciales la comisión de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio? De no dejarlo impune por atípico, habría de estimarse que esta imputación era expresión proferida en su deshonra, descrédito o menosprecio que es la injuria; pero entonces surge otra duda, ¿cabría la admisión en este caso de la exceptio veritatis? Creemos no sería posible, porque para ello habría que dar a una excepción una interpretación extensiva.

MINISTERIO DE JUSTICIA

DECRETO 162/1968, de 25 de enero, sobre modificación de determinados artículos del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956.

El Reglamento de los Servicios de Prisiones, aprobado por Decreto de dos de febrero de mil novecientos cincuenta y seis señala en su artículo primero como fin primordial de las Instituciones penitenciarias que regula en orden al cumplimiento de las penas y de las medidas de seguridad que implican privación de libertad, el de realizar sobre los sentenciados "una labor reformadora, con arreglo a los principios y orientaciones de la ciencia penitenciaria".

Trancurridos once años desde su entrada en vigor, se viene comprobando la necesidad de mejorarlo en su aspecto técnico, de modo que recoja las nuevas soluciones que la ciencia penitenciaria ofrece, aplicando métodos nuevos a los complejos problemas de reeducación y readaptación social de los delincuentes, todo lo cual resulta aconsejable incorporar a nuestro sistema en forma paulatina, con la necesaria adaptación a las peculiares características de éste.

Consecuente con ello, el presente Decreto recoge los aspectos esenciales referidos a la reestructuración de los establecimientos penitenciarios y normas sobre observación, clasificación y tratamiento, sin perjuicio de que más adelante, cuando las necesidades lo determinen y lo aconseje la experiencia obtenida tras la aplicación de las modificaciones que ahora se introducen, se afronte la empresa más ambiciosa de ordenar en su totalidad nuestra organización y actividades penitenciarias.

En la reestructuración de los establecimientos penitenciarios se parte de la distinción básica, fundada en razones procesales y criminológicas, de establecimientos preventivos o de detención y establecimientos de cumplimiento o de corrección. Se estructuran los primeros, respondiendo a una idea de concentración de medios, como Centros interprovinciales o regionales destinados a la retención y custodia de detenidos y presos. De estos establecimientos dependerán los denominados "Centros de diligencias", destinados a albergar los detenidos por el tiempo mínimo indispensable que requieran las exigencias procesales en las localidades en que sea necesario, pero que, salvadas dichas exigencias, pasarán al Centro de detención de que dependan, garantizándose la eficacia y celeridad del traslado mediante el servicio de coches establecido por Decreto dos mil trescientos cincuenta y cinco/mil novecientos sesenta y siete, de dieciséis de septiembre.

En cuanto a los establecimientos de corrección o de cumplimiento, como instituciones destinadas al cumplimiento de sentencias que impliquen pri-

vación de libertad, dentro de la amplia gama de clasificaciones que se han formulado, con el fin de agrupar a los delincuentes según las distintas particularidades que presentan, se formula un cuadro de clasificación que se estima adecuado a nuestro medio y apropiado a los fines de readaptación social que se persiguen. En dicho cuadro se comprenden, atendiendo al objeto a que se destinan: establecimientos de carácter hospitalario y asistencial; instituciones para jóvenes y establecimientos ordinarios de cumplimiento, diversificándose éstos, a su vez, en tres tipos: de régimen cerrado, para quienes se muestren hostiles o refractarios al tratamiento reformador; de régimen intermedio, para los que presenten condiciones favorables en orden a su readaptación social, y de régimen abierto, para los que pueden ser considerados ya readaptados.

Conforme al sistema progresivo que determina el artículo ochenta y cuatro del Código Penal, se establecen tres grados en el tratamiento, además del de la libertad condicional: de reeducación, de readaptación social y de prelibertad, que se corresponden con los tres tipos de establecimientos antes indicados: cerrado, intermedio y abierto.

El tratamiento se basa fundamentalmente en el estudio científico de la personalidad del sujeto, y la progresión en el mismo se hace depender de la conducta activa del interno, entrañando un acrecentamiento en el grado de confianza en él depositado y la atribución de responsabilidades cada vez más importantes, que habrán de comportar una mayor libertad.

Se encomienda a unos Servicios cualificados, integrados en equipos, bajo cuyo impulso actuarán todos los funcionarios de la plantilla, la necesaria observación de los internos como base para su separación en los grados que se prevén en los establecimientos de ingreso y a los fines ulteriores. Una vez recaída sentencia firme, de su clasificación y destino al establecimiento de cumplimiento que resulte más idóneo para la aplicación del tratamiento que requieran, también a cargo de equipos especializados. Para completar la labor de dichos equipos, orientar e impulsar su funcionamiento, se prevé asimismo la creación de una Central de Observación.

Las modificaciones que anteceden se concretan en los artículos cuatro, cinco, once, diecisiete, veintiuno al veinticinco, ambos incluidos; veintisiete al veintinueve y cuarenta y ocho al cincuenta y dos, también incluidos, del Reglamento.

Por otra parte, a efectos de la necesaria continuidad en el tratamiento, del que la libertad condicional constituye el último grado, se modifica el artículo cincuenta y seis del Reglamento en el sentido de considerar como una sola condena de mayor duración las dos o más que sufra el penado, ya estén contenidas en una o varias sentencias; sin comprender las penas de arresto, que por imperativo legal quedan excluidas de dicho beneficio, al no ser aplicables a ellas el sistema progresivo. En los artículos cincuenta y ocho y cincuenta y nueve se concreta el trámite de los expedientes de libertad condicional, perfilando la protección a que se ha de someter el liberado y que habrán de ejercer delegados especializados de los órganos del Patronato y asistencia, en orden a conseguir una mayor eficacia en la acción tutelar. Al artículo sesenta y uno se le da una nueva redacción para

precisar la intervención de las Comisiones Provinciales de Libertad Condicional en la tramitación de los expedientes, así como el artículo sesenta y tres, para armonizar su contenido con la nueva regulación.

También se da nueva redacción a los artículos sesenta y cinco, sesenta y seis, sesenta y siete y setenta y tres sobre redención de penas por el trabajo, de acuerdo con las modificaciones introducidas en esta materia por el Código Penal, "texto revisado de mil novecientos sesenta y tres", en su artículo ciento, y a los artículos setenta y siete, ciento veinte y apartado doce del artículo trescientos ochenta y tres, que se armonizan con lo dispuesto en la Ley de veintiocho de junio de mil novecientos sesenta y siete, reguladora del ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa.

Por último, los artículos quince y treinta y cuatro del Reglamento se remiten a lo que dispone el Decreto dos mil trescientos cincuenta y cinco/mil novecientos sesenta y siete, de dieciséis de septiembre, sobre conducción de detenidos, presos y penados.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia y oído el Consejo de Estado en Comisión Permanente y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día veintidós de diciembre de mil novecientos sesenta y siete,

D I S P O N G O :

Artículo único.—Los artículos cuatro, cinco, once, quince, diecisiete, veintuno al veinticinco, veintisiete al veintinueve, treinta y cuatro, cuarenta y ocho al cincuenta y dos, cincuenta y seis, cincuenta y ocho, cincuenta y nueve, sesenta y uno, sesenta y tres, sesenta y cinco, sesenta y seis, sesenta y siete, setenta y tres, setenta y siete, ciento veinte y el apartado doce del artículo trescientos ochenta y tres del Reglamento de los Servicios de Prisiones, de dos de febrero de mil novecientos cincuenta y seis, quedan redactados en la siguiente forma:

"Artículo cuatro.—Los establecimientos preventivos o de detención son Centros regionales o interprovinciales destinados a la retención y custodia de detenidos y presos. También podrán servir para el cumplimiento de arrestos y otras penas de privación de libertad cuando el tiempo de cumplimiento efectivo en prisión no exceda de seis meses.

En las localidades donde no radique un establecimiento de esta clase podrán establecerse, cuando el contingente de detenidos así lo requiera, unos Centros denominados de diligencias, destinados a albergar a los detenidos y presos por el tiempo necesario que demanden las actuaciones judiciales, reintegrándose, una vez salvadas dichas exigencias, al establecimiento de detención de que dependan.

Artículo cinco.—Los establecimientos de cumplimiento o de corrección destinados al cumplimiento de sentencias que impliquen privación de libertad comprenderán:

a) Centros hospitalarios y asistenciales: Hospital Penitencia, Sanatorio Penitenciario Antituberculoso, Sanatorio Psiquiátrico Penitenciario, Centro Pe-

nitenciario de Maternología y Puericultura, Instituto Geriátrico Penitenciario, Centros de psicópatas, de pervertidos sexuales, de deficientes mentales y, en general, todos aquellos en que se preste una asistencia de carácter no específicamente penitenciario.

b) Establecimientos para jóvenes menores de veintiún años.

c) Establecimientos ordinarios, que serán de tres tipos: de régimen cerrado, para quienes se muestren hostiles o refractarios al tratamiento; de régimen intermedio, para quienes ofrezcan condiciones favorables en orden a su readaptación social, y de régimen abierto, para quienes, bien inicialmente, o bien por la evolución del tratamiento a que fueron sometidos estén en condiciones de vivir en régimen de semilibertad.

Artículo once.—Los detenidos y presos ocuparán, a ser posible, celdas individuales, y, en todo caso, para su separación se tendrá en cuenta lo que dispone el artículo quinientos veintiuno de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, formándose al efecto, cuando menos, los siguientes grupos básicos:

a) Los que presenten anomalías o deficiencias físicas o mentales que les impidan seguir el régimen normal del establecimiento.

b) Los que sean susceptibles de producir una influencia nociva sobre sus compañeros de internamiento.

c) Los no incluidos en los grupos anteriores. Entre éstos se hará una separación de los jóvenes respecto de los adultos.

En cada establecimiento existirá un equipo integrado por funcionarios penitenciarios especializados en la utilización de técnicas concretas de observación, conducentes a la separación de los internos en la forma antes indicada.

Artículo quince.—Cuando por interesarlo la Autoridad judicial haya de procederse a la conducción de presos para la práctica de diligencias necesarias, aquélla se ajustará a las normas previstas en el Decreto dos mil trescientos cincuenta y cinco/mil novecientos sesenta y siete, de dieciséis de septiembre.

Artículo diecisiete.—El ingreso de los sometidos a medidas de seguridad en los establecimientos a ellos destinados o, en su defecto, en alguno de los que se determinan en el artículo cuatro se hará según dispone la Ley de cuatro de agosto de mil novecientos treinta y tres, en virtud de orden o mandamiento del Tribunal sentenciador, o de los Jueces de Instrucción, o de los que especialmente sean designados para esta función.

Artículo veintiuno.—Una vez firme la sentencia, el Tribunal remitirá al Director del establecimiento donde se encuentra el reo, dentro del plazo de quince días, testimonio literal de la misma y la correspondiente liquidación de condena. Si transcurrido dicho plazo no se recibiera, el Director interesará su remisión del Tribunal sentenciador, dando cuenta al Centro directivo si, pasado un plazo prudencial, que no excederá de diez días, no ha dado resultado su gestión.

Artículo veintidós.—El equipo del establecimiento, previa la observación del sujeto con la consiguiente determinación del tipo criminológico del mismo, formulará propuesta razonada sobre alguno de los siguientes términos, según proceda:

a) Que el sujeto continúe en el propio establecimiento por no exceder de

seis meses el tiempo que le reste para salir en libertad, salvo que proceda su internamiento en un centro hospitalario o asistencial, en cuyo caso el traslado no estará supeditado a plazo determinado.

b) Que sea trasladado a la Central de Observación por estimar difícil o dudosa la clasificación del sujeto.

c) Que sea trasladado al establecimiento de cumplimiento que corresponda a la personalidad del interno.

Artículo veintitrés.—Por exigencias de un tratamiento hospitalario o asistencial serán destinados:

a) Al Hospital Penitenciario, los que necesiten someterse a operaciones quirúrgicas, o los afectados por dolencias graves que exijan tratamiento hospitalario.

b) Al Sanatorio penitenciario Antituberculoso, los que padezcan enfermedad física con indicación de tratamiento sanatorial.

c) Al Sanatorio Psiquiátrico Penitenciario, los que presenten síntomas o trastornos psíquicos en cualquiera de sus formas o grados. Los sentenciados en quienes se aprecie la circunstancia primera del artículo octavo del Código Penal, cuando por el Tribunal sentenciador se haga constar la peligrosidad social del enajenado que impida su internamiento en una institución provincial.

d) Al Centro Penitenciario de Maternología y Puericultura, las penadas que se encuentren en periodo de gestación o tengan consigo hijos menores de tres años.

e) Al Instituto Geriátrico Penitenciario, los que hubieren cumplido sesenta años de edad o estén imposibilitados para seguir el régimen normal de los establecimientos de cumplimiento ordinarios. La edad, a estos efectos, será apreciada de modo preferentemente biológico.

f) A Centros de Psicópatas, los internos que presenten dicha anomalía.

g) A establecimientos de perversos sexuales, los conocidos como homosexuales genuinos o congénitos y los homosexuales de hábito.

h) A establecimientos de deficientes mentales, todos aquellos que presenten una debilidad de la inteligencia, en cualquiera de sus grados.

Artículo veinticuatro.—Los menores de veintiún años de edad, apreciando esta característica de un modo preferentemente biológico, serán destinados a establecimientos de jóvenes.

Artículo veinticinco.—Los penados no comprendidos en los artículos anteriores serán destinados, atendiendo a su vez al carácter o modalidad de la sentencia de privación de libertad con sus respectivas variantes, a la edad y a la modalidad del trabajo, al establecimiento ordinario de cumplimiento del tipo que resulte más idóneo en orden a su tratamiento.

Artículo veintisiete.—Recibido en la prisión el testimonio de la sentencia y liquidación de condena, el Director del establecimiento remitirá a la Dirección General la propuesta de destino a que se refiere el artículo veintidós, juntamente con la ficha clasificadora del interno.

Artículo veintiocho.—El Director preparará asimismo, para consignarlos en su día al establecimiento a que sea destinado el interno, los siguientes documentos:

- a) Testimonio de la sentencia o sentencias y liquidación de condena.
- b) El expediente personal del interno, juntamente con el protocolo de observación que haya efectuado el equipo y ficha clasificadora.
- c) Documentación sanitaria con los certificados de las vacunaciones oportunas.
- d) Documentación escolar, con su ficha y certificados oportunos y, en su caso, tarjeta de promoción cultural.
- e) La hoja de conducción.

Artículo veintinueve.—La Dirección General, a la vista de las propuestas que se formulen y previo informe de la Central de Observación en los casos en que se estime necesario, dispondrá el traslado del sujeto al establecimiento que le corresponda.

Artículo treinta y cuatro.—Las conducciones se realizarán normalmente por carretera, en vehículos adecuados, a cargo de fuerzas de la Guardia Civil, según dispone el artículo primero del Decreto dos mil trescientos cincuenta y cinco/mil novecientos sesenta y siete, de dieciséis de septiembre.

Artículo cuarenta y ocho.—Las penas de reclusión, presidio y prisión se cumplirán conforme determina el artículo ochenta y cuatro del Código Penal, según el sistema progresivo, que comprenderá los siguientes grados:

Primero.—De reeducación del interno.

Segundo.—De readaptación social, con tratamiento dirigido en un clima de confianza.

Tercero.—De prelibertad.

Cuarto.—De libertad condicional.

Los tres primeros grados se corresponden, respectivamente, con los establecimientos de régimen cerrado, intermedio y abierto, previstos en el artículo cinco.

Siempre que el sujeto demuestre estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le precedan.

La evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con su consiguiente propuesta de traslado al establecimiento que corresponda, o, dentro de la misma institución, el que pase de una sección de régimen cerrado a otra de régimen intermedio o abierto, o viceversa.

La progresión en el tratamiento dependerá de la conducta activa del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades cada vez más importantes que implicarán una mayor libertad.

La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno oposición o resistencia al tratamiento o falta de colaboración que implique una evolución desfavorable de la personalidad del mismo.

Artículo 49.—El tratamiento se inspirará en los siguientes principios:

- a) Será de carácter continuo y dinámico, dependiente en extremo de las incidencias en evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena.
- b) Estará basado en el estudio científico de la constitución, temperamento, carácter, aptitudes y condicionamiento social del sujeto a tratar, con la va-

variable utilización de métodos psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, según la consideración de la personalidad individual de cada interno en la aplicación de los correspondientes.

c) Consecuente con los distintos grados previstos en el artículo que antecede y los tipos de establecimiento que con ellos se corresponden, el tratamiento tendrá como finalidades concretas:

Uno. En los de régimen cerrado: Promover, como base indispensable para toda labor de reeducación que se intente, el cambio de la actitud inicial de oposición del sujeto hacia su tratamiento.

Dos. En los de régimen intermedio: Lograr la mayor aquiescencia y colaboración del interno en su propio tratamiento, encaminada a conseguir un perfeccionamiento de sus aptitudes y la modificación de las actitudes negativas que presente.

Tres. En los de régimen abierto: Cuidar que la actitud del interesado, merecedora de la plena confianza en él depositada, no evolucione en sentido negativo o desfavorable.

Artículo cincuenta.—El régimen general de los establecimientos de cumplimiento responderá a las siguientes bases:

a) Separación de los internos en grupos según determinen las incidencias del tratamiento.

b) Utilización de procedimientos tendentes a la modificación del sistema de actitudes del interno y de su escala de valores.

c) La asistencia moral, religiosa, social y de educación integral, tendentes a suplir las deficiencias que en estos aspectos formativos presente el interno.

d) Obligatoriedad del trabajo y su orientación, en función de las aptitudes del sujeto, a su formación profesional.

e) Un sistema sanitario, higiénico y alimenticio adecuados, con una organización de cultura física y la necesaria asistencia médica.

f) Un régimen disciplinario tendente a conseguir que los internos adquieran buenos hábitos de orden, disciplina espontánea, de interés por el trabajo y sentimiento de la propia responsabilidad.

Artículo cincuenta y uno.—En la aplicación del régimen general previsto en el artículo que antecede se tendrán en cuenta las siguientes particularidades: En los establecimientos hospitalarios y asistenciales, dadas sus características específicas, el régimen se ajustará a los preceptos generales indicados, en la medida que permitan los fines que presiden su creación.

En los establecimientos para jóvenes se caracterizará por una acción educativa intensa, con la adopción de métodos pedagógicos y psicopedagógicos en un ambiente social que se asemeje en cuanto a la libertad y responsabilidad al en que hayan de vivir cuando cumplan su condena.

En los establecimientos de régimen cerrado, por un riguroso control de todas las actividades del interno, con predominio en la aplicación de los métodos sociales.

En los establecimientos de régimen intermedio se desarrollará en un grado de confianza propicio al progreso del sujeto en su readaptación social, con libertad de movimientos dentro del ámbito del establecimiento y con vigilancia discreta.

En las instituciones de régimen abierto, descansará sobre la plena confianza merecida por el interno, en el sentido de la propia responsabilidad y la aceptación voluntaria de la disciplina, a cuyo efecto será instruido previamente de las condiciones y régimen del establecimiento, para que él manifieste si las acepta y se compromete a observarlas. La situación propia de este grado de tratamiento, permitirá al interno moverse sin vigilancia tanto en el interior de la institución como en las entradas y salidas para ir a su trabajo, con un régimen de vida que se acercará en lo posible a la que ha de llevar en libertad. Se cuidará de la formación profesional del interno, bien dentro del propio establecimiento o bien mediante su asistencia a centros de enseñanza y de formación profesional no penitenciaria, y se cuidará de que consiga un puesto de trabajo o empleo adecuado a sus aptitudes en alguna Empresa de la localidad, en las mismas condiciones que las de los trabajadores libres que en ella trabajen.

Artículo cincuenta y dos.—Para la aplicación del tratamiento se dispondrá en cada establecimiento de un servicio especialmente cualificado integrado en equipo.

Para completar la labor de los equipos en materia de observación, clasificación y tratamiento, promover y orientar el buen funcionamiento de los mismos y resolver las dudas y consultas de carácter técnico que le formulen y, en general, cuanto se le encomiende en relación con este servicio, existirá una Central de Observación directamente dependiente de la Dirección General de Prisiones. Por dicha Central pasarán los internos cuya observación y clasificación resulte difícil o dudosa para los equipos de los establecimientos.

Artículo cincuenta y seis.—Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, las que sean superiores a la de arresto, serán consideradas como una sola de mayor duración a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiese sido objeto de indulto se sumará igualmente el tiempo dispensado en cada una para rebajarle de la suma total.

Artículo cincuenta y ocho.—Se invitará al penado a que manifieste: en qué localidad desea fijar su residencia; si dispone de un empleo o medio de vida al salir en libertad, y si se somete a la vigilancia de un delegado de organismos de patronato o de asistencia que le dispensará protección moral y material al salir en libertad, sin que pueda abandonar su empleo o cambiar de residencia sin autorización de aquél. La vigilancia a que se hace referencia será de ayuda al liberado para vencer sus propias dificultades e irá paulatinamente disminuyendo hasta cesar el día en que el liberado haya dado pruebas evidentes de equilibrio moral y de que su reinserción social es plena.

Al fijar la residencia se tendrá en cuenta la prohibición establecida en el artículo 67 del Código Penal.

El Director del establecimiento recabará de la organización de patronato o de asistencia correspondiente la designación de un delegado patrocinador en el lugar de residencia fijado por el interno.

Artículo cincuenta y nueve.—En el expediente que se forme habrán de figurar los siguientes documentos:

Primero.—Testimonio literal de la sentencia o sentencias recaídas y la co-

rrespondiente liquidación de condena. En el expediente personal del penado se dejará una copia diligencia de estos documentos.

Segundo.—Certificación acreditativa del tiempo redimido por el trabajo.

Tercero.—Informe del equipo que haya intervenido en la observación y tratamiento penitenciario del interno, pronunciándose sobre la oportunidad de conceder el beneficio habida cuenta de los factores positivos de reinserción social que presenta el sujeto.

Cuarto.—Justificantes relativos al empleo o medio de vida de que disponga el interesado y a que éste se somete a la vigilancia tutelar prevista en el artículo que antecede.

Quinto.—Si el penado fuera propuesto por su condición de septuagenario, se unirá: Certificado del acta de nacimiento pedida oficialmente, informe facultativo del Médico del establecimiento sobre sus condiciones físicas y justificante de la persona o institución benéfica que se haga cargo del anciano al ser liberado.

Sexto.—Certificación literal del acta en que se recoja el acuerdo de la Junta de Régimen sobre la incoación del expediente a que se refiere el artículo cincuenta y siete, con la razonada opinión de cada uno de sus miembros acerca de la garantía que de hacer vida honrada en libertad ofrezca el penado.

Una vez completo el expediente será examinado por la Junta de Régimen, y de hallarlo conforme con lo preceptuado lo elevará a la Comisión Provincial de Libertad Condicional, previo acuerdo que constará en acta y que también se unirá al expediente mediante certificación literal.

Artículo sesenta y uno.—Las Comisiones Provinciales estudiarán las propuestas quincenalmente y, a su vez, previo acuerdo que constará en acta, las remitirá, con motivado informe que unirá al expediente de su razón, a la Dirección General de Prisiones, Sección de Libertad Condicional, la que someterá aquellas cuya tramitación se ajuste a las disposiciones legales y reglamentarias a la Junta del Patronato de Nuestra Señora de la Merced, que, si lo estima procedente, las elevará al Ministro de Justicia para su resolución definitiva en Consejo de Ministros.

Artículo sesenta y tres.—Los Directores de los establecimientos expedirán a cada individuo el oportuno certificado de su libertad condicional.

El liberado seguirá vinculado al establecimiento en que obtuvo el beneficio, ya para su reingreso, si fuera necesario, ya para buscar ayuda y consejo en caso de desgracia, y quedará bajo la tutela del Delegado patrocinador hasta la terminación de su condena o, en su caso, hasta la revocación del beneficio de libertad condicional.

Artículo sesenta y cinco.—Conforme al artículo cien del Código Penal, podrán redimir su pena por el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los condenados a penas de reclusión, presidio y prisión.

No podrán redimir penas por el trabajo:

Uno. Quienes quebrantaren la condena o intentaren quebrantarla, aunque no lograsen su propósito.

Dos. Los que reiteradamente observaren mala conducta durante el cumplimiento de la condena. Se entenderán comprendidos en este apartado los

que cometieren nueva falta grave o muy grave sin haber obtenido la invalidación de las anteriores conforme al artículo ciento dieciséis.

Artículo sesenta y seis.—Una vez que la sentencia sea firme, si el penado se halla en condiciones de redimir su pena conforme al artículo anterior, la Junta de Régimen de la Prisión elevará la correspondiente propuesta al Patronato de Nuestra Señora de la Merced.

Se abonará para el cómputo de la pena impuesta un día por cada dos de trabajo y el tiempo así redimido se contará también para la concesión de la libertad condicional.

Artículo sesenta y siete.—La reducción de la pena por aplicación de indultos no afectará al disfrute del beneficio de redención de penas por el trabajo siempre que el penado se halle en condiciones de redimir conforme a los artículos precedentes.

Artículo setenta y tres.—El beneficio de redención de penas por el trabajo se perderá:

Uno. Cuando realice intento de evasión, consiga o no su propósito. En este caso quedará inhabilitado para redimir en lo sucesivo.

Dos. Por la comisión de falta grave o muy grave. El penado podrá ser rehabilitado y continuar redimiendo una vez que le haya sido invalidada de su expediente la anotación de la falta conforme al artículo ciento dieciséis y previa aprobación del Patronato a propuesta de la Junta de Régimen.

Artículo setenta y siete.—En los establecimientos penitenciarios se celebrará la Santa Misa todos los domingos y días de precepto.

Durante la celebración del Santo Sacrificio los internos que no asistan a él se reunirán en la dependencia o dependencias que se designen para oír una exposición o lectura sobre temas de formación moral.

Artículo ciento veinte.—Habrá tres clases de enseñanza: Etico-religiosa, cultural y de formación profesional.

La enseñanza ético-religiosa comprenderá las materias y grados y se ajustará a los programas y clases que se determinen por la Dirección General de acuerdo con la delegación eclesíástica de dicho Centro.

Los internos no estarán obligados a recibir enseñanza de una religión que no profesen.

Artículo trescientos ochenta y tres.—Son obligaciones de los Capellanes:

...Doce. Visitar la escuela una vez por semana, velar para que los reclusos no tengan libros y publicaciones que atenten contra la moral o las buenas costumbres, poniéndolo en conocimiento del Director de la prisión, a quien corresponde adoptar la decisión que proceda en esta materia; proponer la adquisición de libros que sirvan para la formación y vida religiosa de los reclusos y distribuirlos entre quienes se presume que han de utilizarlos con provecho."

Así lo dispongo en el presente Decreto, dado en Madrid a veinticinco de enero de mil novecientos sesenta y ocho.

FRANCISCO FRANCO

El Ministro de Justicia,
ANTONIO MARÍA ORIOL Y URQUIJO

Jurisprudencia procesal penal

(Sala 2.^a del Tribunal Supremo)

Tercer cuatrimestre de 1966

FERNANDO GISBERT CALABUIG
Del Instituto de Derecho Procesal

SUMARIO: I. PARTE GENERAL: 1. Organó jurisdiccional: A. Jurisdicción: a) Delimitación con la jurisdicción militar. b) Límites de la jurisdicción. 2. Partes: Representación procesal correcta. 3. Objeto del proceso: Concurrencia de la acción civil en el proceso penal. 4. Instrucción preliminar: A. Medios de averiguación y comprobación: a) El cuerpo del delito. b) Diligencia de autopsia. c) Inspección ocular. B. Procesamiento. 5. El proceso penal "strictu sensu": A. Iniciación: Inexistencia de una condición de procedibilidad: Denuncia condicionante. B. Desarrollo del proceso: Pruebas: Peritaje. C. Desarrollo anormal del proceso: Crisis procesales: Suspensión del juicio oral. D. Terminación del proceso: Sentencia: a) Tramitación de los escritos de conclusiones; b) Pronunciamiento sobre costas. 6. Impugnación del proceso: A. Recurso de casación: a) Por infracción de Ley: a') Al amparo del núm. 1.º del artículo 849: Infracción de precepto penal sustantivo; b') Al amparo del núm. 2.º del artículo 849: Documento auténtico. b) Casación por quebrantamiento de forma a') Al amparo del núm. 1.º del artículo 850: Denegación de diligencia probatoria. b') Al amparo del núm. 1.º del artículo 851: a'') Formulación correcta. b'') Falta de claridad de los hechos probados. c'') Contradicción entre los hechos probados. d'') Predeterminación del fallo. c') Al amparo del número 2.º del artículo 851: Declaración de falta de prueba. d') Al amparo del número 3.º del artículo 851: Resolución de todos los puntos objeto de debate. e') Al amparo del núm. 4.º del artículo 851: Punición por un delito más grave que el que fue objeto de acusación. c) Exigencias formales: Aportación de copias. B. Recurso de revisión: Al amparo del núm. 1.º del artículo 954. Sentencias contradictorias.—II. PARTE ESPECIAL: Procedimiento de urgencia: a) Denegación de diligencia de prueba. b) Modificación de conclusiones recogida en el acta del juicio oral.

I. PARTE GENERAL

1. ORGANÓ JURISDICCIONAL: A. JURISDICCION:

a) *Delimitación con la jurisdicción militar*: El hecho concreto que se persigue en las actuaciones que han motivado la presente competencia consiste en la colisión de dos vehículos, uno conducido por persona aforado y el otro por persona sometida a la jurisdicción ordinaria, y como en el trámite de la instrucción sumarial no es posible declarar la exención de culpa de ninguna

de ellas, al no tratarse de delito reservado especialmente a la jurisdicción castrense, ni cometido en territorio declarado en estado de guerra, la competencia para conocer de la causa correspondió al fuero común, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la L. E. Crim. y en el 19 del C. Justicia Militar, procediendo en su consecuencia resolver la cuestión de competencia promovida a favor de la jurisdicción ordinaria. (S. 8 noviembre 1966.)

Según el artículo 11 de la L. E. Crim. la competencia para conocer de delitos en los que, sin prejuzgar responsabilidades, aparezcan como posiblemente culpables personas sujetas a la jurisdicción ordinaria y otras aforadas, corresponde a la ordinaria, con las excepciones que establezcan las Leyes especiales, o sea, en este caso, el artículo 18 del C. Justicia Militar, que fija como razón de preferencia la indole del delito según sea o no típicamente militar, de los comprendidos en el artículo 6.º del mismo Código. Los delitos de imprudencia en la conducción de vehículos no son típicamente militares, a juzgar por la detallada enumeración que contiene dicho último precepto, y al no serlo el que motivó el procedimiento en ambas jurisdicciones, cada una de las cuales se ha inhibido a favor de la otra hasta que el conflicto jurisdiccional se resuelva por el Tribunal competente, cobra su imperio como norma preferente, la indicada regla general del artículo 11 de la L. E. Crim., puesto que no se acredita que el presente caso sea de los exceptuados por razón de la indole del delito ni siquiera por razón del lugar o de la persona, pues la única a quien ya podría exigirse responsabilidad penal es un paisano. (Auto 15 noviembre 1966.)

b) *Límites de la jurisdicción*: Se acusa infracción por violación del artículo 341 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los artículos 339 y 340 de la propia Ley, y como consecuencia infracción por violación del artículo 1.º del C. P., no puede ser acogido, ya que el precepto primeramente citado, no sólo no fue infringido por la Sala de instancia, sino que su aplicación aparece perfecta en todos sus aspectos, dado que el hecho origen del procedimiento reviste los caracteres de delito en el país en que se cometió, conforme se relaciona en aquellos documentos, de los que se infiere que lo que se sostiene en otro sentido por la parte que recurre, no se ajusta a la verdad, es decir, que esa entrega de cheques en descubierto, origen del sumario 312 de 1964, al igual que sucede en España, es constitutiva de delito en aquel Principado, por lo que con arreglo a lo dispuesto en los artículos 339 y 340 de la repetida Ley, es competente para ejercer la jurisdicción penal, cualquier Tribunal español ante el cual se presente la querrela o denuncia, concurriendo, como en el presente caso sucede los requisitos exigidos en las normas citadas, luego el recurso deducido carece de todo fundamento para que pueda ser estimado, y ello permite mantener el auto en el que se acuerda rechazar la declinatoria de jurisdicción. (S. 9 noviembre 1966.)

2. *PARTES: Representación procesal correcta*: Insiste el motivo en la infracción de normas procesales por citar para el juicio al Procurador de la querellante sobre las razones antes consideradas carentes de fundamento,

porque se basan en la nulidad del documento notarial británico, tachado de ineficaz y acusado este vicio para anular los actos procesales emanados a partir de la personación del señor P. en nombre de doña Florencia W. con poder insuficiente por falta de forma y de legitimación en ella; debe advertirse que el Procurador mencionado se personó cuando la acción penal había sido ejercitada y no provocó el proceso, y fue admitido como representación del ofendido Martín W., a cuyo fallecimiento el mismo Procurador obró en nombre de doña Florencia, viuda, por su representado, hijo único, el Martín W., legitimada según el artículo 270, párrafo 2.º, en relación con el 784 de la citada Ley procesal, con el derecho de sangre y de herencia para proteger el patrimonio moral y económico de la familia, con poder que ella otorgó ante Notario inglés en 30 enero 1963, conforme a la nota aneja del Procurador, señor R., signado por el Notario en 11 febrero 1963; y no procede este motivo. (S. 4 noviembre 1966.)

3. OBJETO DEL PROCESO: *Concurrencia de la acción civil en el proceso penal*: Fue ejercitada la acción civil juntamente con la penal por el Ministerio Público, y no es aplicable el artículo 112 de la L. E. Crim. en el que se requiere que sólo se haya utilizado la segunda y porque los daños en el automóvil fueron renunciados de forma expresa y terminante, como exige el artículo 110, conforme al párrafo 2.º del 106, en tanto que los perjuicios sólo fueron reservados por quien no era parte en la causa, ni tampoco "expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal si a ello hubiere lugar", como se dispone en el citado artículo 112; esta reserva no equivale a la renuncia, el Ministerio Fiscal mantuvo la acción civil y la Sala sentenció sobre esta cuestión, que fue debatida y resuelta sin infringir el artículo 117 de la repetida Ley. (S. 6 diciembre 1966.)

Las obligaciones consistentes en una misma prestación, en este caso la de indemnizar unos mismos perjuicios económicos, son, aunque procedan de distinto origen, contractual o punible, obligaciones solidarias, puesto que cada obligado debe integramente la indemnización, y las obligaciones solidarias se extinguen por el pago de cualquiera de los deudores, según el artículo 1.145 del C. Civ., aplicable en esta Jurisdicción por precepto expreso del artículo 117 del C. P., a reserva de las acciones y excepciones que pudieran derivarse de las relaciones jurídicas entre los codeudores y de los perjuicios morales que pueden haberse causado con el delito o falta, pues no cabe indemnizar por segunda vez y por los mismos conceptos a un ex perjudicado ya indemne, ni el contrato de seguro, como tampoco el delito o falta pueden convertirse por su mera coincidencia en un negocio para el asegurado y la víctima, la cual en un delito de daños sería más bien beneficiario, por cuyas razones sólo es aplicable al recurrente el artículo 22 del C. P. en cuanto a los perjuicios morales causados por la imprudencia, y procede estimar en este sentido el motivo. (S. 26 diciembre 1966.)

4. INSTRUCCIÓN PRELIMINAR: A) *Medios de averiguación y comprobación*: a) *El cuerpo del delito*: No constituye documento auténtico para la casación. (S. 25 octubre 1966.)

b) *Diligencia de la autopsia*: El informe facultativo de la autopsia no goza de autenticidad a efectos de la casación. (S. 27 diciembre 1966.)

c) *Inspección ocular*: En la inspección ocular, admitida como documento auténtico formal, hay una división señalada por el mismo Instructor: la parte propiamente de inspección acerca del estado de los coches después del accidente, medidas y señales pintadas en la calzada, detalles en los cuales no se advierte contradicción respecto a los hechos declarados probados, y otra de reconstrucción del hecho que se abre con la frase "Por S. S.^a y vistas las manifestaciones de los chóferes y acompañantes del turismo, así como los testigos presenciales", locución que previene de cómo se trata de testimonios sin otro valor que declaraciones sumariales y que los juicios del Instructor sobre ellos no son observaciones directas, aunque entre ellas puedan comprenderse las huellas del frenado, su dirección hacia la izquierda y las ruedas agarrotadas, datos aceptados que no contradicen ninguno de los hechos de la sentencia. (S. 27 septiembre 1966.)

B) *Procesamiento*: El auto de procesamiento es de naturaleza provisional y carece, por tanto, del carácter de resolución definitiva o de fondo. (S. 9 diciembre 1966.)

5. EL PROCESO PENAL "STRICTO SENSU": A) *Iniciación: Inexistencia de una condición de procedibilidad: Denuncia condicionante*: El único motivo del recurso interpuesto por el M.^o Fiscal por supuesta infracción del artículo 443 del C. P., no puede ser acogido, porque en el relato de hechos probados, que en esta clase de recursos del núm. 1.^o del artículo 849 de la L. E. Crim. no puede ser alterado, y menos en perjuicio del reo, se declara explícitamente que en ningún momento consta manifestación expresa de la ofendida —a la sazón de cincuenta y siete años de edad— de que desea perseguir el delito de violación del que fue víctima en grado de tentativa; y aunque la Sala, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 899 de la citada Ley procesal, reclamó del Tribunal sentenciador la remisión de los autos, por si en ellos apareciese alguna actuación de la ofendida reveladora de una voluntad o de un deseo de promover o estimular la acción de la justicia en relación con dicho delito, y no se ha podido obtener tal conclusión porque durante todo el proceso actuó de una manera pasiva, sin impetrar en ningún momento el auxilio de los Tribunales ni de otra autoridad, limitándose a relatar el suceso a requerimiento de la Guardia Civil y del Juzgado, y al enterarla éste de los derechos que le concede el artículo 109 de la repetida Ley, cuyo alcance y significación es de suponer se le diera a conocer por los que actuaron en la diligencia, no hace manifestación alguna; y si a esto se añade que la denuncia fue formulada por un hijo de la ofendida, a quien el citado artículo 443 del C. P. no le concede tal facultad, y que en los hechos probados no hay signo revelador de que su madre se encuentre de todo punto desvalida para que se pueda proceder de oficio a instancias del M.^o Fiscal, la conclusión no puede ser otra que reconocer que existe una falta absoluta de procedibilidad que impide sancionar el delito, como acertadamente declaró el Tribunal de instancia. (S. 28 noviembre 1966.)

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto, como sostiene el M.º Fiscal en el único motivo de su recurso, que el auto de procesamiento por su naturaleza provisional y carecer por tanto del carácter de resolución definitiva o de fondo, no tiene, en términos generales y absolutos, la limitación procesal que le atribuye el Tribunal de instancia en los Considerandos segundo y tercero de la sentencia recurrida, es de tener muy en cuenta que en el presente caso, sometido a la censura de la casación, el sumario que dio origen a estas actuaciones fue incoado en virtud de querrela del padre de una menor de edad contra el procesado por actos que éste realizó contra dicha menor, constitutivos de varios delitos de abusos deshonestos: que por estos solos hechos se le declaró procesado, y a tenor de ellos se le recibió declaración indagatoria, sin que en todo el curso de la investigación sumarial, por nadie se le acusare, ni se le preguntara por el Instructor sobre los hechos de la misma naturaleza que otras chicas, al parecer también menores, dijeron al declarar como testigos propuestos por el querellante, que había realizado con ellas, y de los que después acusó el M.º Fiscal en sus conclusiones provisionales, que elevó a definitivas, por lo que si no se aportó prueba alguna en el sumario para advenir los dichos de las menores, ni siquiera se interrogó al inculcado sobre tales imputaciones, la indefensión en que se colocó en cuanto a las mismas, como hechos nuevos, es evidente, puesto que mal podía rebatirlos y aportar pruebas sobre su inocencia si no tenía conocimiento de los hechos que se le atribuían; por otra parte, no hay que olvidar que por la naturaleza de esta clase de delitos, su denuncia y persecución tienen que hacerse a instancia de parte legítima, y respecto a los supuestos abusos deshonestos cometidos con las otras menores distintas de la hija del querellante, no fueron denunciados por sus padres o representantes legales, pues se limitó el Instructor, a petición del M.º Fiscal, cuando solicitó la revocación del auto de conclusión del sumario que acordó la Audiencia, a ofrecer el procedimiento a los padres de las menores, a tenor de lo prevenido en el artículo 443 del C. P., manifestando los interesados quedar enterados, pero sin formular denuncia ni expresar su deseo de que se persiguieran los supuestos hechos delictivos, y aunque el mencionado artículo 443 del C. P. dice que por los menores de dieciséis años podrá denunciar los hechos el M.º Fiscal, no puede estimarse que la acusación que dicho Ministerio hizo en su escrito de calificación equivalga a la denuncia que exige el precepto invocado, porque precisamente por ese carácter de denuncia ha de formularse en el sumario y practicarse las pruebas encaminadas a su constatación; principalmente, como diligencia inexcusable, hay que oír al inculcado sobre las acusaciones que se le imputan, y por último, si para que pueda denunciar el M.º Fiscal es condición precisa que las menores ofendidas tengan menos de dieciséis años, y ni en el sumario, ni en el rollo de Sala, reclamados para la mejor comprensión de los hechos relatados, y que se tienen a la vista, consta de modo fehaciente cuál sea la verdadera edad de dichas menores, por no haberse aportado sus partidas de nacimiento, ni otra prueba supletoria encaminada a tal fin, es visto que falta ese requisito esencial de procedibilidad, y por consiguiente, no

podía ser condenado el procesado por los delitos cuya denuncia no se había hecho por las personas facultadas para ello. (S. 9 diciembre 1966.)

B) DESARROLLO DEL PROCESO: PRUEBAS: PERITAJE:

Los informes de los médicos forenses y de los especialistas en psiquiatría no son más que dictámenes periciales y no gozan de fuerza probatoria privilegiada. (S. 7 noviembre 1966.)

C) DESARROLLO ANORMAL DEL PROCESO: CRISIS PROCESALES: SUSPENSIÓN DEL JUICIO ORAL:

La suspensión del juicio oral solicitada al no comparecer cuatro de los testigos propuestos estuvo bien denegada, respecto a dos testigos, porque estos dos últimos habían declarado en el sumario, y no es de pensar que sus manifestaciones fuesen distintas a lo que expresaron en las comparecencias, y respecto a los otros porque la Sala estimó que se hallaban suficientemente instruida con lo manifestado por los testigos que depusieron, y en razón a ello declaró innecesarias esas comparecencias, que en modo alguno podían desvirtuar los dichos de los que asistieron al acto, con esa finalidad, en número elevado para formar aquel estado, cuya negativa, no obstante lo que se alega por aludida parte, fue correcta de manera absoluta, y no hubo indefensión, que sería el único caso en este supuesto en que hay que acordar la suspensión del juicio, máxime no acreditada la utilidad de lo que pudieran exponer los testigos que no comparecieron, a cuyo efecto hay que tener en cuenta lo que se establece en el núm. 3.º del artículo 746 de la L. E. Crim., que confiere al Tribunal facultades suficientes para poder apreciar si son o no necesarias repetidas declaraciones, y al resolver como lo hizo, no tiene duda que lo acordado se ajusta a lo que se estatuye en dicho precepto. (S. 21 noviembre 1966.)

En aplicación de la doctrina recordada en el fundamento precedente, ha de ser acogido el motivo indicado, en virtud de las razones siguientes: 1.ª Si bien es verdad que la defensa de los procesados no propuso como testigo al perjudicado, pues lo que propuso en el escrito de conclusiones provisionales fue la "confesión judicial" del mismo, no es menos cierto que tal irregularidad procesal fue subsanada de oficio por la propia Audiencia en su Auto de 30 julio 1964, por lo que admitió todas las pruebas propuestas y mandó citar a "los testigos designados", frase ésta que no podía referirse más que al referido perjudicado, dado que el M.º Fiscal, única parte acusadora, solamente había propuesto como pruebas el interrogatorio de los procesados y la lectura de determinados folios del sumario, y la defensa de los encausados se había limitado a adicionar tal proposición fiscal con la aportación de cierto documento privado y con la "confesión judicial" aludida, produciéndose así, por espontánea decisión del Tribunal "a quo", la conversión de una prueba no autorizada por la Ley, en otra aceptada y regulada por la misma, y creándose de este modo una situación procesal

firme y vinculante para las partes y para el propio Tribunal. 2.ª La prueba expresada, inicialmente de confesión, convertida luego en testifical, estaba en conexión directa y notoria con la alegación escrita de la defensa de los encartados, referente al consentimiento del uso de la motocicleta por parte del propietario de la máquina, que después resultó perjudicado con los daños, consentimiento fundado, según el escrito de calificación de la defensa, en ser el dueño del vehículo amigo del hermano de uno de los procesados. 3.ª La denegación por la Sala sentenciadora de la suspensión del juicio que solicitó el defensor de los acusados, en vista de la incomparecencia del perjudicado, colocó a aquéllos en una situación de verdadera y manifiesta indefensión, ya que la declaración del testigo tan repetido constituía un medio hábil para llevar al Tribunal a la convicción de la inexistencia de la falta de autorización debida para la utilización de la motocicleta, sin perjuicio, claro es, de la soberanía de la Sala de instancia para apreciar en conciencia la declaración del testigo. En relación con el motivo amparado en el núm. 1.º del artículo 851 de la Ley procesal penal, debe notarse que hay dos puntos oscuros en la narración de los hechos probados, a saber: a) Cómo se produjeron materialmente los daños en la motocicleta, pues es obvio que la conducción de un vehículo en estado de embriaguez y sin los conocimientos precisos para su manejo, así como el ingreso en una calle de dirección prohibida, son hechos que por sí solos no originan indefectiblemente daños en las cosas. b) Si en la producción de estos daños tomaron parte los dos procesados, simultánea o sucesivamente, y, en su caso, forma de intervención de cada uno en la causación del resultado dañoso; razones que abonan la estimación de dicho motivo. En consecuencia, procede anular el fallo recurrido y reponer la causa al estado de nueva citación para la celebración del juicio oral, en cuyo acto, el Tribunal provincial, si lo estima pertinente, podrá proponer la cuestión de si los hechos, en lugar del delito de daños por imprudencia o además de este delito, constituyen el de conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, haciendo así uso de la facultad excepcional que le otorga el artículo 733 de la tal repetida L. E. Criminal. (S. 20 diciembre 1966.)

D) TERMINACIÓN DEL PROCESO: SENTENCIA:

a) *Tratamiento de los escritos de conclusiones*: No obliga el artículo 142 a transcribir literalmente los escritos de conclusiones y se cumple con el precepto consignando cuáles hayan sido éstas y refiriéndolas a otras cuando coincidan con ellas para evitar repeticiones; que es lo que hace dicho Resultado, decir que el acusador particular coincide en la calificación del M.º Fiscal, discrepando en lo que consigna con todo detalle, pena, e indemnizaciones de toda índole, no quedando duda con su lectura de cuáles fueron las peticiones formuladas por dicha acusación, que es lo que interesa a los fines del proceso (S. 18 noviembre 1966.)

b) *Pronunciamiento sobre costas*: De acuerdo con el artículo 109 del C. P., las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta; y relacionando este artículo

con el párrafo 2.º del núm. 2.º del 240 de la L. E. Crim., es fácil llegar a determinar la parte proporcional de costas de las que cada procesado deba responder, cuando se haya utilizado en el fallo la frase "condenándoles... al pago de las costas procesales" o la similar de "imponiéndoles las costas en la parte correspondiente", y en ambos casos, o en otros en que se usen léxicos semejantes o de idéntico significado y alcance, se declaren de oficio las costas correspondientes a los procesados absueltos; pues al no fijarlas en otra proporción la Audiencia, como pudo hacer, basta con averiguar el número de delitos que fueron objeto de acusación y restarle el de aquellos por los que fueron absueltos y la diferencia representa el número de delitos por el que se devengan costas, el mismo por el que fueron sancionados, y éstas se reparten entre cada procesado en relación y proporción al número de delitos por el que fue condenado; y por tanto, como es tan clara y fácil la operación, puede entenderse cumplido lo dispuesto en el artículo 239 de la L. E. Crim., referente a que ha de resolverse en las resoluciones definitivas sobre el pago de las costas procesales, cuando en el fallo de las sentencias o parte dispositiva de los autos que pongan término a la causa o a cualquiera de los incidentes, se empleen aquellas fórmulas tan expresivas y de corriente y generalizado uso, sin que por ello se haga preciso casar las sentencias que las utilizan, pues las cuentas respectivas pueden hacerse, conforme a aquellas bases, al practicar la tasación de costas en ejecución de sentencia. (S. 14 octubre 1966.)

6. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO:

A) RECURSO DE CASACIÓN:

a) *Por infracción de Ley:* a') *Al amparo del núm. 1.º del artículo 849: Infracción del precepto penal sustantivo:* Los motivos de fondo que se apoyan en el núm. 1.º del artículo 849 han de combatir infracciones de preceptos penales de carácter sustantivo u otras normas jurídicas del mismo carácter que deban ser observadas en la aplicación de la ley penal, si bien para reforzar los razonamientos esgrimidos para poner al descubierto estas infracciones, se citen en su apoyo, los principios de derecho en los que estuvieren inspirados los preceptos o normas que se estimen violados y también sentencias de esta Sala que los interpretaron doctrinalmente. (Auto 6 diciembre 1966.)

b') *Al amparo del núm. 2.º del artículo 849: Documento auténtico:* El documento que se invoca para mostrar el supuesto error de hecho de la sentencia no puede merecer el concepto de auténtico al tratarse de un documento privado que recoge las manifestaciones hechas por el procesado al celebrar un contrato, manifestaciones que no pueden ser vinculantes para el Tribunal sentenciador. (Auto 21 septiembre 1966.)

En el acto del juicio oral ni consta que se solicitara la adveración de los documentos que invoca el recurrente, como tampoco que el Tribunal adoptase acuerdo sobre tal cosa, ni que se formalizase protesta alguna, por lo que el motivo articulado no se preparó en forma legal. (S. 17 septiembre 1966.)

Son documentos auténticos, a efectos del núm. 2 en el artículo 849 de la L. E. Crim., las dos actas de protesto de las letras de cambio en cuanto a la fecha y presentación en la casa en que estaban domiciliadas y al hecho de que el notario encontró allí a una vecina y ésta le dijo que el girado no estaba y había salido en aquel momento; mas no respecto a la veracidad de las palabras procedentes de una persona cuyo testimonio no puede oponerse a toda otra prueba, pues de las repetidas citaciones sumariales y declaraciones en juicio se deduce que no era el número 7 de la calle Montero, en Granada, la residencia del inculpado, por lo que tales documentos no se oponen a los hechos declarados probados. (S. 23 septiembre 1966.)

Para ostentar el privilegiado carácter de autenticidad a efectos casacionales los documentos que a este fin se esgrimen, no basta que revistan el aspecto externo de auténtico por su forma y por la autoridad o funcionario que lo autorice, sino que, además, precisan que su contenido proclame una verdad de fuerza inatacable, que por sí sola sea capaz de destruir aquella parte del relato que se le oponga, y para que la Sala pueda verificar el oportuno contraste entre ambas versiones, muy sabiamente exige la ley procesal en su artículo 855 que en el escrito preparatorio se designen sin razonamiento alguno los particulares del documento auténtico que muestren el error de hecho de la resolución impugnada. (S. 24 octubre 1966.)

Son constantes las resoluciones de esta Sala para inadmitir en calidad de documento auténtico para la casación el cuerpo del delito, porque la distinta visión de los hechos en el relato histórico y en el recurso se funda en la diversa apreciación y realmente plantea una cuestión de derecho; por esta causa no ha de considerarse documento auténtico el cheque mismo, como tampoco reviste tal carácter el informe pedido por el Tribunal, porque despachado de este modo carece de solemnidad formal, y si pudo formar el estado de conciencia de la Sala sentenciadora con la restante prueba, no ofrece base de hechos inmutables para contradecirle ahora. (S. 25 octubre 1966.)

Si bien es cierto que los informes de los médicos forenses y de los especialistas en psiquiatría gozan de autenticidad desde el punto de vista extrínseco o formal, carecen, en cambio, de la intrínseca, material o de fondo, tan necesaria como la primera para evidenciar la equivocación padecida por el Tribunal "a quo", ya que se trata de dictámenes periciales que, lejos de gozar de fuerza probatoria privilegiada, aunque recaigan sobre algo particular de su especialidad profesional, están sujetos a la apreciación que en conciencia haga de todas las pruebas practicadas en el juicio, conforme al artículo 741 de la Ley mencionada, valoración que, salvo en el supuesto excepcional del citado artículo 849, núm. 2.º, no puede ser rectificadora por este Supremo Tribunal, cualquiera que sea su criterio sobre el acierto con que procedió el inferior en materia tan delicada. (S. 7 noviembre 1966.)

La diligencia del sumario, único documento de los invocados por el recurrente que fue admitido a trámite en el momento procesal oportuno, acredita que con el atestado le fue entregado al Secretario judicial una azada, como pieza de convicción, la que presentaba en la parte inferior del mango un pequeño corte o golpe producido por un instrumento cortante, pero,

en contra de lo pretendido en el motivo de casación, no muestra con la evidencia requerida por el núm. 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim., que dicho corte fuera originado por el lesionado con una hoz, ni que la portara durante la reyerta, ni que con ella intentara agredir al después procesado, ni que éste tratara de evitar el ser alcanzado con la hoz mediante el empleo de la azada. (S. 19 noviembre 1966.)

El error de hecho en la apreciación de las pruebas no sólo lo constituye la oposición entre lo afirmado por la sentencia y lo que aparezca en documentos auténticos no desvirtuados por otros medios probatorios, sino también el silencio u omisión, cuando no se recogen hechos que aparezcan en dichos documentos y que son esenciales para completar la relación de facto y delimitar debidamente la actuación de los inculcados en relación con el delito de que son acusados. (S. 19 noviembre 1966.)

Conforme al artículo 855, para que los recurrentes hubiesen podido formalizar válidamente los motivos sería menester que en el escrito de preparación hubiesen consignado que el recurso que se proponían interponer era de la clase correspondiente a tales motivos (error de hecho en la apreciación de las pruebas y quebrantamiento de forma), hubiesen designado los particulares de los supuestos documentos auténticos, que, a su juicio, mostraban aquel error y hubiesen señalado la falta o faltas de forma que suponían cometidas en la sentencia de instancia, designación inexcusable tanto en los casos del artículo 850 como en los del 851 de la ley procesal penal, con arreglo a la constante doctrina de esta Sala. (Auto 25 noviembre 1966.)

Ni el informe facultativo de autopsia ni las manifestaciones de los médicos que la realizaron gozan del carácter de autenticidad a efectos casacionales, según reiterada y constante doctrina jurisprudencial de esta Sala, sin que haya bases fundadas para exceptuar de esta regla general aquellas manifestaciones que se refieren a la descripción de las heridas, orificios de entrada y salida y trayectoria de la bala, pues ello han de deducirlo, apoyados en sus conocimientos técnicos, de las observaciones que hagan de las características de las heridas en relación con el arma que las produjo, lo cual no deja de ser un dictamen pericial, que por muy autorizado y científico que sea, es susceptible de contradicción del mismo tono pericial y de diferentes interpretaciones, por lo que no contiene una verdad incontrovertible que haya de aceptar de modo irremediable, por no ser posible destruirla por ningún medio probatorio, por todo lo cual ha de quedar todo ello sometido al criterio interpretativo del juzgador de instancia que en uso de su soberanía, limitada por su conciencia, lo valora en relación y contraste con las demás pruebas practicadas, para deducir la posición de los protagonistas en los diferentes momentos del suceso, en que sea necesario o conveniente señalarla a los efectos de su calificación jurídica, y sin que estas observaciones sobre las características de las heridas y en especial las opiniones facultativas sobre la forma y manera de producirse, puedan elevarse a la categoría de auténticas por la circunstancia de haberse practicado la diligencia de autopsia ante la presencia del juez y bajo la fe del secretario, pues sólo tienen este privilegio las observaciones directas y personales de la autoridad judicial, que reflejan hechos, lugares y datos que no precisen.

conocimientos periciales y que no puedan ser objeto de diversas interpretaciones, ni precisen hacer deducciones interpretativas para proclamar una verdad, pues, por el contrario, ellos solos y por la fuerza misma de la realidad insoslayable deben poner en evidencia la verdad, con eficacia destructora del hecho, que contradigan de modo tan palmario y claro, y de la misma doctrina se desprende la falta de autenticidad casacional de las fotografías unidas al sumario. (S. 17 diciembre 1966.)

Para que el documento auténtico tenga la eficacia de modificar la declaración probatoria se precisa que un particular del mismo, que debe citarse con oportunidad procesal, contradiga con tal evidencia los hechos probados que se haga ineludible su reforma para ponerlos de acuerdo con la realidad, siempre que el documento por sí mismo, y sin necesidad de deducciones, interpretaciones y valoraciones de su contenido, ponga de manifiesto el error padecido por el juzgador, pues de ser precisas éstas, ya se invade la función juzgadora y queda al descubierto el intento de sustituir por la propia la opinión y el valor que hubo de darle el Tribunal de instancia, puesto que lo tuvo a su disposición y nada acredita, cuando falta aquella evidencia, que no sopesara en valor probatorio en relación con las demás pruebas practicadas, para formar su estado y conciencia y reflejarlo en el relato, y como el recurrente, partiendo de la base de los datos y medidas que aparecen en las diligencias de inspección ocular obrantes en el sumario, quiere deducir la posición del brazo de la víctima en la ventanilla del automóvil que ocupaba, ha de rechazarse el motivo. (S. 20 diciembre 1966.)

b) *Casación por quebrantamiento de forma:* a) *Al amparo del número 1.º del artículo 850: Denegación de diligencia probatoria:* Si el testigo no fue propuesto por el recurrente, ni siquiera por las acusaciones, cuya prueba hace suya la defensa del procesado, y quien propuso a tal testigo es el responsable civil subsidiario, que no es recurrente, y si además era preciso para poder determinar la importancia de la declaración, que constaran las preguntas que se iban a dirigir al testigo, es clara la desestimación. (S. 10 octubre 1966.)

Lo que el núm. 1.º del artículo 850 de la L. E. Crim. sanciona como quebrantamiento de forma es la denegación de alguna diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma y que haya producido indefensión a la parte que la propuso, y a este respecto hay que tener en cuenta, en primer lugar, que el recurrente no propuso en su escrito de calificación que declarase como testigo la señora querellante, sino que esta testigo fue propuesta por el M.º Fiscal, quien renunció a su examen en vista de su incomparecencia al juicio oral, justificada por la enfermedad que padecía y que se hizo constar en el certificado médico que se presentó, por lo que el Tribunal, haciendo uso de la facultad discrecional que le concede el artículo 746 de la Ley de ritos, acordó la continuación del juicio, por considerarse suficientemente instruido con las demás pruebas practicadas para formar su estado de conciencia; en segundo término, no hay que olvidar que la testigo que no compareció es la propia querellante, que se ratificó expresamente en el escrito de querrela, afirmó estaba redactado conforme a sus instrucciones y que después, al contestar a un requerimiento, prestó una extensa.

declaración, dando toda clase de detalles y pormenores de cómo se habían concertado las operaciones de préstamo, intereses pactados y cantidades pagadas por ese concepto, y por último, el recurrente, al formular su protesta en el acta del juicio oral al no accederse a la suspensión del mismo, no manifestó por qué consideraba necesaria la declaración de la testigo ni hizo constar los extremos sobre los que debía ser interrogada para que el Tribunal pudiera deducir sobre la importancia o trascendencia del testimonio solicitado. (S. 26 octubre 1966.)

El Tribunal "a quo" al denegar la suspensión del juicio oral para completar una prueba pericial psiquiátrica propuesta por la defensa del procesado, no incurrió en el quebrantamiento de forma que prevé el núm. 1.º del artículo 850 de la L. E. Crim. porque, aparte de la forma un tanto anómala en que se propuso esta prueba, el perito médico designado compareció en el juicio oral y fue oído, y si manifestó que no podía informar porque no había observado al procesado, ya que solamente tuvo con él un cambio de impresiones, esa falta de observación ha de imputarse exclusivamente al propio recurrente, y por ello no puede alegarse válidamente que por el acuerdo del Tribunal de continuar el juicio le haya producido indefensión, toda vez que desde el día en que fue requerido en forma legal el procesado para que compareciera en la consulta del Médico psiquiatra para ser reconocido, y el día en que se celebró el juicio oral, había tiempo suficiente para que hubiera podido ser observado por el perito y pudiera éste emitir su informe, y si por la causa que fuere, que no consta ninguna, no quiso o no pudo el procesado someterse al previo reconocimiento ordenado, no puede ahora invocar un defecto procesal del que sólo él es el único responsable, y como, por otra parte, si el Tribunal no estimó necesaria la diligencia solicitada por considerarse suficientemente instruido para formar su estado de conciencia en las pruebas practicadas, pudo legalmente acordar la continuación del juicio oral, máxime cuando la causa se había seguido por el procedimiento de urgencia. (S. 31 octubre 1966.)

La defensa solicitó la suspensión del juicio con objeto de practicar una información suplementaria dirigida a esclarecer la legitimación de la querellante, y al serle denegada protestó legalmente; al folio 55 y siguiente del rollo obra escrito del recurrente sobre esta materia: en las 60, 61 y 62, escritura de la Notaría de Hayward Nealh, condado de Juesex, Inglaterra, firmada por el Notario N. R. Longfield, con firma reconocida en la Embajada de España en Londres, y en este documento se da fe de que dicha señora es, según la ley inglesa, heredera de su hijo único, como viuda, y que confiere poder para pletios a los Procuradores don José P., en Alicante, y don Enrique R., en Madrid; y alegados los defectos que ahora se apuntan en el escrito de 26 de octubre 1963 como causa de nulidad de lo actuado por falta de legitimación en la querellante y ausencia de poder, se dictó auto de 21 marzo 1964 declarando no haber lugar, sin que esta resolución de la Audiencia fuese recurrida: era en el juicio innecesaria la información pedida y la Sala no quebrantó precepto procesal alguno al dar por resuelto anteriormente el problema sin considerar de nuevo el citado auto. (S. 4 noviembre 1966.)

La prueba de peritación fue propuesta por el M.^o Fiscal, que no protestó por la incomparecencia de los peritos, y por tanto, al no ser prueba del recurrente, que sólo manifestó que la hacia suya aun para el caso de que fuese renunciada por aquél, sin que, por tanto, el procesado designara los peritos por sus nombres y apellidos, domicilio y demás datos que de modo imprescindible exige el artículo 656 de la precitada ley, y por eso ahora no puede alegar indefensión por la falta de práctica de una prueba que ni propuso a su tiempo, en forma procesal, ni era suya, y que, dada la multiplicidad de dictámenes periciales que hay en el sumario, incluso de los mismos cuya incomparecencia se denuncia, se hacia innecesario esta que se hecha de menos por el denunciante, pues el contraste de aquéllos y el estado de deterioro y mala conservación de algunos productos, bien claro se ve en el relato y en los razonamientos de la sentencia de instancia, sirvieron de base a la Sala para señalar, por sí misma, el precio de los productos sustraídos objeto de la peritación. (S. 5 noviembre 1966.)

No toda diligencia de prueba denegada puede motivar la casación de la sentencia al amparo del núm. 1.^o del artículo 850 de la L. E. Crim., sino las de aquellas que se consideren pertinentes, pertinencia que ha de ser apreciada por el Tribunal de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 659 de la citada ley, ya que es a él a quien incumbe su apreciación en conciencia en el momento de dictar sentencia —art. 741—; y aunque cabe en casación examinar el pronunciamiento hecho sobre la pertinencia de las pruebas para evitar una posible indefensión de cualquiera de las partes, en el caso que motiva el recurso hay que estimar que la declaración del Tribunal sentenciador fue acertada, pues dados los mismos términos en que se propuso la prueba denegada en el escrito de calificación provisional, y los utilizados en el recurso, se evidencia que se pretendió una tercera prueba pericial sobre los mismos hechos que ya habían sido objeto de pericia médica con resultados discrepantes —grupo a que corresponde la sangre del procesado y la de la niña que se supone hija suya— y su repetición por otros médicos no podía ser decisiva, ya que en materia penal no hay prueba dirimente de peritos ni de clase alguna —como se dice en el recurso—, porque la función de dirimir o resolver es propia del Tribunal al pronunciar su fallo —y el nuevo dictamen, coincidente o no con cualquiera de los emitidos, no podría vincular al Tribunal, ni servir siquiera para poner fin a la disparidad de los ya emitidos—, al proponerse su práctica sin la concurrencia de todos los peritos que se habían pronunciado con anterioridad, pero aunque esa unanimidad se lograra, tampoco sería decisiva a efectos penales, porque entonces serían los peritos los que resolverían, y no el órgano jurisdiccional, que es el que ha de examinar todas las pruebas —no la pericial solamente—, y del conjunto de ellas, apreciadas libremente, y en conciencia, según se ha dicho antes, dictar la sentencia; por lo que no tratándose de un nuevo medio probatorio, ni petición de análisis sobre materia distinta, la pretensión de repetir los ya practicados era impertinente y su admisión estuvo bien denegada. (S. 18 noviembre 1966.)

b') *Al amparo del núm. 1.^o del art. 851: a*) *Formulación correcta:* El motivo del recurso, interpuesto por quebrantamiento de forma al amparo

del núm. 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., ha incidido en la causa de inadmisión 4.ª del artículo 884 de la misma Ley, ya que al prepararse ante el Tribunal sentenciador, no se expresó la falta o faltas que iban a ser objeto del recurso, con lo que quedó indeterminada la materia de éste: con infracción de lo previsto en el párrafo 3.º del artículo 855 de la citada Ley; omisión que no puede suplirse con la cita del precepto que iba a amparar el recurso cuando aquél comprende varios defectos de forma. (Auto 17 septiembre 1966.)

b") *Falta de claridad de los hechos probados*: La relación de hechos probados que se obtiene en el primer resultando de la sentencia de instancia adolece de la falta de claridad que se denuncia y que es indispensable para poder formar exacta convicción de cómo ocurrió el accidente y si éste fue debido a imprevisión o negligencia del conductor del camión que originó el atropello o atribuible exclusivamente a la imprudencia o descuido de la propia víctima; porque si, como se dice en las premisas de facto, el procesado creyó que podía continuar su marcha al rebasar al peatón por detrás, no se explica lógicamente que si ya había rebasado a dicho peatón, cómo era posible que éste se golpeará con la caja del camión, arrollándole y produciéndole la muerte por aplastamiento, a no ser que, volviendo sobre sus pasos, y por tanto cambiando la trayectoria que llevaba, se metiera materialmente debajo del vehículo, lo que no se afirma en parte alguna de la sentencia; tampoco se expresa, y es necesario precisar, si el camión circulaba por su derecha, si el peatón cruzaba de derecha a izquierda o a la inversa, el sitio de la calzada en que fue atropellado y distancia de las respectivas aceras, si aquel lugar es paso de peatones debidamente señalizado, o si por no haber indicación alguna podría a travesar el procesado la avenida de Pio XII por donde lo hacía, por ser final de manzana, y por último se omite igualmente extremo tan importante como es el de concretar si el aplastamiento del interfecto fue originado con las ruedas delanteras o traseras del camión. (S. 30 septiembre 1966.)

No existe la falta de claridad y precisión que se denuncia, ya que los Tribunales, a veces, por falta de pruebas exactas, porque los delincuentes procuran dificultar la prueba, ya que ello resulta en su beneficio, se ven en la precisión de determinar la cuantía de lo sustraído, y siempre en virtud del principio pro reo, lo hacen por bajo, muy por bajo de la realidad. (S. 5 noviembre 1966.)

La Sala sentenciadora no ha incurrido en la falta de claridad en la redacción de los hechos que declara probados, ya que contienen con elogiada concisión todos los datos necesarios para darse cuenta exacta de lo sucedido y poder hacer la oportuna calificación jurídica, sin que se hiciese preciso consignar aquellos otros que echa de menos el recurrente, que tienden a su posible y deseada exculpación y que tampoco se alega que aportara prueba sobre su existencia. (S. 9 noviembre 1966.)

c") *Contradicción entre los hechos probados*: Contradicción o antitesis. sólo existe entre dos hechos que se excluyen y no pueden afirmarse al mismo tiempo porque uno es la negación del otro; mas la situación administrativa.

del jubilado del Cuerpo General de Policía es por entero compatible con la tenencia ilícita de arma corta sin licencia ni guía, ya que la primera ha de solicitarse y ser concedida al pasar al retiro, según los artículos 90 y 91 del D. de 27 diciembre 1944, y la segunda o guía es obligatoria hasta para los funcionarios en activo; al no poseer la concesión, el retirado carece de los debidos permisos, sin oposición contradictoria alguna. (S. 30 septiembre 1966.)

En las premisas de hecho de la sentencia de instancia no existe la contradicción que alega el recurrente, porque en la declaración de hechos probados se precisa con exactitud las fechas en que fueron expedidos ambos cheques (22 y 24 de enero de 1965 respectivamente) y que ninguno de ellos fue hecho efectivo al presentarlos al cobro, por carecer de fondos el procesado-librador en su cuenta corriente. (S. 21 septiembre 1966.)

La declaración de haberse producido gastos es perfectamente compatible con la de ignorarse su cuantía, no dándose entre ambas declaraciones fácticas la contradicción que injustificadamente se alega. (S. 16 noviembre 1966.)

La contradicción que haya de resolverse en una nueva sentencia del Tribunal de instancia, se ha de dar entre los hechos que expresamente se declaran probados y no entre éstos o alguno de ellos y los presuntos que el recurrente deduzca como latentes en la relación fáctica. (S. 22 noviembre 1966.)

d") *Predeterminación del fallo*: La frase "que debía por préstamos anteriores", que se denuncia como concepto jurídico determinante del fallo, es tan vulgar y corriente que su significación está al alcance de cualquier persona de cultura media, y para su perfecta comprensión no es preciso poseer especiales conocimientos de Derecho. (S. 21 septiembre 1966.)

Ninguna de las palabras "aparentemente" y "en propio beneficio" que el recurrente señala como expresivas de conceptos jurídicos, sin razonamiento que acredite tan gratuita afirmación, tienen otro significado que el de elementos fácticos, ajenos a todo tecnicismo. (S. 21 septiembre 1966.)

Un Tribunal de instancia incurre en el defecto de forma que el artículo 851, núm. 1.º, inciso 3.º, de la L. E. Crim., sanciona con la nulidad de la sentencia, cuando debiendo narrar un hecho en sentido estricto, cumpliendo así lo prevenido en la regla 2.ª del artículo 142 de esa Ley, sustituye la narración del mismo por la expresión de un concepto que, por su carácter jurídico, implica la determinación del fallo, mas no cuando debiendo relacionar, a título de antecedente o de complemento de los hechos propiamente dichos, un dato estrictamente jurídico, emplea en la redacción del Resultando correspondiente, los mismos términos usados por la Ley o por la técnica del Derecho para designar la respectiva institución, acto o efecto jurídico, como sucede en el caso ahora discutido, en el que para concretar un antecedente penal del reo, consigna el Tribunal burgalés en el Resultando primero de la resolución impugnada, la condena anteriormente pronunciada contra el procesado por el delito de robo, y añade que la misma había ganado ejecutoriedad o firmeza. (S. 24 septiembre 1966.)

La frase "no ser dueño de los movimientos del vehículo" que se lee en el relato fáctico, aunque es también utilizada por el artículo 17 del C. Circulación, no es propiamente un concepto determinante del fallo, sino la

expresión de un hecho —manera o modo de conducir—, que tanto la ley como los Tribunales lo dan a conocer con las palabras usuales y corrientes del lenguaje, ya que de otra forma serían ininteligibles para la mayoría de las personas; y aunque a veces esa frase ha sido acogida como defecto de expresión, no puede serlo cuando, como en el caso que motiva el recurso, va seguida de otras que concretan el acto realizado por el sujeto de la infracción, al añadir que no respetó el paso de un peatón que estaba cruzando la vía y se encontraba en medio de la calzada; con lo que, aquella locución que se impugna queda sin relevancia en la declaración de hechos probados y no puede motivar la casación de la sentencia al concretarse que lo que hizo fue no respetar el paso del peatón que cruzaba. (S. 28 septiembre 1966.)

El defecto de utilizar conceptos jurídicos predeterminantes del fallo en los hechos probados, no consiste en consignar en la narración palabras o frases que puedan tener tal significación, sino en sustituir los hechos por los conceptos, al punto que, suprimidos éstos, el relato quede sin contenido: cosa que no acaece en la sentencia impugnada, porque al decir que el procesado conducía la furgoneta sin “llevar la atención y cuidado exigidos” da a conocer un hecho, la manera o modo de conducir en aquel momento, distraído y desatento a las incidencias de la circulación; y aunque esta frase vaya seguida de las palabras “para ser en todo momento dueño de los movimientos de su vehículo”, que utiliza el artículo 17 del C. Circulación, las mismas, ni encierran contenido jurídico al ser la expresión del hecho de dominar o no el vehículo, ni quitadas de la narración dejarían a ésta sin la matización de la causa del accidente al quedar consignado aquel modo negligente de conducir. (S. 29 septiembre 1966.)

No es pertinente obligar a circunloquios o perifrasis extrañas para suplir los sustantivos de significado técnico vulgar como licencia o guía, a fin de señalar las dos clases de documentos legales protectores de la posesión actual de armas y el empleo en la Ley penal como términos conocidos y empleado habitualmente no impide su uso en la sentencia, que se convertiría en una rebusca de palabras inexpresivas; no predeterminan el fallo por su expresión literal jurídica, sino por el hecho de poseer un revólver y balas sin permiso alguno, criterio opuesto al del motivo, segundo, inestimable. (S. 30 septiembre 1966.)

Los conceptos jurídicos predeterminantes del fallo que pueden dar lugar a la casación por quebrantamiento de forma al insertarse en la relación circunstanciada de la sentencia son aquellos que lo sean “per se” y además que se utilicen en sustitución de los hechos que se estimen probados al punto que eliminados de la narración queda ésta sin contenido, según viene declarando esta Sala; cosas, una y otra, que no ocurren en las frases que se invocan por el recurrente como demostrativas del tal defecto, pues decir que unas mujeres son de vida alegre, que tenían trato carnal con hombres y que el procesado les cobraba cantidades por facilitarles ese trato, no son expresiones de aquel tipo, sino la consignación de hechos reales y concretos; la condición de unas personas, la actividad a que se dedicaban y la participación en el negocio del recurrente, dado a conocer con palabras usuales

desprovistas de todo tecnicismo jurídico; y aunque a la frase "coadyuvando así a ese trato inmoral" se le pudiera atribuir tal carácter, no es más que la conclusión que se obtiene de las anteriores, y trasladada a otro lugar de la sentencia quedaría está con el antecedente fáctico necesario para el debido enjuiciamiento del suceso. (S. 3 octubre 1966.)

Al expresarse en la relación de los hechos declarados probados que el procesado "profería graves y soeces ofensas contra el Santo Nombre de Dios y de la Virgen", no incidió la sentencia en el vicio de forma que el artículo 851, núm. 1.º, inciso 3.º, sanciona con la nulidad del fallo, pues también es doctrina de esta Sala, proclamada en la sentencia de 24 junio 1954, "que la norma procesal que veda el empleo de los conceptos definidores de las infracciones penales en la declaración de hechos probados, quiebra cuando el delito que se persigue y juzga es el previsto en el artículo 239 del C. P., porque sería irreverente reproducir con toda su crudeza el ultraje a la Divinidad y a las cosas santas que la blasfemia encierra en su manifestación externa" y "porque lo delicado de la materia aconseja no divulgar frases soeces y sacrílegas que manchan la boca del que las pronuncia y denigran al que las reproduce y que, sin transcribirlas literalmente, parece que resuenan en los oídos, por tratarse de un vicio que, por desgracia, está muy arraigado y que se exterioriza con vocablos sobradamente conocidos que repugna llevar al texto de una resolución judicial, porque supondría una inelegancia espiritual". (S. 14 noviembre 1966.)

La frase empleada, "obrando con unidad de propósito y fin, se apoderó, con ánimo de hacerlas suyas", contiene solamente palabras vulgares, de fácil comprensión y al alcance de toda persona de cultura media, por lo que para conocer el significado no se requiere una gran preparación jurídica, sino que lo normal en cualquier persona es suficiente a tales fines, y en ese sentido esos conceptos no se aprecian, aparte de que la unidad de propósito y fin es la que suele corresponder a quien ejecuta diversas acciones cada una de las cuales no constituyen más que la ejecución parcial de un solo y único delito, que es lo que se denomina delito continuado, para cuya determinación es preciso hacer referencia a esa unidad tal y como consta en el respectivo hecho, dado que en otro supuesto se sancionarían tantos delitos como acciones cometidas, lo que supondría una declaración poco ajustada a derecho que obliga en esos términos, sin que tampoco tenga ese carácter la palabra apoderamiento, ni la frase, con ánimo de hacerlas suyas, y por ello el quebrantamiento alegado carece totalmente de fundamento a los fines de estimación en esta sentencia. (S. 15 noviembre 1966.)

La frase, "sin la menor precaución y previsión", empleado en la declaración de hechos probados, si bien permite afirmar, por su mismo contenido, que esas expresiones constituyen conceptos jurídicos al referirse a una maniobra efectuada con vehículo de motor, y por sí sola determinante de un delito de imprudencia, lo que obliga a dictar un fallo en tal sentido, también es preciso sostener que en la aludida declaración existen elementos más que suficientes, para conocer, suprimidas tales palabras del relato, cómo ocurrieron los hechos, luego el Resultando de probados no pierde con ello su contenido, por su efectividad plena, y en ese orden lo alegado carece de todo

fundamento, y no constituye base alguna para declarar un quebrantamiento de forma que requiere indudablemente, una acabada justificación, que en este caso no se produce, por no deducirse, dado lo que se refiere con respecto a esas palabras, de lo que se invoca a esos fines en el recurso interpuesto por dicha parte. (S. 15 noviembre 1966.)

Utiliza unas veces el legislador vocablos extraídos del lenguaje común para describir las figuras penales que, de otro modo, serían irrepresentables e incomprensibles para los presuntos delincuentes, y el uso de estas palabras en el relato de los hechos no constituye el defecto procesal alegado por el núm. 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., a no ser que por su ordenación gramatical o sistemática formen frases puramente técnicas, prohibidas en dicho lugar de la sentencia; las presentadas por el recurrente no están en ese caso; sustraer no es tomar, ánimo de lucro no es igual literalmente que propósito de lucrarse, en cuanto que no reproducción exacta aunque digan lo mismo y signifiquen apoderamiento e intención de enriquecerse; tampoco las palabras violencia y fuerza mezcladas con otras distintas del texto legal, pues con frecuencia se confunden la predeterminación de los términos con la de los hechos, y sólo existe defecto legal cuando los últimos están sustituidos por meros conceptos jurídicos y no representen realidades o circunstancias valorables y, si bien el juzgador debe rehuir cuanto pueda estas redacciones base de impugnación, no ha de perderse en la rebusca de rarezas idiomáticas, como pretende este motivo que se desestima. (S. 23 noviembre 1966.)

En el artículo 10 del C. P. la circunstancia objetiva de agravación, decimotercera, nocturnidad, se halla expresada con la frase "ejecutarlo de noche" y literalmente en el Resultando del sucedido se enmarca en el término y con el ánimo por la proposición de "en la noche buscada de propósito", sin coincidencia con la fórmula legal y sin empleo de palabras exclusivamente jurídicas; es verdad que ha de seguirse un fallo estimativo de la circunstancia, pero no por los vocablos en sí o por la construcción gramatical o jurídica, sino porque se establece un dato cronológico y aménico positivos, elementos de tal circunstancia modificativa, y no puede admitirse infracción del número 1.º en el artículo 851 de la L. E. Crim. (S. 26 noviembre 1966.)

Es constante la confusión entre los términos estrictamente jurídicos que constituyen a la descripción ordinaria del hecho o de la circunstancia y predeterminan el fallo, defecto procesal en que se apoya el inciso 3.º del número 1 del artículo 851 de la L. E. Crim., con las expresiones más o menos parecidas, no exactamente iguales, que emplea el legislador; porque unas y otras relatan la realidad como elemento de la figura penal, pero las primeras incurren en la falta prohibida, no las segundas, que influyen en el fallo por el contenido mismo, por lo sucedido, y esto es inevitable si ellas han de ser la base del juicio; la Sala sentenciadora asienta que el inculpado conducía en estado de embriaguez, privado de las condiciones para hacerlo; no infringe el artículo citado en el motivo por quebrantamiento de forma, que ha de ser desestimado. (S. 2 diciembre 1966.)

Aun cuando algunas de las expresiones empleadas en la redacción del resultando primero de la sentencia recurrida son análogas a las utilizadas por el artículo 487 del C. P. para describir el delito de abandono de familia,

no por eso incurrió tal decisión judicial en el vicio que el artículo 851, número 1.º, inciso 3.º, de la L. E. Crim. sanciona con la nulidad del fallo, en primer lugar, porque falta aquella coincidencia o identidad contextual de que nos hablan las sentencias de esta Sala, invocadas en el motivo 3.º por el recurrente para apuntalar su endeble tesis, y, en segundo lugar, porque como ya tiene sentado repetidamente este Supremo Tribunal, la reproducción en el relato de hechos probados de voces iguales o sinónimas a las usadas por la Ley para formular el precepto aplicado al caso por el juzgador "a quo", solamente entraña el quebrantamiento de una forma esencial de enjuiciar cuando aquellas voces encierran un concepto jurídico, aprehensible tan sólo por las personas especializadas en el estudio del Derecho, habida cuenta de que, como de sobra es sabido, no siempre se sirve el legislador de esos conceptos técnicos para acuñar sus mandatos, antes, al contrario, lo más frecuente es que el nuestro se valga para ello de palabras del lenguaje usual y que las maneje también en su significado vulgar y corriente, por lo que si a todo esto se añade que las frases incorporadas en la fijación de los hechos probados que se refieren a la falta de prestación de "asistencia" por el marido a su mujer y de los medios de "sustento" por el padre a sus hijos, son inteligibles por cualquier persona de cultura media, habrá que concluir afirmando la inviabilidad del motivo aludido. (S. 19 diciembre 1966.)

c) *Al amparo del núm. 2.º del artículo 851: Declaración de falta de prueba:* No hay quebrantamiento de forma del núm. 2.º del artículo 851 de la L. E. Crim. como se sostiene en el primero de los motivos susistentes de esta especie, tercero de los numerados, por cuanto que en la sentencia impugnada se discriminan con suficiente claridad los términos del hecho estimados como probados y los que no lo fueren, con lo que se ejercitó por el Tribunal Sentenciador la facultad de valoración crítica de la prueba practicada, tanto en el acto del juicio oral como en las demás fases del proceso, sin que sea pertinente censurar dicha facultad a través de una reconsideración sobre el valor documental de algunos elementos de prueba que ya fue objeto del primer motivo de fondo, por error de hecho, que en su día fue inadmitido por esta Sala. (S. 17 septiembre 1966.)

Lo rechazado en el núm. 2.º del artículo 851 de la Ley procesal es la declaración vaga y global de no haberse probado ninguno de los hechos en que la acusación se funda, caso distinto al de este recurso, pues en la sentencia se aceptan como probados hechos concretos de entre los alegados en las conclusiones acusatorias, y se excluyen como faltos de prueba cualesquiera otros aunque no se mencionen, por lo que debe también desestimarse el tercer motivo de este recurso alegado por supuesto quebrantamiento de forma al amparo de la autorización procesal que al principio de este párrafo se indica. (S. 16 noviembre 1966.)

En la sentencia recurrida sólo se expresa que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 851, número 2.º, de la L. E. Crim., procede estimar el recurso, anular la resolución impugnada y reponer la causa al estado de dictar sentencia. (S. 17 noviembre 1966.)

d') *Al amparo del núm. 3.º del artículo 851: Resolución de todos los puntos objeto de debate:* Lo que tiene que resolver la sentencia son las cuestiones jurídicas, no las de hecho, que ya quedan resueltas en la declaración de hechos probados al relatar éstos en la forma que el Tribunal estima en conciencia que acaecieron sin tener que recoger del relato que hagan las partes en sus escritos de calificación más que aquello que estime probado y sea necesario para el enjuiciamiento del suceso; y así, al declarar que el procesado B. ordenó la colocación del material que produjo el hundimiento del techo, y que esto tuvo lugar en la fecha que se indica, es indiferente y hasta superfluo añadir cuáles fueran las personas que recibieron esa orden y si trabajaban por cuenta de uno u otro procesado, como asimismo si el recurrente estuvo o no enfermo los días que precedieron al hundimiento, que son las cuestiones que se invocan como no resueltas; y en cuanto a que concurrieran las eximentes 8.ª y 11 del artículo 8.º del C. P., la sentencia lo resolvió declarando explícitamente en el tercer considerando y en el fallo que no concurrieron circunstancias modificativas de responsabilidad. (S. 28 septiembre 1966.)

En las conclusiones definitivas la defensa planteó en forma subsidiaria la concurrencia de la causa de justificación 6.ª del art. 8.º y las atenuantes 1.ª y 5.ª del 9.º sobre la eximente 4.ª de preterintencionalidad presentadas ya en las provisionales, y la sentencia en el resultando cuarto estudia estas dos últimas sin mencionar en él ni en las consideraciones de derecho las primeras; estas omisiones contrarían la pureza formal de los artículos 142 y 742 de la L. E. Crim. y han de evitarse, pues la relación procesal en el recurso tiene como base los puntos de hecho con los de derecho alegados por las partes; sin embargo, el recurso estudia reunidos todos los puntos y, sin acudir al arbitrio de que las sentencias absolutorias o de condena resuelvan todas las cuestiones sujetas a excepciones, observa el fallo donde se contiene, en este caso, la declaración explícita de "sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal", negación expresa de todas las aducidas, sin necesidad de seguir literalmente cuantas alegaciones al respecto hayan producido las partes. (S. 15 octubre 1966.)

Según tiene declarado esta Sala, la sentencia que absuelve o condena resuelve todos los puntos que han sido objeto de la acusación y de la defensa, luego la sentencia de instancia en la que se condenó a la recurrente como autora de un delito de estafa a la pena que se señala, decide todas esas cuestiones, aparte de que para que suceda conforme a lo alegado, han de ser los de derecho y no los de hecho, como aquí ocurre, dado que no consignar en la que se cita el texto del oficio de la Clínica de Urgencia sita en la calle Montesa, de 24 de septiembre 1963 obrante en rollo de Sala, donde figura que dicho perjudicado permaneció en la Clínica los días 22 y 23 de diciembre de dicho año, no motiva ese quebrantamiento, por tratarse de un punto de hecho que no produce ningún efecto, en orden a lo que se pretende, pues sólo se expresa en él que reconocida esa mujer se le observó herida contusa en la región frontal, de pronóstico reservado, sin que se añada otra cosa con referencia a esta última, ni se ocupa del dinero que pudo emplear la misma, en esas fechas, y como el Tribunal sin duda no creyó necesaria,

esa relación del oficio, en razón a lo que se dice, y a que su estado de conciencia, se estima formado por los demás elementos que se aportaron en los autos, procede declarar que lo que se solicita por dicha parte carece de todo fundamento a efectos de lo que se establece en el precepto que se menciona anteriormente. (S. 15 noviembre 1966.)

A la petición del Ministerio Fiscal de que concurría la atenuante 1.ª del artículo 9.º del C. P. en relación con la 4.ª del artículo 8.º, y a la de la defensa que sostenía la existencia de esta eximente 4.ª, contestó el Tribunal sentenciador en el tercer Considerando de la sentencia, y en el fallo, diciendo que no concurrían circunstancias modificativas de responsabilidad criminal; por lo que resolvió la cuestión propuesta sobre esas circunstancias, si bien lo hizo en forma contraria a las pretensiones de quienes las propusieron. (S. 25 octubre 1966.)

El recurso por quebrantamiento de forma del núm. 3.º del artículo 851 de la L. E. Crim. se refiere concretamente al caso en que la sentencia no resuelva todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa, y se da, por tanto, para remediar una deficiencia del fallo, no para subsanar los que puedan haberse cometido en los Resultandos, recogiendo con más o menos fidelidad la resultancia de las actuaciones. (S. 18 noviembre 1966.)

Los puntos a que se refiere el núm. 3.º del artículo 851 de la L. E. Crim., para salvaguardar el recto ordenamiento del proceso según los artículos 142 con el 742 de la misma Ley, son los de derecho; en la causa se acusó por estafa y falsedades, a los mismos extremos se redujo la defensa, y el fallo resolvió sobre todos ellos; cuanto se refiera a la apreciación de la prueba, información pericial, relaciones entre las partes contratantes, pruebas testificales y entregas de cantidades no halla cauce en este motivo por quebrantamiento de forma, que se desestima. (S. 18 noviembre 1966.)

Se atribuye a la sentencia el defecto de conceder una indemnización de perjuicios olvidando resolver sobre la petición de restituir la cantidad sustraída; pretensión infundada, porque cuando lo sustraído son bienes fungibles o dinero que han sido consumidos por el culpable, la restitución literal de la cosa no puede verificarse, y entonces entra en funciones la indemnización de perjuicios como única forma de reparar la lesión económica del perjudicado; que es lo que hizo la sentencia recurrida, que contemplando el caso de una apropiación de dinero que había tenido lugar durante un largo periodo de tiempo y de cuyo importe se benefició el culpable, al no encontrarse en poder de éste las cantidades sustraídas no podía condenar a su restitución como pretendía la acusación privada, sino pagarlas por vía de indemnización; y si no agregó más cantidad por otros conceptos sería por no encontrarlos justificados; y al contener ese pronunciamiento no puede decirse que la sentencia no resolvió sobre las responsabilidades civiles, sino que lo hizo en cuantía inferior a lo pedido por la acusación privada, y en la forma que procedía al no existir el dinero sustraído; caso previsto en el art. 102 del C. P. al decir que la restitución deberá hacerse de la misma cosa "siempre que sea posible" dando a entender con ello que no cabe un pronunciamiento de restitución en los casos de imposibilidad física por destrucción o desaparición del objeto, y en los de imposibilidad legal si la cosa hubiese pasado a poder de un tercero.

en la forma y con los requisitos que le hagan irrevindicable según dispone el mismo artículo. (S. 18 noviembre 1966.)

c') *Al amparo del núm. 4.º del artículo 851: Punicion por un delito mas grave que el que fue objeto de acusación:* No es cierto que la sentencia de instancia haya condenado por un delito más grave que el fue objeto de acusación, toda vez que el Ministerio Fiscal acusó al recurrente de un delito de imprudencia temeraria del párrafo 1.º del artículo 565 del C. P., que está sancionado con la pena de prisión menor, además de la privación del permiso para conducir vehiculos de motor por tiempo de uno a cinco años, según el Código de 1944, y con prisión menor también y privación del permiso para conducir de un mes a diez años en el Código de 1963, mientras que el delito de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, previsto en el artículo 1.º de la L. 9 mayo 1950, se castiga con la pena de arresto mayor o multa de 1.000 a 50.000 pesetas, además de la privación del permiso de conducir por uno a cinco años, según el artículo 11 de dicha ley, y en la vigente de uso y circulación de vehiculos de motor de 24 de diciembre de 1962, se pena este mismo delito de peligro con la privación del permiso de conducir por tiempo de uno a tres años y multa de 5.000 a 25.000 pesetas (art. 5.º), luego es visto que tanto en la legalidad anterior como en la vigente es más grave el delito de que fue acusado el procesado (imprudencia temeraria) que el que sanciona la sentencia recurrida (conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas) y por ello no era necesario que el Tribunal "a quo" procediera a formular la tesis ordenada en el artículo 733 de la L. E. Crim., máxime cuando la pena de multa impuesta es la mínima establecida en la ley por razón de delito y la última de todas las escalas graduales, y en cuanto a la privación del permiso para conducir, el tiempo fijado en la sentencia es el que correspondía con arreglo a la legalidad vigente cuando se cometió el delito. (S. 22 diciembre 1966.)

c) *Exigencias formales: Aportación de copias:* Habiéndose impugnado por los recurridos la admisión del recurso, fundándose en que a su representación le fue entregada con la copia del escrito de formalización del recurso una copia de la sentencia combatida autorizada por el Procurador de la recurrente, mas no una copia literal del testimonio de la resolución de instancia, como exige el párrafo 2.º del artículo 874 de la L. E. Crim., y habiéndose expuesto por la parte recurrente, al evacuar el traslado previsto en el párrafo 2.º del artículo 882 de la misma Ley, que presentó tantas copias literales del testimonio de la sentencia impugnada como eran las partes emplazadas, esta Sala, ante la total ineficacia de la diligencia estampada a continuación del escrito de interposición del recurso, por no hallarse suscrita por el fedatario que debería autorizarla, acordó por providencia de 21 de septiembre último que para esclarecer el punto debatido se uniera al presente rollo todas las copias presentadas por la parte recurrente con su escrito de formalización, que no fueron entregadas al M.º Fiscal ni a los recurridos, providencia que ha sido cumplimentada por la Secretaria correspondiente. Concretándonos a las copias del testimonio de la sentencia recurrida, ya que sobre las copias del escrito de interposición del recurso no se ha suscitado cuestión alguna, aparece claramente que con el escrito de

interposición presentó el Procurador de la parte recurrente, para las tres partes emplazadas, tres copias: una de ellas, la que fue entregada al M.º Fiscal, en cumplimiento de la providencia de 1 febrero 1965, hay que estimarla dotada de cuantos requisitos exige la Ley, toda vez que el referido Ministerio no ha opuesto tacha alguna sobre el particular; otra, la que en cumplimiento de la misma providencia fue entregada al Procurador de los recurridos, es la textual de la sentencia impugnada, pero no la literal del testimonio expedido y entregado a la representación de la recurrente por la Secretaría de la Audiencia de Valencia, el cual contiene ciertos particulares que no constan ni podían constar, por ser de fecha posterior, en la resolución recurrida, y la tercera, la que no fue entregada al M.º Fiscal, ni a los dos recurridos, y que obraba en la Secretaría de esta Sala, es una copia literal del tan repetido testimonio, pero no está autorizada por la representación de la recurrente, de donde resulta que ésta faltó abiertamente a lo preceptuado en el párrafo 2.º del artículo 874 de la Ley procesal penal, porque una de las referidas copias no era la del testimonio de la sentencia de instancia y otra no estaba autorizada por su Procurador, imponiéndose, en consecuencia, acoger la pretensión formulada por los recurridos al evacuar el traslado de instrucción y declarar no haber lugar a la admisión del recurso, a tenor de lo establecido en el párrafo 3.º del mencionado artículo 874 y en el apartado 4.º del artículo 884 de la L. E. Criminal. (Auto 4 octubre 1966.)

B) RECURSO DE REVISIÓN

Al amparo del núm. 1.º del artículo 954: Sentencias contradictorias: Se entiende por sentencias contradictorias no sólo las que lo sean por oposición literal de términos, sino aquellas que se repelen jurídicamente por enjuiciar unos mismos hechos violando el principio "non bis in idem", que impide volver a enjuiciar un delito ya sancionado. (S. 14 noviembre 1966.)

II. PARTE ESPECIAL

Procedimiento de urgencia: a) *Denegación de diligencia de prueba:* De la lectura comparativa del párrafo 4.º del artículo 659 y del párrafo 2.º del artículo 798, ambos de la L. E. Crim. (en la redacción que dio al último el artículo 1.º de la Ley de 8 de junio 1957, claramente se desprende que mientras en el proceso penal ordinario cabe el recurso de casación, al amparo del núm. 1.º del artículo 850 de la misma Ley, cuando, propuesta en forma una diligencia de prueba pertinente en el escrito de calificación, el Tribunal rechaza en el auto a que se refiere el citado artículo 659, siempre que se prepare oportunamente con la correspondiente protesta, en el procedimiento de urgencia para determinados delitos, objeto del Título III, Libro IV, de la Ley procesal penal, no se da dicho recurso cuando el Tribunal, en el auto a que alude el párrafo 1.º del artículo 798 mencionado, inadmite pruebas de las propuestas en el escrito de calificación, pues en este caso la parte agraviada ha de reproducir su petición en el momento

previsto en la regla 1.ª del artículo 800 y solamente si en dicho momento vuelve a ser rechazada la prueba podrá la parte que la propuso preparar e interponer el recurso de casación que autoriza el referido núm. 1.º del artículo 850: doctrina ya sentada anteriormente por este Tribunal, entre otras, en la sentencia de 28 de enero 1963, que impide la estimación del motivo de casación por quebrantamiento de forma, toda vez que el hoy recurrente no reprodujo su petición o proposición de prueba documental en el momento antes aludido, a pesar de tramitarse la causa por el llamado procedimiento de urgencia. (S. 14 noviembre 1966.)

b) *Modificación de conclusiones recogidas en el acta del juicio oral:* Si bien conforme a la regla 3.ª del artículo 800 de la L. E. Crim. las partes formularán por escrito sus conclusiones definitivas o la modificación de las provisionales, siendo de desear que se atemperen a esta norma procesal, para evitar que los Presidentes de las Salas se vean en la precisión de usar de los medios a su alcance para obligarles a cumplirlas e incluso posibles nulidades en casación; pero como en el caso contemplado el defecto está suplido, por la extensión, que por el Secretario se transcribió al acta del juicio oral la manifestación verbal del M.º Fiscal, expresiva de la modificación de sus conclusiones provisionales, hasta el punto de sólo faltar la materialidad de estar escritas en pliego separado del acta, puesto que incluso ésta aparece firmada por el señor Fiscal, y como este detalle, de escribirse en la misma acta, no mermó en lo más mínimo la defensa del procesado, pues se debatió en el juicio con la amplitud que las partes estimaron oportuno, ya que no constan que les fuesen limitadas, por lo cual no puede estimarse que el procesado padeciera indefensión, es procedente, en este caso concreto y por la singularidad del mismo, rechazar el motivo primero del recurso fundado en el núm. 4.º del artículo 851 de la L. E. Crim.; ya que, en otro caso, se abriría la posibilidad de quedar impune un delito que pone al descubierto el egoísmo del agente y su desprecio de la víctima por él causada, cuyas consecuencias, más o menos graves, derivadas del accidente pudieran atenuarse con el auxilio que le prestare. (S. 21 noviembre 1966.)

Confrontación del Derecho penal clásico con el de la defensa social

EL PUNTO DE VISTA DOCTRINAL

(Informe presentado en ocasión de las XII Jornadas de «defensa social»)

ROGER MERLE

Profesor de la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de Toulouse (Francia)

Traducción: Dr. Ruperto NUÑEZ BARBERO

Profesor adjunto de Derecho penal de la Universidad de Salamanca

La celebración del bicentenario del tratado *des délits et des peines* coincide con el décimo centenario del manifiesto de la *defensa social nueva* (1). Esta coincidencia no solamente dará satisfacción a los amigos de la paradoja. Porque no se podría elegir mejor ninguna otra ocasión para medir el camino recorrido por el pensamiento penal desde 1764 hasta 1964. Y todos los criminalistas sabrán agradecer a los organizadores de estas Jornadas el haber facilitado la confrontación serena del Derecho penal clásico engendrado por Beccaria —o de lo que hoy queda de él— con el Derecho penal de compromiso que preconizan las doctrinas contemporáneas.

Pero confrontar es ante todo definir; y en el enfrentamiento apasionado de las ideologías de nuestro tiempo, toda definición es, más que nunca, peligrosa. No me atrevería a resumir la doctrina francesa de la defensa social en los propios lugares donde se expande. Es tanto más conocido por todos cuanto que ha sido sistemáticamente expuesta con perfecta claridad por sus promotores. No puedo, sin embargo, eludir el poner rápidamente de manifiesto, para, tras de ello, oponerlos a la defensa social, los rasgos distintivos de este Derecho penal clásico que no ha sido jamás llevado hasta la síntesis doctrinal, y del cual tenemos propensión a estilizar los detalles por consecuencia de su ligazón con nuestras costumbres profesionales.

En efecto, el Derecho penal clásico puede definirse en una frase: es el que pone de manifiesto, entre las soluciones representativas del problema criminal, la solución retributiva. Pero su complejidad apa-

(1) Es, en efecto en 1954 cuando M. Marc ANCEL publicó, en las Ediciones Cujás, la primera edición de *La défense nouvelle, un mouvement de politique criminelle humanistique*.

rece cuando se trata de captar los múltiples aspectos —políticos, criminológicos y técnico-jurídico— que ha grabado en su estructura una larga evolución. Porque a los ojos de los juristas que lo aplican y que lo observan en 1964, el Derecho penal clásico no se puede separar de los aluviones que le han aportado las teorías neoclásicas sucesivas.

Beccaria, Bentham, Feuerbach han dotado a este sistema de su armazón político-liberal. Partiendo de las premisas del contrato social, han forjado íntegramente, o, en su caso, revigorizando, los principios constitucionales que han modificado la relación de fuerzas entre el Estado justiciero y los justiciables. El Derecho penal, tal como lo ha concebido Baccaria y lo han organizado los códigos del siglo XIX, se ha convertido en el escudo del ciudadano que protege a éste contra el desencadenamiento arbitrario de la fuerza. Su misión principal consistía no tanto en luchar contra la delincuencia, como en canalizar, limitar y controlar la distribución de sanciones. Tres palabras —tres místicas— resumían estas ambiciones nuevas: legalidad, utilidad, libertad.

Primeramente, legalidad. En adelante, ninguna individualidad podía ser castigada sin que, por sí misma y voluntariamente, se hubiese separado del cuerpo social por la ejecución de un acto del cual había previamente proclamado la ley el carácter reprehensible.

Utilidad después. Porque la sanción no podía aplicarse más que en la medida que el interés social exigía y del modo más conveniente para la protección de la sociedad. La medida de esta sanción, proclamaba Beccaria, “es el mal que el crimen hace a la nación, mucho más que la intención del culpable”. Esta sanción no puede ser otra cosa más que una pena, porque sólo el sufrimiento impuesto favorece la expiación y la intimidación y, por consecuencia, la defensa eficaz del pacto social. Por tales caminos, los primeros clásicos se enlazaban de nuevo con la tradición cristiana de la Edad Media, y preparaban el desarrollo ulterior de la mística penitenciaria: mística de la penitencia y mística de la libertad, que iban a constituir el armazón criminológico del Derecho penal clásico del siglo pasado.

Las virtudes medicinales de la penitencia expiatoria, la elección de la penitencia en relación con la naturaleza del pecado o de la infracción, la gama de las penas elegidas en función de sus propiedades curativas correspondientes, todo ello había sido claramente entrevisto por Montesquieu (2) y provenía en línea directa de una separación inconsciente y poco hábil del Derecho canónico.

No obstante, el penitente del Derecho penal clásico no es el pecador de los cristianos, oscilante entre la pesadumbre y la gracia. Es el violador lúcido del pacto social. Es admitido como dueño de sus actos cuando rompe este pacto, como lo era cuando lo concertó. Y en el ejercicio de esta libertad presunta se le supone siempre igual a su esencia original, es decir, totalmente libre y totalmente responsable,

(2) *L'esprit des lois*, tomo II, capítulo IV.

de modo que la pena es siempre idéntica en calidad y en cantidad para todos los autores de un mismo tipo de infracción.

No hay, por tanto, que asombrarse de que estas rigurosas abstracciones hayan contribuido a engendrar un Derecho penal en el cual la técnica jurídica y la obsesión jurídica han dejado de lado la psicología dando lugar a una "especie de álgebra", como lo ha hecho observar atinadamente el magistrado M. Ancel (3).

Hecho extraño a primera vista, pero, sin embargo, perfectamente explicable, este algebrismo ha sido llevado hasta su límite por los primeros neoclásicos, por aquellos mismos que quisieron introducir un poco de realismo en tal sistema y que iniciaron el movimiento de individualización de la pena.

La famosa fórmula "ni más de lo que es útil, ni más de lo que es justo", iba en efecto a permitir el corregir la abstracción del sistema clásico, a pesar de que desarrollase paradójicamente la aritmética represiva. La escuela neoclásica del siglo pasado ha puesto las cosas a punto en lo que concierne la relatividad de la libertad humana. Ha llamado la atención sobre la responsabilidad atenuada y sobre la diversidad de las responsabilidades propias a cada delincuente. Y gracias a las penas flexibles, a las circunstancias atenuantes o agravantes, el juez recibió el poder de imponer a cada delincuente una penitencia justamente suficiente para compensar su culpabilidad (4). La escuela neoclásica devolvió a Temis sus balanzas, sus pesos y sus medidas, pero no pudo, pese a todo, desatar la venda que, por los siglos de los siglos, oculta a sus miradas la personalidad del delincuente.

A despecho del movimiento positivista y del desarrollo posterior de los estudios criminológicos, es esta imagen de la Justicia penal la que está estampada en los códigos que nos rigen y que todos están de acuerdo en criticar.

Estas críticas, que unen a los penalistas contemporáneos antes de dividirlos, son demasiado conocidas para que se insista en ellas. Los penalistas clásicos perseguían dos ambiciones. La primera era la de proteger a los ciudadanos, inocentes o culpables, contra la arbitrariedad de la represión: este objetivo ha tenido éxito porque se ha realizado en tal sentido un innegable progreso en relación con el Antiguo Régimen. La mecánica judicial ha sido notablemente perfeccionada. Pero los clásicos tenían también la ambición de utilizar hacia fines de perfectibilidad esta mecánica punitiva y retributiva. Estas ambiciones de perfeccionamiento no fueron al fin más que puramente verbales y abstractas. A pesar de todos los esfuerzos de la escuela penitenciaria, la pena ha subsistido como un simple castigo fundado en la responsabilidad, sin relación alguna con las causas concretas de la delincuencia, con pérdida de su fuerza de intimidación en la medida en que la individualización judicial de su duración borraba la ejemplaridad intrínseca de las disposiciones legales.

(3) M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 5. 51.

(4) Sobre la escuela neoclásica del siglo pasado: Ver SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, pp. 61 ss.

Y por eso mismo se encuentra claramente planteado el problema de hoy: ¿Es capaz el derecho criminal punitivo de realizar los objetivos de perfectibilidad que pretende promover? ¿Se puede realmente transformar el porvenir de un condenado aplicándole una pena elegida y calculada en función de su pasado y sin referencia real a su personalidad?

Es todo el problema de los criterios de la condena penal y del tratamiento penitenciario, en derredor del cual se enfrentan las doctrinas de defensa social y el neoclasicismo contemporáneo.

Este neoclasicismo contemporáneo no tiene nada de "passéiste" (5) porque rompe resueltamente con su antepasado del siglo último; y para afirmar bien su modernismo, reivindicaría de buen grado la denominación de "neoclasicismo nuevo" si este pleonasma no ofendiese las exigencias del lenguaje.

Tal neoclasicismo se expresa por tanto con prudencia y discreción, al menos en Europa. Algunas frases significativas ocultas en unas notas de jurisprudencia o en algunos tratados, algunos artículos de revistas, una o dos monografías casi confidentiales, todo lo cual termina por dejar presentir la actitud de un importante número de criminalistas franceses y extranjeros (6) que se oponen a la defensa social en la medida en que preconizan el conservar a la condena penal sus caracteres retributivos tradicionales (I) y que se unen a la defensa social en un estadio ulterior al procedimiento penal recomendando asentar el tratamiento penitenciario sobre la personalidad del delincuente (II).

(5) Este reproche ha sido recientemente hecho por M. ANCEL ("Défendre la défense sociale", Rev. de Science criminelle et de Droit pénal comparé, 1964, p. 196).

(6) Por más difuso que sea, este movimiento neoclásico contemporáneo no se ha escapado a los observadores de la evolución de las ideas; ver en particular, CONSTANT, *Manuel de droit pénal belge*, 7 ed., 1959, p. 41 ss.; LEAUTÉ, "Le neoclassicisme", en *La responsabilité pénale, Travaux de l'Institut de Sciences criminelles et pénitentiaires de Strasbourg*, Dalloz, edit., 1961, p. 351. Se podrían, al parecer, reunir en esta tendencia las opiniones expresadas en los trabajos siguientes (aunque sus autores quizá no estuviesen muy de acuerdo con ello): RICHARD, *La mission méconnue de la justice pénale* (edición de Levain, 1957); FRANCHIMONT, "Incertitudes et espérances des pénalistes", Rev. dr. pén. et crim., 1960, p. 3 y s.; LARGUIER, *Le droit pénal* (col. "Que sais-je?", p. 12 y s.); LEVASSEUR, en *Rev. Sc. Crim.*, 1954, p. 431; BATESTINI, en *Rev. pénitentiaire*, 1966, p. 420; PATIN, "Le problème de l'organisation des cour d'assises" (*Mélanges Donnedieu de Vabres*, p. 228); LEAUTÉ, "Les tendances du droit pénal français et du droit pénal contemporain (*Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1958, spéc. p. 65); LEAUTÉ, "La responsabilité pénale des adultes en droit français" en *La responsabilité pénale*, p. 465); VUJIN, "Code pénal et politique criminelle" (*Mélanges Donnedieu de Vabres*, especialmente p. 75); CHAVANNE, en *Rev. Sc. Crim.*, 1962, p. 307. La Escuela de Utrecht se aproxima igualmente a esta tendencia. Hemos sostenido personalmente este punto de vista, al mismo tiempo que el señor Quintano-Ripollés en un informe sobre "L'évolution du droit pénal moderne" en las terceras Jornadas franco-españolas de Derecho comparado de 1967 (*Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, 1958, t. VI, fasc. 1, p. 121 y s., 132 y s.).

Es a través de estas dos posiciones fundamentales del neoclasicismo actual como examinaremos rápidamente los puntos neurálgicos del conflicto doctrinal contemporáneo.

I

Antes de ser innovadores, los neoclásicos son conservadores. Pero este conservadurismo se ha afirmado dentro de una perspectiva moderna, por consecuencia de una oposición meditada contra ciertos principios de defensa social que recordaré en pocas palabras.

La defensa social nueva se caracteriza por un antidogmatismo seductor. Rechaza toda metafísica y todo apriorismo jurídico. Se niega a construir el derecho criminal a partir de una opinión preconcebida sobre el libre arbitrio o el determinismo. Preconiza la política de tabla rasa. Con cada delincuente, el juez debe partir de cero, descubrir su personalidad real, poner en evidencia la etiología de su criminalidad propia y elegir, en función de tal diagnóstico, la medida más apta para provocar la resocialización de este delincuente preciso. Esta medida de defensa social semejará, según los casos, a aquello que los positivistas llamaron una medida de seguridad, o a lo que los clásicos llamaron una pena. Pero si se asimila a una pena será separándose de toda idea de censura (7) o de retribución para no obedecer más que a unos principios curativos. Para reproducir una expresión de M. Ancel la justicia penal de mañana ya no será justiciera, sino concebida, ante todo, como una acción social.

Esto no quiere decir, como algunos lo han pretendido —yo no figuraba entre ellos (8)—, que la defensa social nueva pretenda eliminar las nociones de responsabilidad, de falta o de libre arbitrio. Los promotores de este sistema pretenden, por el contrario, introducir en la acción social de la justicia criminal una verdadera “pedagogía de la responsabilidad”, emprendida desde el primer día del proceso, continuada a lo largo del procedimiento, y que, al final del tratamiento penitenciario, desarrollará en el delincuente la noción del deber del hombre hacia sus semejantes y la de una conducta en relación con el sentimiento íntimo y colectivo de la responsabilidad (9). En suma, el concepto de responsabilidad moral no es aquí ni el postulado ni el punto de partida de la construcción del derecho criminal, sino que está previsto como la meta, como el punto de llegada de la acción social anti-criminal.

Es manifestando sus reticencias respecto a este programa lleno de

(7) “Lo esencial es no dar en adelante a la calificación de “pena” su antiguo contenido, de abandonar la idea de reprobación y la de referencia al juego de la responsabilidad moral para adoptar resueltamente como objeto de la acción social, la prevención contra las actitudes criminales” (M. ANCEL, *La défense sociales nouvelle*, p. 131).

(8) Ver *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, 1958, t. VI, fac. 1, especialmente p. 140.

(9) Ver ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, p. 101 y s.

esperanzas como ciertos criminalistas se han convertido en neoclásicos casi sin darse cuenta de la transformación. No han dejado de objetar que es quizá contradictorio al pretender restituir al delincuente el sentido de la responsabilidad empezando por eliminar el hecho de reprobar su conducta (10). Han hecho igualmente notar que la defensa social no evita el dogmatismo, sino que postula la disparidad de las personalidades criminales y lleva a su extrema significación la expresión célebre de Eugenio de Guérin que afirmaba que "cada hombre es un género humano", e implica una confianza ilimitada en el rigor de las técnicas de observación humana.

Los neoclásicos no continúan pese a todo adscritos a una concepción poleolítica del Derecho penal. Pero estiman, en cambio, que tras las abstracciones del sistema clásico se ocultan algunas realidades profundas que guardan un carácter de validez en nuestro tiempo.

La primera de estas realidades había sido claramente prevista por Rousseau, Montequieu y Beccaria; pero ha sido perdida de vista con frecuencia posteriormente: es el valor de la enseñanza y de moralización de la condena penal retributiva, que no hay que confundir con el carácter intimidante de la pena. El decano M. Richard ha demostrado magistralmente que la justicia penal había sido concebida por los primeros clásicos como una "justicia de advertencia" destinada a ser el "monitor moral" de la nación (11). En adelante el Estado iba a sustituir con sus propias advertencias morales las de la religión. Trazando a cordel los límites de lo permitido y de lo prohibido, previniendo a los ciudadanos sobre el grado de reprobación moral que alcanzaría tal o cual actividad, el legislador proponía al pueblo una línea de conducta. Y el juez, aplicando la ley y retribuyendo la infracción, iba por su parte a participar públicamente en esta empresa de instrucción popular haciendo una justicia comprensible por todos. Esta concepción conserva, ante los ojos de numerosos penalistas, todo su valor en la hora presente. Una justicia de defensa social, cuyas sentencias variarían no solamente en cantidad, sino en calidad, respecto a cada delincuente, correría el riesgo de desconcertar al público, de falsear la escala de los valores sociales y de embotar el sentimiento popular de la responsabilidad.

Esté sentimiento de la responsabilidad popular es otra realidad sociológica que mantiene la atención de los neoclásicos dentro de una perspectiva muy modernista y en manera alguna metafísica. Todos los neoclásicos no comparten necesariamente la opinión, expresada por la Escuela de Utrecht, a tenor de la cual "el crimen es un acto humano que pertenece al reino de la libertad" (12). Porque el error de los teóricos clásicos ha consistido quizá en ligar de modo indisoluble la responsabilidad penal a la responsabilidad moral y la responsabilidad

(10) Comp. LEVASSEUR, *Revue Sc. Crim.*, 1954, p. 431.

(11) RICHARD, *La mission méconnue de la justice pénale*, du Levain, 1957.

(12) Ver POMPE, "L'homme criminel", en *Une nouvelle école de science criminelle: l'Ecole d'Utrecht*, édit. Cujas, p. 72.

moral al libre arbitrio. Un oscuro trabajo de renovación de estos conceptos está, según parece en marcha.

La responsabilidad penal, condicionada primeramente por la culpabilidad material y moral (esta última definiéndose por referencia al concepto de intención criminal que no tiene nada que ver con el libre arbitrio), aparece cada vez más claramente como la aptitud para sentir la necesidad del castigo, para soportarlo y para sacar un beneficio de él. Y esta nueva noción de la imputabilidad tiene también escasa relación con el libre arbitrio. La evolución del Derecho penal de los menores es instructiva a este respecto: para imponer una pena a un menor de trece a dieciocho años, el juez ya no tiene que preocuparse ni del discernimiento ni del libre arbitrio, sino que se decide en función de la "oportunidad", dicho de otro modo, en consideración de lo que se podría llamar "la aptitud penitenciaria" del menor. Y ciertos psiquiatras de vanguardia se separan aún más profundamente de la dogmática del libre arbitrio, cuando sostienen que los dementes mismos son aptos para la responsabilidad penal (13). Sin ir más lejos, aparece entonces que no sólo se puede mantener la condena penal sin hacer referencia a la abstracción del libre arbitrio, sino que, sobre todo, se la debe mantener en la medida en que corresponde al sentimiento natural de la responsabilidad.

Hay, en fin, un tercer aspecto del Derecho penal clásico del que la doctrina penal neoclásica se complace en subrayar la preciosa utilidad. El Derecho penal clásico está naturalmente encerrado en un "corsé jurídico" (14) del que la defensa social quisiera hacerlo salir, y que es a los ojos de muchos juristas la mejor garantía de la libertad individual. La distribución de las sanciones penales, estrechamente condicionada por la mecánica retributiva, puede perderse apenas en el dominio de lo arbitrario. Sin duda, la política de "desjuridización", preconizada por la defensa social nueva, pretende limitarse a la eliminación de las ficciones abstractas. No contiene por ello menos virtualidades que siguen siendo temibles para ciertos criminalistas (15). Es suficiente con poner de manifiesto los poderes extraordinarios puestos en manos de los jueces para menores en el campo civil tanto como en el campo penal para medir los peligros que comportaría un tal sistema si se generalizase a los mayores.

Por todas estas razones, la doctrina neoclásica continúa siendo partidaria de mantener la condena penal tradicional fundada sobre unos

(13) Ver BLAISOT, *La désaliénation sociale du malade mental a travers l'expérience de Lannemezan*, Tesis (medicina), Toulouse, 1963.

(14) La expresión es de M. ANCEL.

(15) M. ANCEL pretende conjurar estas virtualidades con los objetivos fraternales de la política de defensa social (*Rev. de science crim. et droit pén. comp.*), 1964, p. 195). El seguirlo despierta cierta aprehensión cuando declara que no hay que "situar o concebir al individuo contra el Estado, sino dentro de la comunidad social" (p. 195), porque no hay que olvidar que las leyes penales, aun cuando se digan fraternales con respecto al delincuente, amenazan la libertad de todos, más gravemente quizá en un sistema de defensa social que en un sistema clásico.

criterios puramente jurídicos y retributivos. Está, por el contrario, resuelta a favorecer la adopción de criterios científicos y personalistas en la organización del tratamiento penitenciario: "El pronunciamiento de la pena debe ser ejemplar, las modalidades de su ejecución pueden inspirarse en consideraciones diferentes", escribía, hace algunos años, el primer presidente Battestini (16), resumiendo de este modo lo esencial del neoclasicismo contemporáneo.

II

No hay ya ni un solo penalista que tenga todavía el valor de sostener que las prisiones deben ser exclusivamente lugares de sufrimiento, purgatorios para los reprobados. El sufrimiento expiatorio es una terapéutica del alma. Requiere la adhesión y la colaboración de un penitente selecto. Respecto a los delincuentes no es suficiente para llenar la función de prevención especial que se le atribuye tradicionalmente. En cuanto a la prevención general, sería excesivo el afirmar que no juega papel alguno. Pero yo creo personalmente, como el magistrado M. Ancel, y como Montesquieu, que la intimidación está ligada a la obligación de comparecer ante un juez, mucho más que a la perspectiva dudosa de la ejecución de un castigo (17). Todo el mundo está, por consecuencia, de acuerdo en admitir que, bajo la corteza aflictiva de una pena privativa de libertad, dentro de una escena represiva, el condenado debe sufrir un tratamiento adaptado a su personalidad y a su criminalidad propia: un tratamiento científico y evolutivo bajo el control y la dirección del juez encargado de la dirección de las penas. Todo esto está en la lógica del Derecho penal clásico mismo, en el cual los teóricos habían asignado a la pena un objetivo "correcional".

La doctrina "neoclásica", sin romper con su encadenamiento clásico, se une, por tanto, en tal punto, a la defensa social nueva. Pero la defensa social es reticente.

La objeción mayor que opone a este sistema se plantea inmediatamente en nuestro cerebro: ¿Cómo podría el tratamiento penitenciario ser adaptado a la personalidad del condenado, si la pena que lo ha determinado se ha pronunciado sin referencia a esta personalidad y en función de consideraciones puramente retributivas?

Sería ciertamente fácil el dejar de lado esta objeción y de satisfacer aparentemente todas las tendencias, aceptando la famosa división del proceso penal en dos fases: una primera fase jurídica que llegase a una declaración de culpabilidad y una segunda fase científica, dominada por el examen de la personalidad y terminada por el pronunciamiento de la sanción. Pero esto conduciría, inevitablemente, a falsear el carácter retributivo de la condena. Porque la segunda fase del proceso penal perdería esta función punitiva y moralizadora a la que los neoclásicos permanecen firmemente adheridos. Además, en la óptica

(16) *Rev. pénitentiaire*, 1965, p. 420.

(17) Marc ANCEL, *Rev. de Sc. crim. et de Droit pén. comp.*, 1964, p. 190.

de la defensa social nueva, la "sanción" perdería en la forma, y con más frecuencia en el fondo, su aspecto penal reprobador (18).

De tal manera que la objeción debe ser abordada de frente, en la situación del procedimiento tradicional en que está planteada. La respuesta es, por tanto, sencilla. Había sido entrevista por Saleilles, cuyas ideas se sitúan en el paso del neoclasicismo de la Restauración al neoclasicismo contemporáneo.

Saleilles esimaba, en efecto, que el juez dispone, en el estado puramente represivo de la causa, de unos elementos de clasificación suficientes para elegir el tipo de pena apropiado a cada delincuente. Sin que sea necesario el adoptar la clasificación un poco abstracta que proponía Saleilles (19), la idea que había expuesto conserva todo su valor.

Tres grandes tipos de penas principales caracterizan en la hora actual el derecho penitenciario francés: las penas pecuniarias, la privación firme de la libertad y la privación de la libertad con suspensión simple o con una puesta a prueba. Las disposiciones legales son tales que, en materia correccional, el juez tiene, en la mayoría de los casos, la posibilidad de elegir entre estos tres tipos de castigos. En materia criminal la incidencia de las circunstancias atenuantes es tal que puede igualmente elegir entre todas las modalidades de la privación de libertad. Por tanto, para decidir entre la prisión firme, la prisión con suspensión de pena y la prisión con puesta a prueba, no es en modo alguno necesario que el juez esté en posesión del expediente de personalidad. ¿Puede sostenerse verdaderamente que en la mayoría de los casos la comprensión de la historia de un delincuente requiera absolutamente la intervención de un psicólogo profesional, de un psiquiatra y de un psicotécnico? ¿Hay quién crea verdaderamente que los abusos del "juridicismo" son de tal naturaleza que ciegan sistemáticamente la perspicacia de los magistrados?... y ¿no se teme que la observación llamada científica traiga consigo otros abusos u otras deformaciones no menos temibles? ¿Los instrumentos tradicionales del juez son verdaderamente tan imperfectos? La calidad del delincuente primario o del reincidente, la edad del delincuente, su manera de vivir, y, en lo que concierne a los reincidentes, su pasado penal, constituyen a los ojos de los neoclásicos unos criterios suficientes. Es solamente después de una condena firme cuando las autoridades penitenciarias determinarán, tras un examen concienzudo de la personalidad del condenado (como lo hacen actualmente), las modalidades del tratamiento penitenciario.

Es cierto que este tratamiento penitenciario se compromete con frecuencia a causa de la brevedad de la detención ordenada por el juez. Pero el abuso de las penas cortas, tan frecuentemente denunciado, es imputable a una mala comprensión de los principios del Derecho penal

(18) Ver ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, p. 145 ss.

(19) SALEILLES, *De l'individualisme de la peine*, p. 126 y s., p. 208, 255 y 262.

clásico. Habituándose a contabilizar todos los factores de la responsabilidad moral, los tribunales han terminado por desmoralizar la represión. La combinación de las circunstancias agravantes y de las circunstancias atenuantes ha falseado completamente el juego de la reincidencia. Las circunstancias atenuantes se han convertido en la cláusula de estilo en todos los juicios correccionales. Esta deformación está dentro de la lógica de un derecho penal esencialmente punitivo y vindicativo. No sería ya concebible en la perspectiva de un Derecho penal de perfeccionamiento. Porque no es en modo alguno ineluctable el proporcionar la duración de la extensión teórica de la responsabilidad moral. La responsabilidad penal moderna es la aptitud a asimilar el castigo, a aprovechar la punición. El delincuente que comete una infracción se pone en la situación de sufrir el tratamiento necesario para su reeducación durante todo el tiempo requerido para el éxito de tal tratamiento. Nada se opone, en consecuencia, a que los tribunales, que en cualquier caso deben fijar la duración máxima de la sanción (la defensa social rechaza también las sentencias indeterminadas), impongan unas penas suficientemente largas que pueden, desde luego, ser abreviadas, en caso necesario, durante el curso del tratamiento por el juego de la gracia o de la liberación condicional.

* * *

Tales son los principales puntos neurálgicos en derredor de los cuales se afrontan las doctrinas contemporáneas en este período tenso que precede siempre a la fusión transaccional de los antagonistas. El dilema que estas doctrinas se esfuerzan en resolver no tiene, por tanto, nada de actual. Tal dilema torturaba ya a San Agustín, quién, meditando, hace dieciséis siglos, sobre la aflicción de la lucha contra la herejía, el antiguo ladrón de peras convertido en obispo de Hipona, se halló también, con antelación al problema, ante la encrucijada del Derecho penal clásico y la defensa social: “¿Cuando se trata de castigar o de no castigar, qué dilema!... ¿No ocurre... que castigando al culpable, con frecuencia se le pierde y que dejándolo impune con frecuencia se pierde a otro? Confieso que en estas materias me equivoco todos los días... ¿Ah, cuántas cuestiones ante las cuales hay que temblar y qué tinieblas!” (20).

¡Que las Jornadas que dan comienzo puedan contribuir a dar alguna luz en estas tinieblas seculares!

(20) SAN AGUSTÍN. Carta 95,3-4, *Choix d'écrits spirituels de saint Agustin* (Ed. Gabalda).

REVISTA DE LIBROS

ALTAVILLA, Enrico: "Proceso a los padres". Editorial Mateu, Barcelona, 1967; 208 págs.

Existe entre los penalistas y educadores de nuestro tiempo el tácito acuerdo de señalar a la crisis de la familia como una de las causas que directamente intervienen en la producción del fenómeno de la delincuencia juvenil. Son múltiples las teorías que han tratado últimamente de explicarse el fenómeno: sin embargo, con profundidad y claridad nada se ha escrito aún. Enrico Altavilla nos ofrece en el libro que comentamos una imagen humanísima y real del problema anteriormente aludido. ¿Es la crisis familiar el origen de la delincuencia juvenil? La pregunta es sugestiva, inquieta y, por muchos conceptos, afectiva. El ilustre profesor italiano considera, en efecto, que "es necesario y urgente explorar con amor el pensamiento de nuestros hijos, llegar a lo más recóndito de su alma, captar el alcance y la intensidad de sus sentimientos...". El programa, formulado de este modo, no encierra complejidad alguna, no obstante, Enrico Altavilla mucho antes de penetrar en el tema central del libro, se inclina a analizar cada uno de los errores que en el plano pedagógico, familiar e íntimo con mayor frecuencia cometen los padres. Por otro lado, justo es destacar que, con mayor o menor intensidad, siempre ha existido sobre la vida del hombre momentos en los que la desorientación, la fatiga y la angustia ha hecho acto de presencia. Es preciso, por tanto, que el penalista no olvide que en cada generación histórica siempre ha existido un punto de crisis, bien espiritual bien material.

La vida moderna se ha hecho agitada, excesivamente dinámica y excesivamente intensa; no queda tiempo para ocuparse y preocuparse de las pequeñas cosas y de los problemas de aparente insignificancia, por ejemplo, de los "diminutos" problemas del niño y, en especial, de los más serios del joven. La crisis familiar, en cierto modo, no es crisis de comprensión o de falta de amor, de sacrificio o de interés. La crisis familiar es fruto de la inquietud del hombre ante la infinitud de los problemas materiales que, en todo momento, pueden afectarle. Independientemente de lo hasta aquí expuesto, sabido es que "el hombre es un ser continuamente en crisis. Su avance en la vida supone siempre una escisión, en algo que se acepta y algo que se deja. No es posible vivir sin tal propulsión". Este dilema, pues, se presenta en la vida familiar, en donde, naturalmente, es preciso atender a unos problemas, aparentemente los más graves, y sacrificar la solución de aquellos otros que, como la educación de los hijos; en principio no lleva ni siquiera aparejado el matiz o el estigma de lo problemático.

¿Quién conoce a nuestros hijos? Se pregunta el profesor Altavilla. "Son los hijos de una sociedad en transformación, cuanto más rica, más pobre en tradiciones, y más confusa en sentimientos." A los ojos del penalista la vida rara vez muestra sus rasgos humanitarios, sus cualidades afectivas, su auténtico valor. Para el hombre acostumbrado a observar la existencia a través de la

perspectiva de los preceptos penales es difícil, casi imposible, que alcance a ver un poco más allá de los límites rigurosos, exactos e inimpugnables de los artículos del Código. Por eso, ante los problemas que depara la delincuencia juvenil, se acostumbra a generalizar sin matizar lo más mínimo la expresión "*delincuencia juvenil*", pues, efectivamente, cuando se habla del problema de la juventud, cabe preguntarse —alguien lo ha hecho ya en nuestros días—, ¿cuál es, a estos efectos, la juventud más representativa? ¿Cómo pormenizar y clasificar los datos confusos que nos llegan del exterior, en forma noticiosa e incoherente, con la experiencia personal y la información empírica que se tenga? ¿Acaso es posible aislar el problema de la juventud del contexto general de la sociedad, concretamente, del problema de la infancia y del problema de los adultos?

He aquí, por tanto, los dos extremos entre los que el pensamiento del profesor Altavilla inicia su singladura filosófico-pedagógica. Por un lado, el niño; por el otro, el joven, es decir, dos mundos completamente diferentes que, en cierto modo, sin distinción de lugares y ambientes, constituyen al "*ídolo de los ídolos*" de la familia. En el niño y en el joven se concentran el cariño, la esperanza y la ilusión familiar ante el futuro, de unos y de otros, pues depende, en cierto modo, el auge o la decadencia de la familia de nuestro tiempo, puesto que, en definitiva, creemos que resulta bastante difícil aislar los problemas del niño y del joven de aquellos otros que embargan el ánimo de los adultos. Por eso, recientemente, ha escrito Eduardo Tijeras que "los conceptos de la infancia, juventud y madurez no son absolutos, sino relativos y en continua transformación y correspondencia entre sí. Unos se apoyan en otros, unos sustituyen a otros, y si los primeros se revelan contra los segundos, esto quiere decir que los segundos condicionan o provocan el supuesto problema de los primeros."

En todo caso, no podemos ignorar que existen otras muchas causas que han originado la crisis familiar y, por ende, han provocado el fenómeno de la delincuencia juvenil, pues, naturalmente, se peca por exceso y por defecto. El profesor Altavilla no duda en señalar en las páginas de su libro que "perdido el viejo equilibrio, abierto el "cálido nido" a todas las corrientes, la familia se encuentra en crisis, debatiéndose entre el respeto por los valores tradicionales y la idolatría de aquellos nacidos en la nueva civilización del bienestar, cuyas transformaciones tan rápidamente inducen a algunos padres a sentirse como eclipsados en cuanto a sus hijos. Nos referimos a esos padres que no tienen valor para transmitir a sus pequeños los conceptos que inspiraron su propia vida." Por cuanto antecede, resulta fácil comprobar que, en nuestro tiempo, el niño empieza a ser tratado de manera más "*democrática*" y se tiene mucho más en consideración sus deseos que en épocas precedentes. Pero, se pregunta el autor, ¿cuántas veces en esta actitud no se encierra el egoísmo de los adultos y su remolona renuncia a educar a los hijos?

A nadie, pues, puede sorprender que la clave del problema al que nos venimos refiriendo no sea otra que el eterno conflicto entre las generaciones que se suceden. No en vano toda sucesión es difícil, insoslayable e íntimamente unida. a determinados aspectos de la antropología del ser que, por supuesto, o han sido estudiados superficialmente o, por el contrario, nadie se ha preocupado de sondear en los mismos, puesto que un elevado tanto por ciento de los conflictos

del joven responden, ha escrito Eduardo Tijeras, a su naturaleza de ser humano, es decir, a su constante biológica e histórica. Puede, por consiguiente, afirmarse que en la crisis familiar y social contemporánea se tiene la impresión de haber tocado un punto más hondo que en anteriores crisis históricas. "Incluso, puntualiza el profesor López Ibor, parece que en crisis históricas pasadas existía, más que un sentimiento de temor por el decaimiento y destrucción de los valores entonces vigente, una alegría por la aurora de otros nuevos. Eran crisis cargadas de esperanza. La característica esencial de la crisis presente consiste, precisamente, en la ausencia de esperanza. No se ve por ninguna parte apuntar valores nuevos, dibujarse una nueva imagen del hombre. La literatura actual, en lo que tiene de más específico como expresión del modo de sentir del hombre contemporáneo, es una literatura nihilista. Pocas veces, quizá nunca, en el curso de la historia, se ha logrado una expresión más profunda y más poética al mismo tiempo del proceso de desintegración de la personalidad humana. También el arte nuevo es fundamentalmente desintegrado. Lo que todavía no aparece es una imagen nueva del hombre, y éste es el problema más angustioso y desesperanzador que invade la conciencia del hombre contemporáneo. Y, sin embargo, la crisis ha de tener una salida. Quizá una de las dificultades para encontrarla es la incapacidad para tomar, en el plano intelectual, actitudes heroicas."

Según el profesor Altavilla, la crisis de la familia tiene una solución inmediata y sencilla, a saber: el mantener por encima de todo la vocación de ser "madre" y la vocación de ser "padre"; oficio, por otra parte, no exento de dificultades, supuesto que, tanto la "madre" como el "padre", han de procurar especialmente dar a la vida de sus hijos un sentido, pues sabido es que "la vida inexorablemente necesita tener un sentido". Hoy en día, el sentido de la vida, como ha escrito un destacado psicólogo, se monta sobre su trama de significaciones. La sexualidad ha perdido su capacidad de conceder sentido a la vida precisamente porque se ha depreciado. El ser humano es paradójico. Lo que no supone esfuerzo es desvalorizado. A nadie extraña, pues, que el hombre se pase la vida tratando de entenderse a sí mismo y a los que le rodean. De aquí que la educación del niño o del joven sea la tarea fundamental del matrimonio, esto es, tratar de evitar por todos los medios posibles que, ante la sociedad, adopte esa máscara de hipocresía, falsedad e inautenticidad cuyo uso frecuentemente aconseja la propia insinceridad, hipocresía y falsedad de la sociedad.

No pretende el profesor Altavilla que se eduque al niño y al joven de una manera tan científica o técnica que la inconstancia, la irresponsabilidad y la falta de personalidad sean sus características principales, por el contrario, en *Proceso a los padres*, el autor lucha por evitar que las sucesivas generaciones sean semejantes al fruto artificioso, exquisito y perfecto como los tulipanes de un invernadero.

Hay que desterrar, desde luego, la imagen que la juventud europea nos ofrece en estos momentos; una juventud escéptica, realista, inclinada a lo concreto, positivo y privado, utilitario, funcional y técnico, es decir, una juventud despersonalizada y deshumanizada en cuya formación intervino una generación de padres angustiados, pues, efectivamente, "vivir en una atmósfera angustiada es absorber angustia. Unos padres angustiados e inseguros pueden contribuir a

la inseguridad de sus hijos. Incluso llegar a ser motivo de inhibiciones intelectuales, de retrasos en el desarrollo y de dificultades escolares”.

Ciertamente, hay que procurar ser realistas, aunque sin excesos, pues por falta de idealismo el proceso actual de la juventud contemporánea es un proceso de desengaño. Naturalmente, conviene puntualizar que no toda la culpa de lo que acontece a la juventud contemporánea procede de la falta de orientación y cuidado de los padres. En defensa, por tanto, de este “proceso” incoado a los padres por el profesor Altavilla, es necesario decir que existen exteriormente al ambiente familiar otros muchos estímulos que condicionan la marcha ascendente o descendente de la infancia y de la juventud. Así, por ejemplo, volviendo a la ideología del profesor López Ibor, podemos afirmar que el “hombre busca en su realización el camino entre su animalidad y su espiritualidad. Las frustraciones de por sí no son malas, incluso diría que son necesarias para que el “yo” se edifique. La delicuescencia de la vida instintiva necesita tomar forma. Los instintos no son inmodificables. Frente a ellos se establecen los llamados mecanismos de defensa para tratar de integrarlos al “yo”. Recientemente admiten algunos autores la posibilidad de existencia de algunos prototipos defensivos fisiológicos anclados en el hombre, aunque haya otros que se establezcan por la influencia del medio. Es decir, se viene al mundo con una determinada configuración personal independientemente de que ésta se enriquezca o se empobrezca en el curso de la vida. No todo viene, pues, de fuera. No todo es psicogenia, aunque todo sea desarrollo de la personalidad.”

Por consiguiente, no fracasa el hombre de pronto, por el contrario, se fracasa paulatinamente, es decir, se fracasa creciendo y en contacto con el mundo. Sin embargo, si preexiste en el hombre el recuerdo de la familia, de la educación y de las ideas recibidas de sus padres, efectivamente, “el joven no será un desarraigado. Donde vaya, le acompañará esa huella que dejó en su formación la estructura familiar a la que perteneció.” Se requiere, por ello, y tenemos necesidad para las futuras generaciones, de padres más comprensivos y menos egoistas, que se den cuenta de las necesidades, no sólo físicas, de sus hijos. Son precisos padres, escribe el profesor Altavilla, que sientan la responsabilidad de haber dado a la vida un nuevo ser y experimenten la dicha de prepararle para la vida, moldeándole con paciencia y amor.

En definitiva, hay que adelantarnos a la confidencia, tratando de adivinar lo que piensan de nosotros y del mundo que les ofrecemos.

Este libro, entre otras cosas, nos sitúa ante la idea de revisar si el comportamiento delictivo del adolescente, comportamiento cuya observación es muy interesante para el penalista, se debe a la crisis de la educación familiar o, por el contrario, al tedio y a la desconfianza que, ante el futuro, inunda el corazón de la joven generación actual.

JOSÉ MARÍA NIN CARDONA

BARBERO, Marino: “El suicidio”. Madrid, 1966 (cuadernos Taurus); 60 páginas.

A la problemática y valoración del suicidio dedica el catedrático de Derecho penal en la Universidad de Murcia un opúsculo de no muchas páginas, pero de

pensamiento condensado, documentación suficiente, sobriedad de estilo y moral alocucionadora. "El suicidio —nos dice— es uno de los cuatro o cinco problemas intrincados y graves, en crecimiento, del mundo contemporáneo."

Los estudios publicados sobre el mismo —añade— acostumbran a ser ricos en tablas estadísticas, pero notablemente incompletos porque la cifra negra de los consumados o intentados es muy elevada. Especialmente no suelen registrarse las tentativas. Se ocultaron en tiempos pretéritos porque se castigaba no sólo el frustrado, sino también a los familiares del muerto y al cadáver, privado de sepultura y, a veces, arrastrado. En Inglaterra no han dejado de ser punibles las tentativas de suicidio hasta 1961. Todavía se disimulan por los familiares para evitar la reprobación social, o por las autoridades, que ocultan la noticia incitadora a la imitación.

La segunda cuestión planteada por Barbero es si el suicidio es siempre acto de un enajenado. Contra la opinión afirmativa de la mayor parte de los españoles que han tratado del tema, el autor del libro reseñado se pronuncia rotundamente en contra. Cita en apoyo de su opinión algunos textos de literatos y algún caso particular. En efecto, creo que muchos suicidas no son psicóticos —y a éstos parece reducirse el término vulgar "enajenados"—, pero si lo sustituimos por el de anormales o psicópatas, la cosa varía. El amor a la vida se asienta en un instinto que tienen todas las personas normales, incluso en situaciones dolorosas y afflictivas, por lo que salvo, quizá, en algún caso de necesidad extrema, el vencimiento de aquel instinto natural sólo se concibe en personalidades anormales, aunque la anomalía de su carácter no sea muy notoria.

No deja de considerar Barbero la complejidad de los factores que llevan al suicidio y determinan sus varias especies: suicidio de balance, suicidio de cortocircuito, suicidios teatrales. También nos informa de las curiosas, pero extrañas, para los que somos legos en estas materias, interpretaciones psicoanalíticas. Después se dedica gran parte de este pequeño e interesante libro a los factores individuales y sociales de diverso orden: sexo, edad y estado civil, estación y día de la semana, confesión religiosa, circunstancias socioeconómicas; imitación o contagio. Las cifras estadísticas, distribuidas por países, son alarmantes en alguna nación, como Alemania, donde se ofrecen en alza, y tranquilizadoras en España.

Finalmente, se aborda la perspectiva social y religiosa del problema. Aquí alude al hecho heroico de Eloy Gonzalo y a los suicidios de los generales alemanes, obligados por la amenaza de llevarlos a la horca y tomar venganza sobre sus familiares. Termina este sucinto y bien escrito opúsculo sintetizando que el suicidio directo es siempre ilícito moralmente. El indirecto puede admitirse cuando hay una razón capaz de justificarlo. La última conclusión es la "dificultad de juzgar moralmente en el caso concreto la culpabilidad subjetiva y personal de determinado suicida".

JOSÉ ANTÓN ONECA

BETTIOL, Giuseppe. Prof.: "O problema penal". Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra Editora, Lda. Coimbra (1967), 1 vol.; 284 págs.

Aunque la obra del profesor Bettiol no necesita ya ser presentada a nuestros lectores, bien merece la noticia esta cuidada traducción portuguesa de la segunda edición italiana, corregida y aumentada, que ha hecho el magistrado del Supremo Tribunal portugués doctor Miranda.

El libro, cual recuerda el autor en su prefacio, es fruto de un curso de filosofía del derecho profesado "en los tempestuosos meses del invierno de 1944-45 en la Universidad de Trieste, cuando... aumentaba en las proximidades la presión eslava y los alemanes todavía dominaban la ciudad".

Si así se sitúa en el tiempo, puede añadirse que la doctrina o la crítica le testimoniaron la mejor acogida, al igual que el público, cual denota la variedad de ediciones y traducciones.

La primera parte está consagrada al Derecho penal en relación con la filosofía, la política, las ciencias naturales y las ciencias jurídicas.

En la segunda trata de los problemas de la acción, de la culpabilidad y de la pena, terminando con el voto de que el Derecho penal del mañana deje de proyectar la sombra de la horca o de la guillotina y disuelva los pelotones de ejecución, después de negar todo buen fundamento a la pena de muerte: "el Estado —dice— tiene a su alcance medios bien diferentes y perfectamente adecuados para reprimir o prevenir el crimen; si no los posee no es un Estado, sino una caricatura de Estado, y bueno es que desaparezca."

Esta edición se enriquece con unos apéndices (algunos escogidos por el autor sólo para la edición portuguesa) dedicados al "Derecho penal socialista", orientaciones metódicas en la ciencia del Derecho penal, del Derecho penal al Derecho premial, la Nueva Defensa Social desde un punto de vista católico y el mito de la reeducación.

Con todo el respeto que la autorizada opinión del profesor Bettiol nos merece, no sería sincera nuestra crítica sin expresar la que sugiere el estudio sobre la Nueva Defensa Social, que conoce sin duda el lector de lengua española por tratarse del merecido homenaje al Padre Pereda, profesor de Deusto recientemente fallecido. Y es que en este estudio, a fuerza de generalizar, creemos que se deforma un tanto el ideal progresivo y humanista de la Defensa Social nueva y de sus más caracterizados valedores, personas de solvencia científica indudable y de valía que reconoce el propio Bettiol. Los hemos conocido de cerca, hemos compartido trabajos e ideales comunes desde el Congreso de Lieja en 1949 hasta el de Lecce (Italia) en 1967, pasando por Amberes, Caracas o San Marino, nos ha preocupado el respeto de los dogmas del Estado de Derecho por la justicia criminal del porvenir, cual a Marc Ancel o a Graven, salvando siempre las distancias y no creemos pueda, sin más, catalogarse como "doctrina penal que no consigue crear un válido sistema de garantías de la libertad individual, no alcanza su fin y se vuelve un instrumento de prevaricación". Precisamente la nueva Defensa Social se alzó siempre contra todo ataque a fundamentales libertades humanas en clásicos y superados en parte sistemas represivos. Una vez más, de generalización en generalización, se acaba confun-

diendo el pasado con el futuro, sin distinguir, cual se hizo en el Congreso Interamericano de Caracas, lo que puede postularse y es válido para el presente, y lo que lo será para un futuro si los ideales de Defensa Social siguen difundándose y llevándose paulatinamente a la realidad.

PASCUAL MENEU

CAMAÑO ROSA, Antonio: "Legítima defensa". Montevideo, 1967. 2.^a edición; 96 págs.

Sería difícil enumerar las obras que de este fecundo expositor e investigador Uruguayo se ha dado noticia en este Anuario (T. VIII, F. III, T. I, F. I, T. 4, F. 2, T. XIV, F. II, etc.). de esta misma materia formando un fascículo publicado en 1958 en extraño maridaje con alevosía, se dio noticia en el F. III, T. XI, en una excelente recensión de Camargo Hernández.

Este, dedicado sólo a la legítima defensa, es una segunda edición de lo referente a esta materia en la que sin variar las tesis se va completando su contenido por medio de adiciones, que por no variar la sistemática se enumeran como bis en los epígrafes y que se deben a un confesado y realizado deseo de colacionar lo más reciente de Jiménez Asúa expuesto en los tomos IV y VI de su Derecho penal.

Con estos datos y el recuerdo y recomendación de acudir a la recensión referida, queda cumplida la misión del recensionista actual de decir al público español una loable y lograda insistencia sobre el tema por este autor tan conocido por nosotros.

DOMINGO TERUEL CARRALERO

CANO MATA, Antonio: "El Juez de ejecución de penas". Madrid, 1967.

Sabido es que la institución del Juez de Ejecución de Penas fundamenta la realidad penitenciaria en Europa occidental y continental y en algunos países de Iberoamérica. En España aún estamos en un período de divulgación y proyección que cree el "clima" en que la institución se adapte. No es de extrañar por tanto que el recensionista, que dedicó a esta tarea viajes y trabajos reciba alborozado la aparición de este trabajo con el que un joven, y se ve, preparado e ilusionado colega, da su aportación a esta obra de la que es de esperar nada menos que la rehabilitación de la pena de cuya eficacia hoy se duda, hay que reconocer que fundadamente.

Tras esta impulsiva, y creo que disculpable explosión, el intento ha de tender a dar una noticia del trabajo lo más objetivizada y desapasionada posible: para ello diremos que la primera cuestión que se plantea el autor es la de la substantividad dogmática y filosófica del derecho penitenciario, su mejor denominación, su naturaleza jurídica y el problema de sus fuentes (Cap. I); después del aspecto histórico y actual de las penas privativas de libertad, pro-

blema en el que toma posición al declararse partidario de que continúen existiendo, aunque condicionadas en su imposición y ejecución a diversos factores que enumera (Cap. II), puede decirse que prelude la entrada en materia el estudiar los principios de individualización legal, judicial y administrativa (Capítulo III).

Entra plenamente en ella al abordar razones lógico-jurídicas en pro de la intervención judicial ejecucional, que son: el ser contraria a las normas habituales de la conducta humana la falta de esta intervención; la necesidad de dirección única frente al delito y al delincuente; el principio de la juricidad de las penas, y la consideración de ser el Juez de Ejecución de Penas órgano de superación en los sistemas de Jurado. Continúa con la consideración de la participación judicial ejecucional a través de la historia, la doctrina y la legislación comparada, en dos capítulos (IV y V) que creo son el meollo y lo mejor del trabajo.

Sólo queda, después, la consideración de dos cuestiones, que son obligadas en esta clase de trabajo: la del problema en España (Cap. VI) y la proposición de soluciones para nuestro país (Cap. VII); los dos, sobre todo el primero en la exposición de la posición actual de los autores ante el problema, están magistralmente tratados.

Creo que con lo expuesto se justifica la alegría por la aparición de la obra, que sería de desear fuese la base de otra más amplia, o al menos se publicase entera la tesis doctoral de la que se dice sólo es una síntesis.

D. T. C.

DABIN, Jean: "Le jury face au droit penal moderne". Travaux de la troisième Journée d'études juridiques. E. Bruylant, S. A., Bruxelles, 1967.

Conocido es el interés de las jornadas de estudios jurídicos Jean Dabin, organizadas por la Universidad Católica de Lovaina y cuyos trabajos se editan en la colección "Biblioteca de la Facultad de Derecho".

Las del año 1967 fueron dedicadas a *el Jurado ante el Derecho penal moderno*, y tuvieron el acierto de reunir, con sus colegas belgas, a bien conocidos juristas extranjeros. Sus solos nombres, junto a los aspectos del tema general que habían de exponer, nos movieron a aceptar deferente invitación y participar en las jornadas, haciendo breve exposición sobre su funcionamiento en España, hasta que por Decreto de 8 de septiembre de 1936, tras interesante preámbulo, "se suspende el funcionamiento del jurado en todo el territorio nacional sometido a la jurisdicción de ésta y en el que en lo sucesivo se someta...".

Y el lector podrá comprobar, en vista de estas actas, ahora publicadas, que se encuentra ante una obra insustituible para el estudio actual de tan importantísima institución.

Bajo la presidencia efectiva del Decano honorario prof. J. Dabin, cuyo nombre tomaron y honran las jornadas, en la introducción inaugural el Decano Paul de Visscher subrayó la importancia de estos debates sobre el jurado *actual* para el *progreso de las ciencias penales*, y para presentar un *dossier objetivo* a las

Cámaras belgas cuando tratan de revisar el artículo 98 de la constitución belga, que determina su competencia.

Tras la ponencia del profesor Bondue, presidente de la escuela de Criminología y Fiscal, la de su colega Raymond Charles trata del jurado en Bélgica desde su restablecimiento en 1831, en relación con el necesario examen de la personalidad del delincuente y la individualización judicial, concluyendo que "prisionero de la ideología que le vio nacer, el jurado no puede adaptarse a las nuevas exigencias de la política criminal sino destruyéndose... no es conciliable con una política criminal, cuya característica es la investigación cada vez más científica de la individualización de la sentencia con miras a obtener la mejor prevención social, fruto de la adaptación de la medida impuesta a la personalidad del acusado para favorecer su enmienda y preparar su reinserción social".

El magistrado del Tribunal de Casación, P. E. Trousse, trata en su ponencia general de la justificación del tema de las jornadas y de la evolución de la ley y de la opinión sobre el jurado en Bélgica, cuya ausencia fue en otro tiempo "dolorosamente sentida", y donde el movimiento hostil de finales del XX en otros países, no quebrantó la confianza de criminalistas y publicistas belgas en el jurado. Estudia especialmente la doctrina después de la segunda guerra y los trabajos de la Unión Belga de Derecho penal en favor de la institución con Vanderveeren y el fiscal general Leon Cornil, sosteniendo que "todo el mundo parece satisfecho del Jurado tal como funciona en Bélgica desde 1919". Pero en sus conclusiones, Trousse se inclina por la constitución de un cuerpo de magistrado penales especializados, por las exigencias de la evolución de las ciencias del hombre en general y del criminal en particular, dando preferencia a estas razones científicas sobre las políticas —hoy, en Bélgica, superadas— que determinaron la institución del jurado.

Especial atención merece la siguiente ponencia del ex rector de la Universidad de Ginebra y presidente de la Asociación Internacional de Derecho penal, presidente del tribunal de Casación de Ginebra, Jean Graven, autor de publicaciones tan relevantes cual la "Introducción a un enjuiciamiento criminal racional de prevención y defensa sociales" (que tuvimos la fortuna de traducir para la revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1954) y "Le jury et les tribunaux d'echevins en Suisse" (Actes de la Société Suisse de juristes, Bale, 1938).

Graven, tras afirmar que "el procedimiento actual y las instituciones que le sirven de base, tomadas del antiguo régimen y del derecho inquisitorial tienen un retraso de más de cien años, de las concepciones y necesidades contemporáneas" se refiere al sistema de escabinos y asesores que va sustituyendo en algún país al jurado, ve en la magistratura verdaderamente especializada la solución para el porvenir, para lograr un profundo conocimiento del hombre, de "la personalidad del delincuente en profundo conocimiento del hombre", de "la personalidad del delincuente en sus fundamentos biológicos y psicológicos", como dijo con el título de la obra que en 1954 el rector de la Universidad Católica de Milán, Padre Gemelli.

Graven concluyó categórico: "... estamos convencidos, con el profesor ginebrino Gautier, de que para hacer una buena justicia aún no se ha inventado

nada mejor que un buen juez." La innovación la estima audaz, pero necesaria e ineluctable en el porvenir, tanta veces esbozado por este entusiasta de la nueva Defensa Social.

El profesor de París, Robert Vouin, trató del destino de la institución en Francia, afirmando en su ponencia e intervención que en tanto el Derecho penal francés conserve la noción de pena, no debe ser abandonado o suprimido el Jurado.

"En tanto que..." El lector apreciará, y nos permitimos destacarlo en brevísima intervención, cómo unas conclusiones universales no podrían sentarse nunca, imponiéndose distinciones de tiempo y lugar, de sistemas penales o constitucionales, sociales o políticos, cuando en algún país se estiman superadas hace un siglo circunstancias que otros están atravesando, y son las que movieron a la institución del Jurado, considerado por el Decano Emérito de Harvard, profesor Roscoe Pound, en su ya famosa obra, entre las garantías constitucionales de la Libertad.

A esto se refería también la ponencia del profesor Hans Heinrich Jescheck al afirmar que el jurado tiene una posición particular en Inglaterra y Estados Unidos, en cuyo sistema el jurado tiene una función procesal propia que no podría ser asumida por nadie de otra forma. Pero, por lo que a la actual República Federal Alemana se refiere, y en unas consideraciones de Derecho comparado, esta institución pertenece al pasado, a la gran época de la Europa continental, dice Jescheck; entiende que la experiencia alemana del escabinato no ha sido mala y garantiza la participación del pueblo en la administración de justicia penal, contrapesa la burocratización de la justicia y aporta a las deliberaciones argumentos dignos de consideración, si el presidente sabe manejar bien el sistema. Cree que en Europa hoy los jueces de carrera son independientes frente al Gobierno y a veces más independientes que el jurado frente a la opinión pública.

Tras las ponencias, encontramos publicadas intervenciones en los debates de los señores Cornil, Legros, De Cant, Fettweis, S. C. Versele, Dautricourt, Delclerck y Graven. Imposible seguir las con detalle en esta breve reseña, pero aún emociona recordar el calor con que magistrados y fiscales se pronunciaron por el mantenimiento del jurado en los sistemas actuales, "en tanto que se conserve la noción de pena", recordando cómo el que fue admirado tratadista y presidente del Tribunal de Poitiers gritaba NO, NO y NO a la supresión del jurado, negativa avalada con la ciencia y experiencia, la de Francois Gorphe. Porque, por ejemplo, el magistrado Legros defendió con irrefutables argumentos, *hic et nunc*, la pervivencia de la institución en el estado actual del procedimiento y de la justicia penal.

El juez Versele, de Bruselas, también en nombre de la Liga de Derechos del Hombre, afirmó que el jurado debe mantenerse, también especialmente, en materia de delitos de opinión y de prensa, opinión esta del director de la Revista (belga) de Derecho Penal y Criminología que mereció muchas y autorizadas adhesiones.

Por vía de apéndice, este libro publica una síntesis de los trabajos del seminario de Derecho penal de la Universidad de Lovaina (1966-67) sobre "El jurado, los delitos políticos y la prensa". También varias comunicaciones o documentó

sobre la supresión o funciones del jurado en Alemania federal, Inglaterra, Francia, Luxemburgo, Italia y Holanda, de que son autores profesores o abogados, jueces o fiscales, como los señores Lange, Aarvold, Floriot, Huss, Restivo, Galli, Langemeyer y Pompe. La síntesis de los trabajos del seminario se nos olvidaba decir que estuvo a cargo de Fr. Bernard-Tulkens.

Podrán compartirse o no algunas opiniones, pero lo cierto es que nos encontramos ante una clave para el estudio de la institución del jurado en nuestros días.

P. M.

LARDIZABAL, Manuel de: "Discurso sobre las penas". Estudio preliminar de José Antón Oneca. Madrid, 1967 (separata de la "Revista de Estudios Penitenciarios"); 157 págs.

En una nota explicativa, nos informe don Francisco Bueno Arús, director de la *Revista de Estudios penitenciarios*, del propósito que le ha guiado a ofrecer a los especialistas reediciones de obras clásicas de difícil o imposible acceso, iniciando esta colección con el famoso libro de don Manuel de Lardizabal. La reproducción se ha hecho sobre un ejemplar de la edición de 1782. Existía una segunda edición de 1828, y una tercera de 1916, incluida por don Rafael Salillas en la "Biblioteca criminológica y penitenciaria". Agotada ésta, que debió ser corta, el pequeño volumen, inicial de la ciencia penal española contemporánea, se había hecho raro y faltaba incluso en bibliotecas especializadas. Por lo cual debemos gratitud al señor Bueno Arús, que como director delegado de la revista citada, ha tenido importantes iniciativas.

El Estudio preliminar, de Antón Oneca, se titula "El Derecho penal de la Ilustración y don Manuel de Lardizabal". Consta de tres partes: En la primera nos habla de las doctrinas españolas en el siglo XVIII (Sarmiento, Feijoo y otros); de la legislación, haciendo particularmente hincapié en el oficio real dirigido por el ministro don Manuel de la Roda en 1776 al Consejo de Castilla, en que se trata de la penalidad de los hurtos, del problema de la pena de muerte, "que se va ya desterrando en algunos pueblos cultos", y de "la formación de un Código criminal en que se recopilen todas las leyes penales". También invita a reflexionar sobre el tormento. La segunda se dedica a la biografía de don Manuel de Lardizabal, cuya personalidad estuvo durante largo tiempo absorbida en dos organismos: el Consejo de Castilla y la Real Academia de la Lengua, siendo consejero y fiscal del primero y secretario de la segunda. Sobre tan interesante personaje han sido publicados recientemente, por dos españoles residentes en Hispanoamérica, sendos libros, dignos del mayor aprecio, sin duda; pero Antón Oneca se ocupa de disipar la sospecha de afrancesamiento resultante de la publicación de Rivacoba (1), en contraste con afirmaciones de Blasco (2).

Don Manuel de Lardizabal siguió la conducta del Consejo de Castilla del que formaba parte: asistió a las Cortes de Bayona como uno de los representantes

(1) RIVACOBA: *Lardizabal, un penalista ilustrado*. Santa Fe, 1964, p. 26.

(2) BLASCO: *Lardizabal, El primer penalista de América española*. México, 1959, p. 30.

del citado organismo, que, con reservas e incluso ironías (al decir de Dedevises de Dezert), se vio forzado a colaborar con Murat en un primer momento, pero luego se unió al movimiento libertador. Don Manuel de Lardizabal formó parte de la Junta de defensa de Madrid cuando Napoleón atacó a la capital de España, y luego escapó a Sevilla, donde formó parte de los "Consejos reunidos", y si bien en Cádiz estuvo procesado por disposición de las Cortes (sospechoso, como su hermano Miguel, de oposición al régimen constitucional), fue absuelto. Fernando VII le repuso en sus cargos y, ya muy anciano, formó parte, en 1820, de la Junta provisional que, al triunfar el movimiento de Riego, había de autorizar todos los acuerdos del monarca hasta la reunión de las Cortes. En la tercera parte se ocupa Antón Oneca del Discurso sobre las penas, subrayando la erudición de Lardizabal en autores clásicos y modernos, sus analogías y diferencias con Beccaria.

En el prólogo de su obra pondera Lardizabal la importancia de las leyes penales y las dificultades para el legislador "en una empresa tan ardua como sublime". Los extractos que le fueron encargados de las leyes criminales (por la iniciativa de la citada disposición del ministro La Roda) y la lectura de varias de las obras que "una fermentación general en Europa" habían producido, le condujo a exponer "aquellos principios y máximas generales que, pudiendo servir para la reforma, sean al mismo tiempo adaptables a nuestras costumbres y a la constitución de nuestro Gobierno". Al prólogo sigue una introducción de carácter histórico, donde señala la relación de la legislación con el carácter de los pueblos en las distintas épocas.

El capítulo primero está dedicado a la naturaleza de las penas, su origen y la facultad de establecerlas y regularlas. Como es lugar común en los tiempos de la Ilustración, Lardizabal ve su origen en el abandono voluntario de una parte de la libertad por los hombres al unirse en sociedad, pero la facultad de establecer y regular las penas es derecho inmanente de la Magestad, dimanante de Dios; afirmación apoyada en textos de San Pablo y refutaciones contra Rousseau. El capítulo II trata largamente "de las cualidades y circunstancias que deben concurrir en las penas para ser útiles y convenientes", en el cual, fundándose principalmente en Montesquieu, el autor español defiende la legalidad de las penas, sacadas de la naturaleza particular de cada delito, la proporcionalidad entre aquéllas y éstos, la prontitud y moderación de las mismas como más eficaces que las crueles. El capítulo tercero es quizá el más interesante, porque al tratar de los fines de la pena sostiene como general "la salud de la república", pero añade los particulares subordinados a él, entre los cuales figura en primer término la corrección del delincuente: "la enmienda del delincuente es un objeto tan importante que jamás debe perderlo de vista el legislador". El capítulo IV, de gran extensión, se ocupa "De la verdadera medida y cuantidad de las penas y de los delitos".

El V lleva por título "De los diversos géneros que hay de penas y de cuáles puede usarse o no con utilidad y conveniencia de la república". Encuentra el origen de la pena del talión en el vehemente deseo de venganza. "Por eso el supremo legislador, conociendo la violenta inclinación de los judíos a vengar sus injurias, así como por su dureza y obstinación, tuvo ciertas indulgencias con ellos en algunas leyes y les dio también la del talión para moderar de algún

modo y poner límites a sus venganzas. Este precepto —dice San Agustín— no es fomento, sino término del furor.” Sobre la pena capital —como historiador que era Lardizabal—, se basa en el argumento histórico: “En todos tiempos y naciones cultas y bárbaras se ha usado de la pena capital.” “Es necesario confesar, sin embargo, que en todos tiempos y naciones se ha abusado de esta gravísima pena, ya imponiéndola con profusión, ya ejecutándola con crueldad.” Se opone al conocido dictamen de Beccaria, a quien se tiene por iniciador de la campaña abolicionista. El argumento de éste, fundado en el contrato social, falla desde el momento en que el marqués milanés la admite en dos casos, como subraya Lardizabal. (En su estudio preliminar, hace constar Antón Oneca que el P. Sarmiento deseaba la abolición de la pena de muerte para toda clase de delitos y crímenes.) Entre las penas corporales, censura con energía Lardizabal las mutilaciones, y también es enemigo de los azotes “si no hay mucha prudencia y discernimiento para imponerla”. Lo más significativo y elogiable del Discurso en lo relativo a las penas es, sin duda, lo tocante a los presidios y arsenales, así como a la cárcel. Su vocación penitenciaria, unida a la proclamación del fin de la enmienda, destaca la figura del gran jurisconsulto e historiador mejicano español sobre los demás reformadores de la Ilustración que abordaron el tema penal.

Como VI clase de pena corporal considera el tormento, simple prueba en su aspecto procesal, pero verdadera pena anticipada, quizá al inocente, por lo cual los contrarios a ella la trataban como pena. Lardizabal interviene en la disputa que frente a Acevedo y a Sempere, como enemigos, tenía el canónigo Castro por principal mantenedor. Los argumentos adversos estaban ya repetidos, pero el texto de Lardizabal, por su elocuencia y exactitud, constituye una apretada síntesis con gran eficacia persuasiva, como una sentencia definitiva del viejo pleito.

La prosa del que fue secretario de la Academia Española es excelente. Su actitud ante los problemas suscitados en aquel ambiente de preparación para la reforma de las instituciones penales, es distinta de la afectada y retórica de otros escritores iluminados, como Beccaria y sus seguidores. El cargo de magistrado, su amor de historiador hacia las leyes patrias por él estudiadas y aplicadas, parecen colocarlo en un puesto intermedio entre el Derecho penal del antiguo régimen y el que, impulsado por la revolución, estaba al llegar, aunque en nuestro país vino con bastante retraso.

VICENTE FERRÁNDIZ

MARTINEZ DIEZ, S. J., Gonzalo: “La tortura judicial en la legislación histórica española”. Separata del “Anuario de Historia del Derecho español”. Madrid 1962; 67 págs.

El trabajo, en el fascículo anterior reseñado, de Tomás Valiente, versa sobre las últimas etapas de la tortura; el del P. Martínez Díez abarca toda la historia española de la misma. El primero se atiene preferentemente a los escritos de los juristas, el segundo, a las legislaciones. Ambos se complementan y nos permiten conocer una de las instituciones más sombrías de la Justicia criminal,

que nos pesa tener tan próxima y a cuyas supervivencias ilegales no dejan de aludir ninguno de los dos autores.

En nuestra legislación se pueden distinguir dos períodos, separados por cinco siglos de supresión en la Reconquista.

El primero comprende desde la penetración del Derecho romano en España hasta el derrumbamiento de la monarquía visigoda. En los primeros tiempos de la República romana sólo era torturado el esclavo. En la compilación justiniana, por el contrario, incluso los senadores eran torturados cuando se perseguía el crimen de lesa maiestatis. El P. Martínez trata con detención las 21 Constituciones imperiales recogidas en el *Codex Theodosianus* que mencionan o regulan la tortura, y, a continuación, las seleccionadas que encuentran cabida en el *Breviario de Alarico*.

Los invasores germánicos aportaron una nueva concepción sobre la función social de la Justicia, fundada en una autonomía personal más amplia de los hombres libres frente al poder del Estado. El delito era ante todo una ofensa personal, y el proceso, una relación social teñida de carácter privado. Por eso la tortura del hombre libre como instrumento de la autoridad para arrancar una prueba estaba muy lejos de las mentes germánicas. Más tarde la influencia romana sobre los pueblos asentados en los territorios del Imperio se hace notoria. Así el *Liber Iudiciorum* tiene no menos de 13 leyes que abordan el problema de la tortura judicial. Fue Chindasvinto quien con amplitud y originalidad legisló sobre el tema realizando un gran progreso en las garantías limitadoras. Ervigio retocó y reformó las leyes de Chindasvinto en un sentido todavía más restrictivo.

El Derecho popular y consuetudinario de la Alta Edad Media castellana ignora por completo la tortura. Su reaparición es obra del Derecho culto y romanizante de Alfonso X. El P. Martínez estudia cumplidamente sus manifestaciones en 'El Espéculo, las Leyes de los Adelantados menores, las Leyes del Estilo y las Siete Partidas; en otras normas legales castellanas de los siglos XIV al XVII, y también en las prácticas judiciales, que, de acuerdo con aquéllas e inspirándose en el Derecho común, habían ido creando un estilo con frecuencia invocado por los mismos jueces aun contra los privilegios de los hidalgos.

El autor no se limita al Derecho castellano, sino que, de conformidad con el título de su artículo, recorre todo el panorama español. En el Derecho aragonés no se admitió la tortura, "por este su marcado carácter tradicional y resistencia a cualquier elemento extraño no fácilmente asimilable". Pero sí aparece y son consideradas sus modalidades en las Ordenanzas guipuzcoanas y alavesas, en el Derecho vizcaíno, el valenciano, el navarro, el catalán y el mallorquín.

La última parte de tan erudita aportación está dedicada a los momentos abolicionistas. Son expuestos los debates en las Cortes de Cádiz y es transcrita la Real Cédula de Fernando VII en 1814, con alusión, al tratar de ésta, a una curiosa reclamación de las Cortes de Navarra por haberse dado aquella disposición sin contar con ellas, pero solicitando al mismo tiempo la misma ley. No trataban, pues, de conservar el tormento, sino de mantener los Fueros.

Al comienzo del artículo se declara que "las legislaciones modernas todas cubren con un velo abolicionista una triste realidad, que, con mayor o menor frecuencia, se repite en algunas actuaciones o interrogatorios prejudiciales en

todas las épocas y en todas las latitudes del globo". Las normas antiguas, "si bien legalizaban, por así decirlo, la tortura judicial, constituían al mismo tiempo una serie de valiosas garantías tendentes a eliminar lo arbitrario y caprichoso en su aplicación".

En verdad, aquellas normas tenían la crueldad suficiente para destacar el objetivo utilitario sobre el garantizador, y, además, en aquellos tiempos de amplio arbitrio judicial, debían ser frecuentemente extravasadas, a juzgar por los escritos de los jurisconsultos y las reclamaciones de las Cortes. Pero tenían una base lógica en el sistema procesal de la prueba tasada, el privilegio de la confesión y la incertidumbre de los indicios. Actualmente, soberanos los tribunales en la apreciación conjunta de las pruebas y figurando en principalísimo lugar la de indicios, recogidos con las modernas técnicas criminalísticas y consiguiéndose por medio de ellos averiguaciones exactas muchas veces, la tortura no solamente ha pasado del campo de la legalidad al del crimen, sino que, careciendo de todo fundamento racional, no tiene otras motivaciones que las inhumanas de abreviar la instrucción o evitar su fracaso, cuando no instintos sádicos o de venganza ciega. De todos modos, creemos que esas tristes realidades que el P. Martínez lamenta se dan únicamente en determinadas circunstancias históricas y no son de añorar los tiempos en que su reglamentación acusaba la normalidad.

J. A. O.

MIDENDORFF, Wolf: "Criminología de la juventud". Traducción de José María Rodríguez Devesa. Ediciones Ariel, Barcelona, 1965; 333 págs.

El tema de la delincuencia juvenil ha sido objeto desde hace varios lustros de las constantes atenciones de los penalistas, los psiquiatras y los sociólogos. Sin embargo, ni unos ni otros han encontrado la raíz, la causa o el motivo que origina el extravío de la juventud, pues, por otra parte, la misma Criminología, la Psiquiatría y la Sociología no han unido sus puntos de vista, es decir, no han tratado de lograr la unificación de sus estudios. Por tanto, es fácil apreciar cómo en unos países la atención, la preocupación y el estudio ha sido sumamente extensa y, por el contrario, en otros, los criminólogos, los psiquiatras y los sociólogos han dirigido sus esfuerzos aisladamente a la exposición de motivos radicalmente diferentes y contrapuestos entre sí, por ejemplo: unos se han fijado en la crisis de la familia, otros, en la falta de una reglamentación suficiente por parte del Estado, finalmente, los más, en la indiferencia de la sociedad ante la juventud delincuente. En definitiva, el problema no solamente existe, sino que, efectivamente, se acrecienta.

El profesor Wolf Middendorff no ha tratado en su libro de especificar exactamente las causas de la delincuencia juvenil, no ha estudiado, por tanto, teorías y doctrinas, por el contrario, su visión es más sencilla y, por supuesto, más clara. El libro recoge tres aspectos del tema, a saber: *la juventud*; *las causas de la criminalidad* y *la lucha contra la criminalidad juvenil*.

En la primera parte, el autor se pregunta: ¿Qué es la criminalidad de la

juventud? Una respuesta adecuada exige, cuando menos, una meditación sobre algunos de los temas profundamente humanos, por ejemplo: religión, moral y sociedad. Cada uno de estos puntos, naturalmente, condicionan la vida del individuo, pero si los estudiamos de cerca observaremos que el Derecho, en muy pocas ocasiones hace referencia directa a los mismos, pues los considera valores inmutables, es decir, los da por supuestos en la vida del hombre. Por tanto, cabe preguntarse, ¿es susceptible imputar a los ordenamientos jurídicos la crisis de esos valores? La cuestión ha preocupado, en tiempos pasados, a algún que otro jurista, sin embargo, todo lo más que se ha logrado es exponer una diferenciación entre *el delito contra la sociedad* y *el delito contra el Estado*. Si pretendiésemos matizar este concepto tendríamos que hablar con algún detenimiento de la política criminal y sus objetivos próximos, cosa que, aquí y ahora, no sería muy oportuno hacer.

En todo caso, gran parte de los penalistas parecen estar de acuerdo en considerar que la delincuencia juvenil es cosa bien distinta de la delincuencia profesional, pues, en ocasiones, entran en juego, en el momento de analizar un acto delictivo cuyo protagonista es un menor, el problema de si, efectivamente, hay que juzgarlo desde una perspectiva moral o, por el contrario, desde la misma plataforma penal cuya rigurosidad de todos es conocida. A nuestra forma de ver, es esta una de las causas que han enrarecido la atmósfera del delito juvenil, al no estar, a pesar de los muchísimos esfuerzos realizados, plenamente determinada la competencia del juez profesional o del juez de menores.

Por otro lado, como muy acertadamente ha señalado el profesor W. Middendorff, el juez en muy pocas ocasiones tiene la formación psicológica y sociológica adecuada, pues, conviene repetir una y otra vez, que se trata de juzgar no la profesionalidad del delincuente, sino, por el contrario, lo que casi se podría llamar, con alguna reserva, acciones infantiles. Por tanto, precisar *cómo, cuándo y de qué modo* se origina la delincuencia juvenil es algo que tiene mayor trascendencia de la que, a primera vista, pudiera creerse.

La primera inexactitud y error que las legislaciones penales han cometido al enfrentarse con el tema es, naturalmente, la de tratar de precisar el límite de la edad. Sería muchísimo más acertado fijarse, como indica el autor, en la forma de conducta, del carácter y del comportamiento social del joven mejor que en la edad que, en definitiva, depende de un desarrollo físico que nada dice acerca de la mentalidad del individuo. Wolf Middendorff justifica su tesis exponiendo un interesante cuadro estadístico en el que se recogen, entre otras cosas, información clara y exhaustiva sobre *la forma en que, internacionalmente, se regula la delincuencia juvenil; la fijación de la edad penal*, y, sobre todo, *la competencia de los tribunales ordinarios*, así como, naturalmente, *la clase de delitos que están sometidos o no a su competencia*.

Examinando detenidamente este cuadro estadístico, nos daremos cuenta de que el modo de regular la delincuencia juvenil depende, en efecto, del desarrollo económico y político del Estado. Lo cual, a su vez, demuestra que la magnitud de la "cifra negra" de la delincuencia juvenil depende, en primer término, de la forma en que viven y sienten los valores morales y sociales. Sin embargo, y esto, en cierto modo, es natural, el sexo también tiene cierta influencia en el porcentaje de la criminalidad de la juventud, aunque la nota que aquí queremos

señalar, puesto que es la que el autor destaca, es la del aumento de la *intervención femenina en la delincuencia juvenil*. Naturalmente, la mayor parte de los delitos cometidos por la mujer son delitos contra la honestidad; por supuesto, en la lucha contra los mismos han desarrollado los Estados diversas campañas para revalorizar en lo posible los conceptos de los valores morales y sociales.

Un número considerable de penalistas y sociólogos han coincidido en señalar que la iniciación de la delincuencia juvenil comienza con la aparición de las bandas juveniles, pues, en efecto, el llamado "vandalismo" agobia en la actualidad a la mayor parte de los Tribunales de menores. La formación de las bandas juveniles implica la existencia de problemas de índole auténticamente social, puesto que, generalmente, según los estudios realizados al respecto por el profesor Tharasher, estas bandas se forman en los suburbios de las grandes ciudades, en donde no resultan raros los desequilibrios económicos, matrimoniales y pedagógicos. A nadie extraña, pues, que, en ocasiones, pueda escucharse esa única defensa que el joven, ante el Tribunal de menores, hace de sí mismo: "¿Por qué han de molestarse si la familia y la sociedad no han hecho nada por nosotros?"

Las bandas, por tanto, surgen como consecuencia de la crisis económica, moral y cultural, pues, en efecto, también la estadística ha demostrado que en donde la vida florece, en donde las instituciones sociales tienen una profunda unión y en donde la familia mantiene su disciplina interna, la organización de la *delincuencia juvenil* no encuentra campo apropiado para su desarrollo, pues, como ha escrito un famoso sociólogo: "Las bandas, en algunos Estados, han llegado a sustituir a la familia, ya que en el seno de las mismas han encontrado los jóvenes una realidad, a veces, su única realidad, su único punto de apoyo, su único ambiente de índole familiar, y no resultaría raro afirmar que también su única esperanza."

Entre las causas de la criminalidad de la juventud, el autor, no duda en señalar, acaso con un matiz poco optimista, la *disposición hereditaria del ser humano*. Así, ha escrito que "toda persona es, en primer término, un ser concreto, un individuo; pero al mismo tiempo es también un miembro de una cadena ininterrumpida de generaciones. El hombre vive y crece, además, en su mundo circundante. Con este tenemos tres conceptos con los que ha de ocuparse siempre una investigación de las causas: personalidad, herencia y medio. El fundamento del desarrollo de la personalidad es siempre la disposición. Esta existe desde el principio y es, en lo esencial, invariable. La personalidad, en cambio, sólo se desarrolla paulatinamente y, desde luego, con arreglo a sus propias leyes bajo influjos externos. La personalidad puede, por tanto, caracterizarse como la suma de disposición y mundo circundante. Desde hace decenios, uno de los problemas capitales de la criminología es el de investigar los influjos de la disposición del mundo circundante. Cada uno se aproxima a este problema desde su punto de vista. El médico considera al delincuente como si fuera un paciente y dirige su actuación principal a las propiedades personales del ser humano. El sociólogo, por el contrario, se acerca al problema desde el ángulo de la evolución de la criminalidad. El teólogo acentúa en particular la voluntad libre del ser humano. También el jurista ve en la voluntad libre el fundamento

del Derecho penal, pues tan sólo puede ser castigado el que se ha convertido en delincuente por su propia voluntad."

Por otro lado, el profesor Wolf Middendorff señala el influjo que *la vida familiar causa en el hombre*, bien mediante esa falta de disciplina que anteriormente señalábamos, bien debido a los problemas educativos, pues "la familia completa no garantiza, sin más, el que los hijos sean educados ordenadamente. En el terreno de la educación nos encontraremos, precisamente, con muchas cuestiones no solucionadas. El punto de partida de la educación es, en general, la relación entre el adulto y la juventud. Esta relación entre nosotros es mala. No hay en Europa ningún país donde la distancia entre los adultos, tanto entre sí como respecto a los hijos, sea íntimamente tan grande como en Alemania. En Alemania se acentúan siempre en primer lugar los derechos de los adultos, en especial de los padres, y muchísimo menos los de los niños. En los Estados Unidos, por el contrario, la diferencia entre adultos y niños a menudo ha desaparecido completamente. Los niños son tratados como adultos pequeños con los que se colabora. Mientras que en nuestra educación se acentúan aún frecuentemente los conceptos de autoridad y obediencia, y se intenta formar a los niños con arreglo a nuestra propia imagen del ser humano; en los Estados Unidos, desde hace decenios, predomina la tendencia a dejar que los niños, mediante una absoluta abstención de intervenir en ellos, se conviertan por sí mismos en personas crecidas naturalmente, independientemente; es decir, educando mediante la no educación."

Wolf Middendorff analiza otras causas igualmente importantes, por ejemplo: *las referentes a la escuela; las diferencias económicas y políticas* y, por supuesto, *la influencia de la literatura, el cine y la televisión*, puesto que "la juventud tiene que ser protegida en cierta medida contra los medios actuales de influir sobre las masas. Los Estados autoritarios solucionan este problema sin dificultades. Todo lo indeseable está prohibido y las publicaciones literarias son "limpias", los programas de cine, radio y televisión, "asépticos", aunque, como es natural, la selección sea altamente unilateral. Frente a esto, en los Estados democráticos tenemos el santo principio de la libertad de opinión, bajo cuya bandera los editores de pacotilla y otros grupos interesados sostienen la lucha contra la defensa de la juventud. Estas luchas se descomponen en innumerables combates singulares en todos los terrenos, donde enconadamente se disputa palmo a palmo el suelo."

En la tercera parte de la obra, el profesor Middendorff se enfrenta con el tema grave e inquieto de *determinar la forma de luchar contra la criminalidad juvenil*, para lo cual observa muy de cerca la labor realizada por *los Tribunales de menores y el juez de menores; los centros de observación; las medidas y penas* y, con especialísima atención, *la educación sin privación de libertad; las prisiones de menores y las medidas preventivas adoptadas en algunos países en donde la delincuencia juvenil se ha desarrollado alarmantemente*.

Naturalmente, en cuanto a la constitución de *los tribunales de menores* la influencia de la sensibilidad de cada país se deja notar profundamente, puesto que, en efecto, a través del estudio comparativo que hace de su organización en Alemania, Inglaterra, Francia y los Estados Unidos, se pone claramente de manifiesto lo difícil que es el conseguir un tipo unitario del tribunal de menores.

En otro sentido, Middendorff destaca la importancia de la labor del juez de menores, pues, siguiendo a Messerer, afirma que "el juez de menores tiene que creer en los hombres y en el bien, que quizá hay en el fondo de todo criminal, y tener la esperanza de que este bien oculto volverá a salir a la superficie si se cultiva en adecuadas condiciones de crecimiento y, sobre todo, tiene que poseer un ardiente amor a la juventud que le abrirá el alma del joven, le preservará del burocratismo y no le abandonará ni siquiera cuando tenga que mostrarse duro e imponer penas."

Finalmente, el autor estudia a fondo el problema de la pena y afirma que "en contra de las tendencias dominantes favorables a la "desmitologización del derecho penal de menores" y a transformar "culpabilidad y pena" en "enfermedad y curación", hay que mantenerse firmes en el concepto de la culpabilidad. En la negación del tradicional concepto de la culpabilidad "encontramos propiamente la más rigurosa disolución de la vieja imagen cristiana del hombre, la cual pretende apartar las sombras de nuestro rostro". El hombre moderno no polemiza ya con el problema de la culpabilidad, del pecado y del mal; preferiría mejor sustituir estos conceptos por fórmulas técnicas y médicas. Cuando Platón habla de la pena como "curación del alma", no se refiere, por lo demás, a la curación de un defecto psíquico, sino a la reparación de una "injusticia". "El ser liberado de ella por medio de una pena grande es más venturoso para el malhechor que escapar impune." El reconocimiento del valor básico de la culpabilidad nos permite, por lo demás, no dejar de comprobar que por diversas razones, en especial por las circunstancias de la época en que vivimos, la culpabilidad de los jóvenes, individualmente considerados, es muy pequeña en comparación con la de otros jóvenes que han vivido en tiempos más tranquilos. Y un hecho ulterior, el que muchos jóvenes carezcan de una educación sistemática, nos autoriza para acentuar la pena menos que en otros tiempos y a colocar la reeducación en el centro de nuestros esfuerzos. La relación de tensión entre pena y educación tiene que ser regulada igualmente por la decisión del juez y resuelta en concreto para cada caso. El juez no vinculado religiosamente, para quien ya no es válida la fundamentación sacral de la función judicial, puede desesperar ante esta tarea, y además hay, para todo juez, límites y errores."

El libro del profesor Middendorff es, en cierto modo, una de las obras realistas más importantes, en materia de delincuencia juvenil, de nuestro tiempo. La experiencia del autor y su absoluta dedicación al estudio de la delincuencia, pues recordemos que es magistrado en Friburgo de Brisgovia, garantizan la pureza metodológica de la obra y, sobre todo, su finalidad práctica, puesto que los "casos" expuestos son reales, auténticos y sensibles, arrancados al esplendor y a la miseria de la vida tal y como ésta es, pues, como muy acertadamente ha escrito el profesor español Rodríguez Devesa, "el jurista tiene que salir extramuros de la dogmática porque la ley acota, valorándolo un trozo de la realidad, y no puede presumir de conocer su *ius* sin descender a ese mundo real al que la ley va referida".

PUIG PEÑA, Federico: "Derecho penal". Quinta edición. Ediciones Nauta, Barcelona, 1966, cuatro volúmenes.

El autor, indistintamente, cultiva con autoridad y acierto tanto el Derecho civil como el Derecho penal. En lo referente a su actividad como civilista, de todos es conocido el gran esfuerzo llevado a cabo por el ilustre tratadista para dar cima a una obra de tan amplio contenido, profundidad y vigencia como su *Derecho civil*. No gusta al autor emplear títulos expresivos, por tanto, nos acontece en la presente ocasión que nos encontremos ante una denominación mesurada, humilde y modesta que, precisamente por esto, ejerce sobre el lector una atracción especial. Bajo el título genérico de *Derecho penal*, el autor ha dado a la imprenta el original de la quinta edición de su obra. No es frecuente, entre nosotros, que un tratado, un manual o una obra de contenido jurídico adquiera un círculo tan amplio de lectores y estudiosos como, evidentemente, lo prueba el hecho, la necesidad y la exigencia de alcanzar la quinta edición de la obra en un brevísimo espacio de tiempo. Revaloriza más esta circunstancia el motivo de que el autor camine por otros senderos completamente alejados de los fines universitarios y, por consiguiente, sus libros no se constituyan en el clásico texto obligado, sino, por el contrario, en la obra ideal de consulta.

A la modestia del autor que, efectivamente, pudiendo y teniendo títulos suficientes, no ha querido considerar a su obra bajo la rúbrica del tratado, pues, como seguidamente vamos a ver, no faltan motivos para ello, necesariamente ha de seguirle la del comentarista de libro que, por infinidad de motivos, se siente íntimamente ligado, casi con el más puro afecto familiar, a la personalidad del autor, dado que, desde hace más de un lustro, colaboramos conjunta e ilusionadamente, como director y secretario, en los destinos de la *Revista de Derecho Español y Americano*. Es, pues, el discípulo el que, en esta ocasión, con filial afecto observa, estudia y analiza la obra de su maestro.

Sin embargo, antes de seguir adelante, consideramos conveniente decir que el autor es, en efecto, un magnífico escritor, un pensador a quien, en la mayor parte de las ocasiones, guía una intuición natural, íntima y personalísima para entrever entre diferentes soluciones la más adecuada, la mejor, la precisa. Esta inimitable cualidad del autor se ha puesto de manifiesto en sus innumerables escritos, sea en la materia civil, sea en la materia penal. La claridad es, pues, una vez más, la cortesía del tratadista.

Pretender ver la totalidad del contenido de los cuatro tomos de la obra a través de un comentario crítico es, por supuesto, un vano empeño, no sólo podemos alegar razones de tiempo y espacio, a pesar de la generosa extensión que nos concede la publicación que acoge nuestro trabajo, sino, en especial, de atención. Ocurre con demasiada frecuencia que suele sacrificarse la profundidad por el espíritu informativo, lo sugestivo de la novedad de un libro en aras de los aciertos decisivos que, espigando incansablemente, podemos encontrar entre sus páginas. Decididos, por tanto, a evitar en lo posible la falta de fijeza en la perspectiva o perspectivas desde las que se suele enjuiciar las obras, tan sólo vamos a estudiar, aquí y ahora, algunos de los aciertos, entre los muchos que, a nuestra forma de ver, pueden servirnos para catalogar definitivamente la categoría y la calidad del libro que comentamos.

Por lo pronto, confesemos que nuestros propósitos, inicialmente, son objetivos, esto quiere decir que vamos a procurar recortar el empleo del adjetivo y, en todo lo posible, nuestro modesto criterio.

Norma general del autor ha sido la de ceñirse al contenido de los textos legales y la de exponer a pie de página la bibliografía más adecuada y, naturalmente, de más rabiosa actualidad. Su obra, pues, colma no pocas lagunas de orden interpretativo principalmente, puesto que, en efecto, este es, afirmamos por nuestra cuenta y riesgo, el principal mérito de Puig Peña como tratadista. El autor ha querido saber, en todo momento, cuáles eran los pensamientos del legislador al establecer esta o aquella norma, precepto o reglamento. No se conforma, por consiguiente, el tratadista con tener y contar con un texto legal. Por el contrario, le es forzoso penetrar en el espíritu de la ley, cosa que, sin duda, admirablemente consigue, pues, precisamente, en esto radica la originalidad de la obra y la grata impresión que causa al lector.

El estudioso que se acerca a estas páginas se sorprende ante un hecho tan sencillo y a la vez tan difícil de conseguir como es el de encontrar el porqué de las cosas. Así, por ejemplo, si el autor enuncia dentro del apartado dedicado a *las consideraciones generales* la definición del Derecho penal, esta definición no aparece limitada ni encerrada en una fórmula gramatical de mayor o menor perfección. El autor, ante todo, procura distinguir el porqué se precisa la definición y por qué estos y no otros elementos han de integrarla. Hay, pues, un pensamiento filosófico que no es más y no es menos que el empleo de la metodología jurídica. El autor, al enfrentarse con el problema clásico, vigente y siempre viejo y siempre nuevo de *la definición del Derecho penal*, considera que una definición general o particular del contenido del Derecho penal nunca tendrá una consagración definitiva, entre otras cosas porque parece ser que los penalistas olvidan o quieren olvidar que lo definitivo no existe ni puede existir en el Derecho penal que es, en cierto modo, una Ciencia que marcha pareja con la propia evolución ideológica y espiritual del hombre.

Es, pues, acertadísima su tesis del valor que en el Derecho penal adquiere o, al menos, debería adquirir el factor tiempo, puesto que definiciones que, en su momento, fueron consideradas y valoradas como excelentes, han perdido a través del paso de los años el valor sustancial de su contenido. Hoy, por tanto, considera el tratadista Puig Peña hay que estar agregando continuamente elementos, caracteres y conceptos a cualquier definición que pudiera darse del Derecho penal, pues, por ejemplo, la definición que hasta hace poco se daba del Derecho penal ha perdido toda su fortuna inicial, puesto que, en efecto, *al crimen como hecho hay que asociar otras consecuencias jurídicas distintas de la pena*; nos referimos a las medidas de seguridad, nuevas armas de combate puestas en mano del Estado para luchar contra la criminalidad y que, dado el gran arraigo que han adquirido en los tiempos modernos, obligan a incluirlas dentro de la definición del Derecho penal. Queda, por tanto, de esta manera revalorizada la tesis mantenida por Edmundo Mezger de que, en efecto, ha de considerarse como Derecho penal el conjunto de aquellas normas jurídicas que asocian al delito otras consecuencias jurídicas de índole diversa que la pena, sobre todo medidas que tienen por objeto la prevención de los delitos, que son llamadas medidas de seguridad.

A pesar de que, según Jiménez de Asúa, toda definición es un silogismo, que si bien plantea correctamente los problemas, los resuelve luego tautológicamente, vemos que es imprescindible contar siempre con una definición, puesto que, efectivamente, la definición acorta, orienta y limita el camino hoy, por otra parte, tan difícil y tan necesitado de claridad del Derecho penal, puesto que, naturalmente, aún está por estudiarse ese "conjunto de normas que asocian, al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia."

Antes de pasar a exponer la estructura sistemática de la obra, nos parece conveniente decir que para Puig Peña *la naturaleza del Derecho penal* se infiere del hecho de ser una disciplina que reúne en sí las características siguientes:

a) *El Derecho penal tiene carácter positivo.*

Los autores italianos, y sobre todo Bettiol, apuntan con razón como la primera característica que configura la naturaleza del Derecho penal el ser éste *fundamentalmente jurídico*, en el sentido de que el Derecho penal vigente es sólo aquel que el Estado ha legalmente promulgado con el carácter de tal. Sobre el Derecho penal positivo, pues, se constituye todo el grandioso edificio de nuestra disciplina, y sólo conectando los problemas con esta positividad es cuando se hace verdadero Derecho penal. Esto no obsta, naturalmente, para reconocer la enorme influencia del Derecho natural y la conveniencia de encuadrar, como dice el autor, las normas penales en el transfondo filosófico-cultural del período histórico en que el jurista está llamado a operar.

b) *El Derecho penal es una rama jurídica que pertenece al Derecho público.*

El Derecho penal es rama jurídica que pertenece al Derecho público: los intereses que tutela se concentran en la defensa de la colectividad; es sólo el cuidado y protección de la misma lo que guía en la determinación de los delitos y en el señalamiento y aplicación de las penas, pues aun cuando en su ejercicio pueda depender en alguna ocasión de una manifestación de voluntad de los particulares, la acción dirigida a la represión es siempre pública y pertenece al Estado.

c) *El Derecho penal es de esencia valorativa y finalista.*

El Derecho penal es fundamentalmente imperativo; pero esta imperatividad está subordinada a un orden valorativo, ya que califica los hechos de los hombres con arreglo a una evaluación de ellos y teniendo en cuenta, como dice Fontán, el fin perseguido.

d) *El Derecho penal es fundamentalmente sancionador.*

Se ha discutido mucho la naturaleza sancionadora del Derecho penal en razón de que, como dice un autor, siendo soberano en la descripción de los tipos delictivos, debía considerársele de naturaleza constitutiva. Esta tesis es sostenida por bastantes tratadistas; pero el más firme sector de la doctrina, tanto extran-

jera como patria, sostiene, por el contrario, que el Derecho penal, si bien en algunos respèctos tiene configuración autónoma, sin embargo, en su principal punto de castigo tiene una naturaleza sancionadora. Para ello se debe admitir la *unidad sustancial de la antijuridicidad* valorada por el ordenamiento jurídico en general; representando, por tanto, nuestro Derecho una misión de mayor castigo y sanción a la conducta humana rebelde a la ley. La tesis se formula magistralmente por Binding en su "teoría de las normas", y modernamente, con un criterio más preciso y concreto, por los más ilustrados penalistas, si bien algunos, como Jiménez de Asúa, lo hacen de una forma más particularísima.

El autor ha dividido la obra en cuatro tomos, a los que, efectivamente, corresponde igual número de volúmenes. En el tomo primero y segundo se plantea el estudio de la *Parte general del Derecho penal*, relegándose, naturalmente, a los dos tomos restantes el estudio de la *Parte especial*. Dada la amplitud de la materia, resulta poco menos que imposible detenerse en la enumeración del contenido de los mismos, circunstancia que, en cierto modo, sería también bastante difícil, puesto que el ilustre tratadista ha rehuido de los moldes sistemáticos tradicionales y no ha empleado la división clásica de capítulos y apartados, sino, por el contrario, la de temas. Es, pues, por este motivo por el que el autor no ha querido darle el título de tratado a su obra.

En todo caso, conviene señalar que de esta forma el libro se transforma en una formidable exposición monográfica, puesto que, naturalmente, cada tema, aunque guarda relación con el conjunto total de la obra, tiene cierta autonomía, cierta libertad y cierta independencia que permiten al autor recrearse en la construcción técnico-jurídica del mismo. A nuestra forma de ver, se consigue así una altura muy considerable en el planteamiento y en el desarrollo ideológico de los temas que, efectivamente, de otra forma hubiera sido no imposible, pero sí más laborioso conseguir. La inspiración del autor está, pues, alejada de los obstáculos que inicialmente plantea toda obra que se escribe pensando por y para la finalidad didáctica de la cátedra.

El autor que, en efecto, es un profundo conocedor del Derecho penal, ha actualizado al máximo cada uno de los temas que en su obra expone, bien mediante la cita bibliográfica de última hora, bien mediante la exposición de los resultados de la investigación que el ilustre tratadista ha efectuado personalmente. Por tanto, estamos ante una obra de opiniones propias y originales, en la que se expone con no poca luz y firmeza los problemas jurídico-penales de nuestro tiempo. Puig Peña, por otra parte, no se arredra con la dificultad doctrinal o dogmática de los más acuciantes problemas, no sólo, por caso, en la primera parte de la obra, en la que formula con toda nitidez *las clases de relaciones entre el Derecho penal y otras ciencias*, sino en la misma distinción interna del Derecho penal y esas otras ciencias también penales en cierto sentido, por ejemplo, la Criminología, la Psiquiatría y la Sociología penal. El autor ve siempre con claridad los problemas y las soluciones y, en todo caso, bucea en los mismos con un sugestivo dominio de la técnica jurídica.

Uno de los temas que, sin duda, han sido tratados de excelente manera es el referente a la *concepción del delito como acción antijurídica*. Puig Peña distingue, estudia y analiza triple posición desde la que el delito puede y generalmente es analizado, a saber: desde la antijuridicidad, la culpabilidad y la puni-

bilidad. Para el ilustre autor estas tres características aparecen mezcladas en la aparición del delito, pues, en efecto, la antijuridicidad, dice, no se estudia sola; al principio marchaba independientemente, lo mismo que la tipicidad; pero una aguda y certera visión hizo que estos dos últimos elementos se unieran, marchando ya juntos en comunidad de destino, si bien la técnica, aun en la misma unión, coloca la antijuridicidad en preferente rango, siendo la otra sólo su delimitación espacial dentro del campo general del Derecho. Esta es, pues, la última posición; nosotros también la aceptamos.

Otro de los problemas que Puig Peña ha desarrollado admirablemente es el referente a la base filosófica de la responsabilidad penal, puesto que, en efecto, durante muchísimo tiempo prevaleció la doctrina que fundamentaba la imputabilidad y su consecuencia jurídica, la responsabilidad penal, en el libre albedrío. La tesis, según el autor, permaneció incommovible hasta que en el siglo pasado surgió la *Escuela determinista*, dándose con ello lugar a que en la doctrina se mantuvieran diversos puntos de vista sustentados por la *Escuela clásica* que hablaba de la responsabilidad moral basada en el libre albedrío; la *Escuela positivista* con su tesis sobre la responsabilidad social y, por supuesto, el enorme número de teorías intermedias, es decir, eclécticas, muy dignas de tenerse en cuenta, puesto que, naturalmente, "el eclecticismo penal ha tomado también posición en este importante problema del libre albedrío". Sin partir de bases puramente metafísicas, como hace la tesis del libre albedrío, no llega tampoco al determinismo radical y absoluto inspirador de la Escuela positivista. Conviene, sin embargo, recordar que estamos aquí ante un problema que, como afirma el P. Montes, no es susceptible de términos medios, pues no hay otro recurso que decidirse por la doctrina de la libertad moral o el determinismo. Ello explica que las tesis eclécticas propuestas apenas hayan sido recibidas, habiendo en realidad obtenido muy poca fortuna sus construcciones desde el plano de la especulación.

De entre todas las teorías expuestas a este respecto, sentimos especial interés en destacar la referente a la doctrina psicoanalista, no sólo por su contenido, realmente sorprendente, sino también por la atención que a la misma dedica Puig Peña. Según la doctrina psicoanalítica, es procedente distinguir entre el Yo (la parte consciente de la personalidad); el Superyo (la conciencia moral y social que depende del ambiente en que vive el hombre), y el Ello (el inconsciente). El Ello representa la parte más profunda de la personalidad humana, la que está; el Yo va surgiendo poco a poco y se desarrolla a partir del quinto o del sexto año de la vida humana; el Superyo se forma posteriormente y depende del ambiente moral en que se vive.

Estos factores, indica Puig Peña, intervienen en el delito de diversa manera. El Ello es el que realmente más pone en el hecho criminal; el Yo, en cambio, tiene muy pequeña participación en el crimen; a veces es de más entidad la participación del Superyo. Pero entonces, como dice Sánchez Tejerina, surge la pregunta: ¿Cómo hacer responsable al Yo de lo causado por el Ello? Los psicoanalistas contestan: *Tanto se puede responsabilizar a una persona en cuanto su Yo consciente haya participado en la acción criminal.*

La doctrina psicoanalista es extraordinariamente sugestiva, pero en la actualidad es firmemente criticada. El psicoanalista ignora, entre otras cosas funda-

mentales, dice Sánchez Tejerina, que en todo acto humano está íntegramente todo el hombre, no una de sus partes. Esta concepción unitaria y totalitaria de la personalidad humana es una verdad que desconoce la doctrina psicoanalítica.

Otra de las cualidades que adornan la figura del autor consiste en la milagrosidad con la que, a pesar de toda la bibliografía existente, el cúmulo de opiniones autorizadas y la densidad de estudios monográficos, acierta a entrever una posibilidad, un rasgo, un hecho, un elemento, una parcela que en el tema, no obstante, ha quedado en descubierto o débilmente tratado, o, por el contrario, de forma tan abrupta que se impone la sensible tarea, frágil y delicada de proceder a matizar el contenido de opiniones, doctrinas y teorías para poner, nuevamente, las cosas en su sitio.

Escritor de elegancia y espíritu generoso, Puig Peña sabe valorar en su oportuna medida el esfuerzo, la aportación y los resultados expuestos por otros penalistas. Ciertamente, no le podemos apreciar a lo largo de los cuatro volúmenes de su *Derecho penal* una exposición dogmática, el empleo de una palabra violenta o la repesalía contra el autor o el expositor de una doctrina desafortunada. Maneja, pues, con admiración, cortesía y respeto esta o aquella tesis, puesto que sabe, puesto que conoce la ilusión con que su autor la ha proyectado. Es esta otra de las virtudes del autor y la cualidad más significativa de su obra. La sabia prudencia del ilustre tratadista contribuye decididamente a hacer mucho más claros y serenos sus juicios; juicios que, en efecto, como el propio autor confiesa en estas páginas, no pretenden ser ni dogmáticos ni la última palabra, por el contrario, el autor desea que se consideren como una modesta aportación, como un sincero interés de hacer un *Derecho penal* de espíritu más abierto y, sobre todo, de terminología precisa.

Quizá por cuanto antecede, y no sin cierto optimismo, considera el autor a las medidas de seguridad como un excelente hallazgo del Derecho penal en nuestro tiempo, puesto que, en efecto, "hasta la época presente el Estado no contaba en su lucha contra la criminalidad nada más que con el dispositivo de la pena; al delito, como acto, no se le podía asociar más que la consecuencia jurídica de la pena predeterminada por el legislador por exigencias de un imperativo político. En nuestros días, sin embargo, el Estado dispone de otros medios de lucha distintos de la pena. Nos referimos a las medidas de seguridad, nuevas armas de combate, puestas en sus manos para impedir que se perturbe la paz de la sociedad dentro de su seno. Con ellas se ha removido hasta los cimientos el campo de batalla; el enemigo que tenía el Estado frente a sí era el delincuente moralmente responsable. En cuanto a los demás, aunque realizasen actos dañosos para la sociedad, aunque su conducta integrara el seguimiento de un camino recto hacia el delito, aunque constituyesen un estado latente de perturbación, nada podía el Estado hacer frente a ellos; y es que la pena tiene que estar siempre en relación con los principios generales de la culpabilidad, cuyo asiento primario es la imputabilidad basada en el libre albedrío."

Coincide así, en algunos aspectos, con la tesis del profesor Benigno Di Tullio que asigna a las medidas de seguridad tanta o mayor importancia que a la pena misma e incluso por razones no exentas de sentimentalismo, puesto que, efectivamente, la pena se aplica al delincuente y, por el contrario, la medida de seguridad a quien aún no lo es y, por tanto, es posible su rescate moral y

espiritual, por eso, de conformidad con la ideología del profesor Novelli, Puig Peña afirma, que "las medidas de seguridad pueden situarse entre las grandes reformas penales que en la historia han señalado una etapa gloriosa en el camino de la civilización. Y es que cumplen la doble finalidad de defender al Estado y a la sociedad y al mismo tiempo redactar a los descarriados para atraerlos nuevamente a su seno. Solamente cuando ello no sea posible, dada la personalidad del peligroso, el Estado le rechaza con ademán ciertamente sentido, pero firme".

Finalmente, ante la imposibilidad, por otra parte, ya anunciada al iniciar este comentario, de exponer una visión de conjunto de la obra de Puig Peña, parece acertado tratar, al menos, de estudiar la posición que el autor mantiene ante la pena, no sólo porque la misma sea fundamental para la comprensión de su pensamiento jurídico-penal, sino por otras razones, entre otras, porque el estudio del fundamento y de la función de la pena es, como ha dicho Goldstein, en mucho, el estudio del fundamento y de la función del Derecho penal, porque el principal efecto del delito, respecto de su autor, es la pena; la aplicación de la pena es la consecuencia más trascendental del Derecho represivo, pues, modernas concepciones de la filosofía del Derecho, como la kelseniana, de enorme difusión contemporánea, ha señalado que lo que diferencia al ordenamiento jurídico de otros ordenamientos que también reglan la conducta humana, como la religión y la moral, es su carácter coercitivo, la amenaza de una sanción que la misma sociedad se encarga de aplicar cuando se violan sus normas.

Puig Peña, luego de señalar la falta de un criterio unánime entre los autores, incluso en su misma determinación etimológica, pasa a enjuiciar diversos conceptos de la pena, por ejemplo, sin ésta, en realidad, es o no un mal, si es un mal impuesto por el Estado, concepción que claramente admite, puesto que, en definitiva, es una concepción universalmente aceptada y, precisamente, la única sobre la que parece haber existido cierta identificación y mutuo acuerdo entre los autores, puesto que, en efecto, "ya nuestros antiguos juristas y algunos teólogos sostuvieron, con perfecta unanimidad, que a ningún particular le es lícito juzgar a los criminales ni atentar contra ellos; es más, que ni la misma autoridad pública puede hacerlo sin observar el orden establecido por el Derecho; así como tampoco puede otorgar esta facultad a los particulares. En esta doctrina y adelantándose a la legislación actual, impugnaron algunos la ley que exime de pena al padre que da muerte a su hija, sorprendida en pecado con otro; y negaron a los particulares la facultad de detener a un delincuente, a no ser sorprendido *in fraganti*; sosteniendo al mismo tiempo que el perdón del ofendido no autorizaba al juez para condenar la pena, ni al soberano para permitir que se redimiere con dinero".

Seguidamente, pues, Puig Peña se preocupa de la cuestión de determinar si la pena se impone por el Estado al culpable de una infracción criminal y si, finalmente, el Estado ha de imponer la pena en virtud de sentencia condenatoria al efecto. Cuestión que, naturalmente, da lugar al problema de determinar sus fines que, en cierto modo, no son otros que la prevención general y la prevención especial.

Puig Peña pone con esta quinta edición nuevamente de actualidad su *Derecho penal*, obra esencial para el estudioso, no sólo por cuanto hasta aquí

quedado dicho, sino por ser, en realidad, una de las obras que, en extensión y en calidad, pueden ser representativas del interés y de la sinceridad con la que, en estos momentos, el penalista español aborda los problemas del siempre tiempo viejo y tiempo nuevo.

J. M. N. DE C.

SABATER TOMAS, Antonio: "Los delincuentes juveniles". Editorial Hispano Europca, Barcelona, 1967; 375 págs.

El tratamiento de los menores delincuentes y de la delincuencia juvenil ha preocupado de antiguo a nuestros penalistas. Para no hablar de los grandes penitenciarios del pasado siglo, y limitándonos a nuestros días, son de destacar los trabajos especiales de los profesores Cuello Calón, Ruiz-Funes, Guallart, Pérez-Vitoria y Del Rosal. Y más recientemente los estudios de Albó, Piquer, Belaustegui, P. López Riocerezo, P. Beristain, Teruel Carralero y Sabater Tomás. Este último vuelve a insistir en el tema con su más reciente producción.

Sabater Tomás, desde su incomparable observatorio del Juzgado de Vagos y Maleantes de Cataluña, nos brinda este nuevo estudio sociológico y penal de la delincuencia juvenil, al que le sirve de punto de partida el III Congreso sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente (Estocolmo, 1965) al que asistió con otros penalistas españoles acuciados por este candente tema de la juventud inadaptada y delincuente y al que el autor ya ha dedicado un anterior estudio con su habitual competencia y ponderado juicio.

Esta ruptura de la juventud con el medio social, se manifiesta en cuatro tipos: Inadaptados sociales, asociales, predelincuentes y delincuentes, cuya misma nomenclatura marca su progresiva gravedad. El estudio monográfico de Sabater se centra alrededor de la última categoría y, aún más concretamente, sobre los "adultos jóvenes", grupo intermedio entre los menores y los delincuentes adultos, que viene siendo objeto de especial atención después de la Segunda Guerra Mundial. La importancia creciente del grupo ha suscitado la problemática a resolver por los estudiosos del tema, a saber, la conveniencia de crear un tercer miembro de la clasificación que contraponía hasta ahora menores y adultos en la nomenclatura penal y criminológica, de una parte, y la necesidad de un nuevo estatuto o régimen jurídico especial, con el consiguiente tratamiento adecuado de estos jóvenes adultos, de otra.

En la fijación del concepto de delincuencia juvenil se dan tres tendencias: Una que alude a los actos del menor calificados como delictivos por la ley penal, otra que incluye también los comportamientos anormales, y una tercera, amplísima, que trata de englobar a todos los menores que requieren medidas de cuidado o reeducación. Después de un estudio doctrinal y legislativo, Sabater hace notar que no se ha llegado a conclusiones unánimes, tanto en la fijación de un límite cronológico para la minoridad penal (la de 18 años parece la más generalizada) como en la concreción de lo que sea conducta delictiva y antisocial. La doctrina actual, por ello, se orienta en el sentido de no emplear una terminología precisa y de adoptar fórmulas vagas. Hoy se habla de un

Derecho penal juvenil y aun se quiere situar la delincuencia juvenil fuera del Derecho penal, como algo propio de la psicología y sociología. Un criterio, en cierto modo intermedio, defiende entre nosotros el P. Beristain cuando estima necesario para el futuro, un Código penal de menores, elaborado con criterio autóctono, en el que figuren las conductas de inadaptación y las acciones delictivas. Se trata, por tanto, de estructurar un nuevo Derecho juvenil, que en lo material no sea exclusivamente jurídico, sino psico-socio-pedagógico, y en lo procesal, beneficiario de una organización jurisdiccional, autónoma y de un procedimiento ágil e informal, con las reglas mínimas precisas. También, deberían ser objeto de esta legislación especial, aquellas materias civiles que, por su carácter de orden público, no pueden ser dejadas a la voluntad privada, tales como la patria potestad, filiación, adopción, emancipación, separación conyugal y divorcio, autorización al padre o tutor para ingresar al joven de mala conducta en un establecimiento de reeducación.

No hay que decir que Sabater defiende la nueva categoría del "adulto joven delincente" que ha calado ya no sólo en las Conferencias y Congresos internacionales, sino en las mismas legislaciones. En España hay una verdadera laguna para los semiadultos (de 16 a 21 años), dado que los Tribunales Tutelares de Menores casi se reducen a la delincuencia infantil.

De acuerdo con el método propuesto, Sabater estudia la evolución de la personalidad humana hasta alcanzar la madurez social necesaria, ciclo muchos más tardío que el fisisicológico. Por otra parte, en la actual sociedad se va afirmando, cada vez más, la situación predominante de la juventud, asumiendo funciones directivas y participando activamente en el desarrollo nacional. La contrafigura de este predominio y expansión es el alarmante recrudecimiento de la delincuencia juvenil.

Este aumento del índice de criminalidad de los "adultos jóvenes" se apoya en rigurosos estudios estadísticos que demuestran que la mitad, por lo menos, de todos los delitos graves son cometidos por ellos y que sus protagonistas pertenecen, en su mayor parte, al sexo masculino. Igualmente se concluye que es el abandono moral el factor criminógeno más influyente en esta delincuencia juvenil: nocivo medio familiar, migración, éxodo rural, baja cultura y aun la misma vida moderna que, al relajar los resortes familiares y sociales, lleva a formas de criminalidad sin precedentes, como los asesinatos "gratuitos" y al libertinaje sexual, del que es una manifestación actual la llamada prostitución masculina. Correlativamente, el joven adulto necesita un régimen especial de tratamiento que lo diversifique de los menores propiamente dichos y del delincuente adulto. Se encuentra en esa zona intermedia que todavía ofrece posibilidades serias de reeducación.

El autor expone las críticas a la propugnada nueva categoría para concluir, con Marc Ancel, que tal categoría será el puente que unirá el régimen de los menores al de los mayores y que procederá a esa unificación de tratamiento postulada por la nueva Defensa Social. Claro es que tal predicción no pasa de ser un *desiderata*.

Despejado ya el camino, el autor puede ya enfrentar los dos términos del tema en estudio: Concepto del "joven adulto delincente" y comportamiento antisocial y delictivo del mismo.

En cuanto a lo primero, cada legislación debe señalar los límites mínimo y máximo de edad, si bien, con cierta elasticidad, para permitir al juez, con la ayuda de expertos, buscar la madurez real como base del tratamiento penal.

Si el examen demuestra la inmadurez, se aplicarán sanciones especiales. En todo caso, no hay que olvidar que se trata de una decisión judicial y que será, por tanto, el juez el que debe pronunciarse, sin quedar vinculado a los dictámenes de los expertos. Otra cosa sería desvirtuar este Derecho penal especial y equiparar los delincuentes a los enfermos, como pretenden algunas teorías psicológicas. La cautela nos parece llena de buen sentido.

El segundo aspecto en estudio —comportamiento antisocial y delictivo— es por demás sugestivo. Aquí hace gala el autor de su rica información, no menos que de su propia experiencia profesional: Vagancia, fugas del domicilio familiar, alcoholismo, estupefacientes, robo de automóviles, infracciones de tránsito, delincuencia sexual, delitos contra la propiedad, contra las personas, contra el Estado y el orden público, vandalismo, pandillas y bandas, son otros tantos hitos que marcan, en forma gradual y ascendente, los escalones de aquel comportamiento. En España empieza a proliferar también este tipo de conducta antisocial, al socaire del desarrollo, del turismo y del contagio de modos y modas de allende las fronteras.

La jurisdicción, competencia y procedimiento aplicable, es igualmente objeto de detallado estudio. Destacamos la profunda investigación de la personalidad del joven adulto que a lo largo del proceso y de la ejecución habrá de tenerse en cuenta, y de la que son paradigma la "ficha" y la "encuesta de la personalidad". También se conceptúan indispensables la sentencia indeterminada y la vigilancia judicial de la ejecución.

Las *medidas preventivas* son de superlativa importancia y han de ser paralelas a las causas antropológicas, físicas y sociales de la delincuencia. La predicción de la conducta humana relativamente a su prevención es uno de los temas que más cautivan a los criminólogos de los Estados Unidos, sobresaliendo los trabajos de Glueck, Siegburg, etc. Ahora bien, tales tablas de predicción tienen un valor relativo que no conviene exagerar: Muchos jóvenes delincuentes no presentan las características que corresponden a los factores seleccionados en las tablas, y otros, a pesar de presentar estas características, no devienen delincuentes.

Las medidas preventivas remontan ya a Ferri. Hay medidas directas e indirectas. También se habla de medidas preventivas mecánicas, punitivas o correctivas. Su aplicación implica un vasto programa con organismo de rango internacional, personal especializado, problema de financiación e investigación. Las fuerzas sociales no están ausentes de este programa de prevención del delito, preparando la opinión pública mediante sondeos, campañas de radio, cine y televisión, mejora de las relaciones con la policía, cohortes y tribunales de camaradas en los países socialistas, instauración de líderes de vecindad, de centros de ayuda vecinal, servicios legales para las familias, centros juveniles, programas rurales, discusiones y coloquios con los antisociales, identificación temprana de los posibles delincuentes, prevención contra el abandono de la escuela, la falta de instrucción y la desigualdad de oportunidades, orientación y formación profesional de predelincuentes, desempleo de la juventud y pro-

gramas de lucha contra el mismo, servicios de empleo y organizaciones juveniles premilitares. El propio servicio militar tiene un evidente valor preventivo potencial al que puede coadyuvar con cursillos de formación profesional acelerada, como se hace en Bélgica, Gran Bretaña y España.

Si no obstante la prevención, el delito se comete, entra entonces en funciones el *tratamiento* del joven adulto. Ya se comprende la importancia del mismo, sobre todo de cara al fracaso de los sistemas clásicos penitenciarios. La exposición de este aspecto ocupa, por ello, la tercera parte de la obra que comentamos. Han sido los Países Escandinavos y Norteamérica donde principalmente se han acogido las nuevas corrientes que han transformado el régimen penitenciario. Esto no quiere decir que se halle ausente la severidad en el tratamiento, sino que se aplique con sentido humano. Más aún: Tratándose de jóvenes adultos, se observa actualmente un régimen más riguroso que en muchos establecimientos para adultos.

El *tratamiento institucional* ofrece dos vertientes, atendida su duración. En el primer aspecto se consideran los efectos de la detención y de las penas cortas de prisión. Para paliar su perniciosa influencia, incluso su influjo criminógeno en los jóvenes adultos, se proponen diversas soluciones para controlar la intervención policíaca en la detención, aparte de contar con funcionarios y centros especializados a los que se envía a los jóvenes como medio de eludir su paso por los centros policiales. Igualmente, las penas cortas de prisión tratan de transformarse con un régimen apropiado de medidas disciplinarias o "penas de reflexión". También se siguen sistemas especiales de régimen abierto o semiabierto. Estos son una de las creaciones más atrevidas e interesantes de la penología moderna, lo que justifica la especial atención que les consagra el autor del libro. Después de la última guerra mundial se han ideado nuevos métodos de tratamiento intermedios entre la libertad y el internamiento: Centros de presencia (*Attendance Centres*), centros de trabajo, régimen de semilibertad practicado en los "foyers" franceses, y el celebrado "arresto fin de semana", contra el que, sin embargo, no dejan de suscitarse críticas.

El tratamiento especial de larga duración lleva consigo la necesidad de establecimientos especiales. En la práctica actual se distinguen dos tipos principales, unos esencialmente educativos, otros de carácter disciplinario. Entre los primeros están las prisiones-escuelas, las escuelas de educación y de trabajo suizas, y los Borstal, esencialmente ingleses y americanos.

Antecedente necesario de este tratamiento es la *clasificación* de los jóvenes delincuentes, término que ha hecho fortuna pero que comporta distinta significación según el criterio francés o el angloamericano. El primero se fija tan sólo en las condiciones personales de los condenados para su división en grupos homogéneos. El segundo va más allá, al convertir la clasificación en un método de diagnóstico y estudio de la personalidad para un tratamiento individualizado. También se habla de clasificación "horizontal", que decide la institución adecuada para un individuo determinado, y de clasificación "vertical", que determina el tratamiento individualizado dentro de la institución. Ya se comprende por tanto, la fundamental importancia de la clasificación como selectora del tratamiento a aplicar. Un diagnóstico equivocado abocarán al fracaso los mejores métodos de tratamiento. Ahora bien, el fracaso puede producirlo también

la inhibición o falta de cooperación del delincuente. Para evitarla es preciso ofrecerle ayuda y orientación respecto al funcionamiento de la institución al objeto de neutralizar su reacción hostil. A ello tienden las entrevistas con el director y jefes de departamentos. En la misma línea está la llamada terapia de grupo (*group therapy*) de creciente aplicación después de la última guerra. Slavson, padre de este método terapéutico, explica su finalidad, que no es otra que la de proporcionar a los muchachos, que ignoran las necesidades y conveniencias de los demás, las prácticas más elementales de las relaciones humanas, tornarlos a seres civilizados. Las reuniones, de una o dos veces por semana, son dirigidas por uno o dos terapeutas (psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, etc., bajo la supervisión de un grupo clínico) que orientan las discusiones o provocan el tema de ellas, sin perjuicio de la máxima libertad en su elección. Uno de los factores del éxito es el secreto, de modo que cuanto se diga en la reunión no puede tomarse en cuenta a sus autores. El balance del *group counseling* se estima favorable. Sólo echamos de menos, en relación con tan interesante tema, una explícita alusión a la técnica del *psicodrama*, ya conocida por estos pagos, incluso de modo práctico, gracias a los últimos congresos y reuniones internacionales.

Aspectos no menos importantes de este tratamiento especializado son los de la naturaleza y dimensiones de los establecimientos: alimentación; personal penitenciario; régimen: disciplina, instrucción, trabajo y formación profesional, cuidados médicos y físicos, actividades sociales y recreativas, cuidados espirituales, contactos con el exterior, correspondencia, relaciones públicas, permisos de salida y acción social, de la que son pieza esencial los asistentes sociales (*social workers*). En España estos asistentes se forman en escuelas de tipo privado, y el Plan de Desarrollo ha subrayado la necesidad de su cooperación con las instituciones sociales y Juzgados de Vagos y Maleantes.

El estudio se detiene especialmente en el *personal* penitenciario, pieza clave del tratamiento. Hoy se hace hincapié en su selección, capacitación y formación profesional. Su influjo en los jóvenes adultos puede ser decisivo.

Además del tratamiento institucional, se ha desarrollado modernamente el *tratamiento en libertad*, que va desde la amonestación judicial, la multa y otras medidas, al régimen de prueba (*probation*) y libertad vigilada. Estos últimos ofrecen particular interés para los jóvenes delincuentes. Su éxito exige una completa información previa sobre el procesado y su medio que aconseje la oportunidad de la concesión, así como la vigilancia especializada encaminada a prestar consejo y ayuda activa al sujeto a prueba. Con este régimen se combina la "colocación" en el hogar de una persona calificada o en hogares o albergues adecuados.

Finalmente, la preparación para la libertad viene a ser el objetivo último de todos los métodos de tratamiento. La transición debe ser gradual. De ahí el uso, cada vez más frecuentes en los Estados Unidos, de las llamadas *Halfway Houses* o causas intermedias, que tratan de llenar el vacío entre el establecimiento penitenciario y la vida en libertad. Algo análogo se va imponiendo en la República Federal de Alemania, Francia y otros países. Al mismo fin se encamina la tutela y asistencia postpenitenciaria. Como es hartamente sabido, una de las principales dificultades que encuentra el liberado es la de encontrar trabajo, por el

recelo que suscita, y que ha de intentar resolver esta ayuda organizada posterior (*aftercare*), la cual no sólo se presta por personas idóneas, sino también por sociedades constituidas con este fin.

La obra se cierra con un *Apéndice* que contiene la declaración de principios de las Naciones Unidas sobre la Juventud, así como las resoluciones adoptadas por los últimos Congresos internacionales. Una vez más felicitamos al autor por su nueva y valiosa aportación.

FERNANDO DÍAZ PALOS

REVISTA DE REVISTAS

ALEMANIA

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Tomo 77, 1965, fascículo 2

SCHAFFSTEIN, Friedrich: "Die Jugendzurechnungsfähigkeit in ihrem Verhältnis zur allgemeinen Zurechnungsfähigkeit" (la imputabilidad del menor en su relación con la imputabilidad general).

El § 3 de la Ley de Tribunales juveniles— Ley aplicable a los menores entre los catorce y los diecisiete años y, en algunos casos, a los semiadulto entre los dieciocho y veinte años— dispone lo siguiente: "Un menor es responsable penalmente cuando, en el momento del hecho y conforme a su desarrollo moral y espiritual, es lo suficientemente maduro para comprender lo injusto del hecho y obrar de acuerdo con esa comprensión. Para la educación de un menor que no es responsable penalmente el juez podrá ordenar las mismas medidas que el Tribunal de Tutelas". Schaffstein, haciendo referencia a Bresser señala que, con mucha más frecuencia de la que hasta ahora se sospechaba, se produce un concurso entre esa disposición y el § 51 del Código Penal alemán (inimputabilidad e imputabilidad disminuida). El problema que se plantea en el caso de, por ejemplo, un menor inmaduro, en el sentido del § 3 de la Ley de Tribunales Juveniles, y, además débil mental, es si es esta disposición o la del § 51 del Código Penal la que debe entrar en juego; una cuestión que tiene trascendencia práctica debido a las distintas medidas de seguridad que prescribe cada uno de los preceptos indicados.

Schaffstein indica, en primer lugar, que si la falta de capacidad de conocimientos viene condicionada por el desarrollo de la personalidad y es compensable, se aplicará únicamente el precepto de la Ley de Tribunales Juveniles; y cuando no pueda esperarse ninguna compensación (por ejemplo, en casos de debilidad mental de nacimiento) se aplicará sólo el parágrafo 51 del Código Penal.

A menudo, la incapacidad del menor es consecuencia de una perturbación patológica de su desarrollo; pero, no obstante, puede esperarse que en el futuro será compensada. En tales supuestos, dice Schaffstein, la culpabilidad está excluida en base a los dos preceptos y el juez podrá elegir entre las consecuencias jurídicas de ambos teniendo en cuenta las características del caso concreto.

En casos de duda sobre si la falta de madurez será o no compensable en el futuro piensa Schaffstein que lo mejor es aplicar las medidas del Derecho penal juvenil, en especial el internamiento en un establecimiento asistencial bajo la dirección de especialistas en psiquiatría juvenil.

BRAUNECK, Anne-Eva: “Die Jugendlichenreife nach § 105 JGG” (La madurez juvenil según el § 105 de la Ley de Tribunales Juveniles).

El Derecho penal juvenil no es aplicable en principio a los llamados: “semiadultos” (de dieiocho a veinte años); pero el § 105 de la JGG establece excepciones en dos supuestos: “cuando de una valoración total de la personalidad del autor que tenga en cuenta también las circunstancias del mundo circundante resulta que en el momento del hecho el semiadulto era equiparable aún por su desarrollo moral y espiritual a un menor (de catorce a diecisiete años)” ; “cuando teniendo en cuenta la índole, las circunstancias o los móviles del hecho resulta que éste ha de ser considerado un ‘desliz de juventud’ ”.

Frecuentemente, señala Brauneck, el límite de los dieciocho años es demasiado bajo. Los llamados semiadultos necesitan no tanto penas como medidas educativas. Por ello, al interpretar el § 105 de la JGG se ha de tener en cuenta, más que si el semiadulto es un “retrasado”, si le es aplicable la ratio del Derecho penal juvenil: la de si es un sujeto que necesita cuidados educativos.

Por lo que se refiere a la praxis, ésta estima que aproximadamente un 50 por 100 de los semiadultos condenados son “retrasados” para su edad y tienen un desarrollo equiparable al de un menor (de catorce a diecisiete años). Lo que esto pone de manifiesto, señala Brauneck, es el error del legislador al querer aplicar, salvo en casos de “retrasados”, el Derecho penal común a los semiadultos. Como los peritos y los magistrados piensan que la mayoría de los semiadultos deben de ser sometidos al Derecho penal juvenil, acuden al rodeo de declararles “retrasados” —aunque en realidad no lo son—, para así excluirles de la aplicación de las normas comunes.

La conclusión de Brauneck es que es urgente la intervención del legislador para que declare, de manera general y no excepcional como hasta ahora, la aplicabilidad del Derecho penal juvenil a los menores de veintitún años.

DREHER, Eduard: “Die erschwerenden Umstände im Strafrecht” (Las circunstancias agravantes en Derecho penal).

El artículo constituye la ponencia presentada por el autor al IX Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en La Haya en 1964.

Dreher que divide las circunstancias agravantes en: circunstancias que agravan lo injusto del hecho, que agravan la culpabilidad, que agravan lo injusto y la culpabilidad, y que aumentan la peligrosidad del autor, se manifiesta francamente crítico frente a los catálogos de circunstancias agravantes que figuran en muchos Códigos Penales.

El autor establece las siguientes distinciones iuscomparatistas. Códigos que mencionan una serie de circunstancias agravantes sólo en la

Parte Especial (Francia, Japón, Noruega, etc.). Códigos que en su Parte General sólo conocen la agravante de reincidencias (Bélgica, Finlandia, Yugoslavia, Rumania y Turquía) o que añaden a esa una segunda o una tercera agravante, por ejemplo, ánimo de lucro o habitualidad (así, Grecia, Polonia y Suiza). Los Códigos de Dinamarca e Islandia contienen un catálogo reducido de circunstancias agravantes (sólo cuatro) en la Parte General. Catálogos amplios se encuentran en los Códigos de Austria, Italia, España, Portugal, Brasil, Chile, Venezuela, República Soviética Rusa y Checoslovaquia.

Lo que Dreher critica de los catálogos de circunstancias que figuran en la Parte General es que suponen una determinación esquemática de la pena (grado máximo por ejemplo, si concurre una agravante), prescindiéndose así de una valoración de conjunto. Por otra parte, no se tiene suficientemente en cuenta en muchas ocasiones, que algunas circunstancias agravantes sólo suponen una mayor reprochabilidad cuando concurren en determinados delitos y que respecto de delitos de otra naturaleza pueden ser indiferentes o incluso suponer un motivo de atenuación. Para cada tipo legal son características sólo ciertas circunstancias agravantes. Por eso, piensa Dreher, lo mejor sería hacer mención de esas circunstancias en la Parte Especial y en referencia sólo a aquellos delitos concretos para los que suponen, en efecto, un motivo de agravación.

SCHÖRCHER, Fritz: "Zum Streit um die Willensfreiheit" (En torno a la discusión sobre el libre albedrío).

El autor, catedrático de Medicina en Munich, se ocupa en su artículo, en un sentido crítico, de la tesis expresada recientemente por Bockelmann sobre el libre albedrío.

Bockelmann se declaró a favor del libre albedrío. Pero mantuvo que el problema de la culpabilidad había de resolverse en Derecho penal más allá de la polémica entre determinismo e indeterminismo y que era absurdo interpretar el § 51 del Código Penal (inimputabilidad) en un sentido indeterminista. Si para determinar la imputabilidad de un sujeto, decía Bockelmann, había que constatar si había obrado o no con libertad, ello supondría que la ley le exigía al experto psiquiatra resolver prácticamente el problema de la libertad —teóricamente insoluble— en referencia a un hombre determinado y a un caso determinado.

Bockelmann piensa que es posible resolver el problema práctico que presenta el § 51 sin que tenga que surgir para nada la cuestión del libre albedrío. Lo que el psiquiatra tiene que determinar es únicamente si el sujeto es normal o anormal; si es normal es imputable, si anormal, inimputable.

Contra esa tesis objeta Schörcher que el psiquiatra no puede dar una respuesta al grado de intensidad de la anormalidad, pues ello desemboca en la cuestión del libre albedrío, en la cuestión de si el autor hubiera po-

dido obrar de distinta manera a como lo hizo; es decir, en la cuestión que Bockelmann precisamente quiere evitar. El § 51 dice Schörcher plantea un problema al que sólo puede dar contestación un psiquiatra indeterminista. La solución de Bockelmann de decidir sobre la imputabilidad sin decidir sobre el libre albedrío no es viable. Por ello, escribe Schörcher, después de la tesis de Bockelmann, seguimos ante las mismas dificultades con que nos encontrábamos antes.

BOCKELMANN, Paul: "Erwiderung auf den Beitrag Schörcher" (Contestación a la contribución de Schörcher).

El artículo de Bockelmann es la contestación al artículo de Schörcher que acabamos de reseñar. Bockelmann afirma que las penas del Código Penal no han sido creadas para el anormal. Como la Medicina también el Derecho penal tiene que separar al normal del anormal. Pero para ello es preciso demostrar que en efecto el delincuente es un anormal. Esta es una tarea, dice Bockelmann, que no es ni filosófica, ni metafísica, ni teórico-cognoscitiva, sino una tarea psiquiátrica a resolver con métodos empíricos.

El problema de la imputabilidad, por consiguiente, no afecta a cuestiones metafísicas trascendentales. Se trata únicamente de constatar a qué anormales hace referencia la ley cuando habla de inimputabilidad y de imputabilidad disminuida y contestar si el sujeto concreto padece alguna de esas anomalías.

LAMPE, Ernst-Joachim: "Über den Begriff und die Formen der Teilnahme an Verbrechen" (Sobre el concepto y las formas de la participación en el delito).

La idea central del artículo de Lampe es que las formas de participación delictiva están fijadas ontológicamente y que ello limita considerablemente la libertad de regulación del legislador.

Estas formas ontológicamente delimitadas son las siguientes: Actuación, para cometer el delito, sobre un animal; sólo en estos supuestos, piensa Lampe, puede hablarse de autoría mediata. Cuando se actúa sobre un individuo, Lampe distingue: casos en los cuales el que realiza inmediatamente el tipo actúa bajo error (vencible o invencible) provocado dolosamente por un tercero (Urheber); aquí, piensa Lampe, falta la corrupción sobre el autor directo. Finalmente, Lampe considera que se da la inducción cuando el autor inmediato es corrompido por el inductor; esta corrupción puede limitarse al aspecto objetivo de la culpabilidad (inducción de un inimputable) o abarcar también el aspecto subjetivo (inducción de un imputable).

La crítica de libros, a cargo del profesor Lange, está dedicada a comentar únicamente el libro de Roxin, "Täterschaft und Tatherrschaft", que, entretanto, ha aparecido en su segunda edición (1967).

La sección de Derecho comparado de la "Zeitschrift" contiene un artículo de Pfenninger sobre el Derecho penal suizo, otro de Swida sobre la criminalidad en Polonia y, finalmente, uno de Miyazawa sobre un Código Penal chino del año 737.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

ARGENTINA

Revista de Derecho penal y criminología

Núm. 1, enero-marzo

TUCUMAN-BUENOS AIRES, Editorial: "La Ley". Director fundador: Don Luis Jiménez de Asúa.

En las primeras páginas expone el director fundador de esta publicación los propósitos de la misma: verá la luz trimestralmente y constará cada número de cuatro secciones: doctrinal, legislación (argentina y extranjera), jurisprudencia comentada, y notas de libros y revistas. Inicia y componen la nueva revista "un homogéneo grupo de jóvenes que se esfuerzan en construir una escuela con predominio de las más modernas tendencias, pero que sea de auténtica dogmática penal argentina".

El primer artículo, intitulado "Problemas modernos de la culpa", es debido a la pluma de Jiménez de Asúa, quien sucintamente y con erudición seleccionada, remitiendo para mayor información al tomo V de su *Tratado de Derecho penal* (Buenos Aires, 1956), toma posición sobre las acuciantes cuestiones planteadas en torno a unas infracciones, como son las culposas, de enorme y creciente actualidad. En forma compendiada a través de veinte densas páginas llega a las siguientes conclusiones:

Primera.—Debe aceptarse la palabra *culpa*, o en todo caso la de *imprudencia* o *negligencia*, abandonando las expresiones imprecisas que hasta ahora se usan por los franceses.

Segunda.—El crecimiento del riesgo en la vida contemporánea, del motor y de la velocidad, no debe llevarnos a un aumento desmesurado de figuras delictivas culposas, aunque sí a un cierto rigor y certidumbre en la pena, y a la procuración de medios profilácticos.

Tercera.—El Derecho comparado nos enseña que el sistema preferible es el de dar una definición de la culpa en la parte general y configurar en la especial un determinado número de delitos culposos, que sólo el le-

gislador puede ampliar, es decir, sometidos al principio de *nullum crimen sine lege*.

Cuarta.—Es preciso definir en la ley la culpa *inconsciente* o simple y la *consciente* o con representación del resultado antijurídico que no se ratifica.

Quinta.—Acaso, para los fines de graduar la gravedad de la culpa y, por consiguiente, de la severidad de la pena correspondiente, convendría diferenciar dos formas de la culpa llamada consciente. En una de ellas, que reviste menor responsabilidad penal, el autor espera de su pericia que el acontecimiento no sobrevendrá. En tal hipótesis el agente prevé realmente que el resultado será impedido. Mientras que en la otra, el sujeto lo espera todo de su buena estrella, del azar. Hay, pues, una culpa simple, o inconsciente, una culpa con previsión o representación, y una culpa consciente *sensu stricto*.

Sexta.—Aunque se trate de delitos dolosos, nos interesan por su vinculación con los culposos, el abandono de la víctima causada y la huida, que conviene definir como delitos propiamente dichos y no como agravación del homicidio culposo.

Séptima.—La pena debe estar, en primer término, en relación con la culpa (inconsciente prevista, consciente) y con la personalidad del sujeto activo. La producción del resultado dañoso, más que una condición de punibilidad, es un requisito de la culpa impuesto de *lege lata*.

Octava.—Para prevenir los delitos culposos debe acudirse a la psicotecnia o tecnopsicología, que de un modo bastante concluyente puede determinar las condiciones exigidas al profesional. Su represión ha de hacerse por medio de la pena privativa de libertad para los delitos más graves. No debe descartarse el uso de medidas de seguridad cuando la impericia o la inatención grave lo exijan. La reparación podría ser realizada por la institución alemana de la *Busse*. La eficacia del seguro obligatorio es indiscutible en cuanto a la indemnización del perjuicio causado a la víctima. Pero, en ese caso, para que la privación legal de dinero al sujeto activo no pierda su carácter intimidante, forzoso será añadir, como pena conjunta una multa regulada por el sistema sueco de la "multa-día".

Novena.—El régimen de la prisión será fundamentalmente el ordinario. Con ello se busca la "prevención general" de todos los proclives al delito, lograda por el hecho de que se conmina una pena a una determinada figura culposa, y la "prevención especial" del agente, cuya atención debe estimularse por medio de un castigo bastante severo, en el que no se busca corregir ni resocializar, sino advertir: "Haz memoria".

Figuran también dos trabajos sobre la reciente reforma del Código penal argentino: el de Núñez. "El origen bastardo de una reforma", cuyo sentido polémico va ya expresado en el título, y el de Ramos Mejía, "Los delitos contra la tranquilidad en la ley de reformas del Código penal". A la dedicación preferente dogmático argentina, anunciada en la

presentación, responden los artículos de Boffi Boggero, Gladys Romero y Bacigalpo.

Finalmente, en la sección legislativa se transcribe con notas la amplia reforma del Código argentino por Ley de 1967, y también la Ley para la represión del comunismo promulgada en el mismo año. Particularmente interesante es el resumen comentado que se nos ofrece de "El Anteproyecto de Código penal de 1967 para la República de Venezuela", redactado por Jiménez de Asúa en virtud de encargo de una Comisión de parlamentarios de dicho país. Según el autor del resumen, Enrique Bacigalupo, "la característica fundamental del proyecto reside, sin duda, en la circunstancia de que todo cuanto ha avanzado la ciencia penal en los últimos veinte años ha impregnado su articulado, que puede exhibirse como uno de los más modernos de la actualidad".

J. A. O.

E S P A Ñ A

Revista de Estudios Penitenciarios

Enero-junio 1967

SAINZ CANTERO, José A.: "El delito de propagación maliciosa de enfermedades transmisibles a las personas".

La Ley de 24 de abril de 1958 modificó varios artículos del Código penal, siendo la introducción del art. 348 bis —que incrimina como delito la propagación maliciosa de una enfermedad transmisible a las personas— la variante de más dilatada problemática. Y los problemas subsisten hoy por la conservación del nuevo precepto en la versión actual del Código.

La figura tiene precedentes. El Código de 1822 contenía un título de delitos contra la salud pública y en su art. 374 sancionaba a los que introdujeran o propagaren enfermedades o efectos contagiosos, si bien por referirse a "las penas establecidas o que se establezcan en el reglamento respectivo" como únicas aplicables, parece considerar la infracción administrativa, lo mismo que la sanción. Pasando a la doctrina de los autores, recuerda Sáinz Cantero el pensamiento de Groizard, quien en su "Código penal concordado y comentado" echaba de menos, entre los delitos contra la salud pública, la propagación intencional del contagio, y, de fecha más cercana, un trabajo juvenil de Sierra Bermejo y otros de Jiménez de Asúa con referencia concreta a las enfermedades venéreas, que tanto estrago producían por los tiempos en que se escribieron. Se propugnaba remediar una laguna del Código, que no mencionaba tales conductas; pero ello no fue obstáculo para que el Tribunal Supremo calificase como lesiones los contagios de enfermedades venéreas: primeramente, cuando eran consecuencia de atentados contra la honestidad; más

tarde sin este requisito. A mi modo de ver no significó tal jurisprudencia una extralimitación, dada la amplitud de acepciones que el diccionario da al verbo maltratar y la determinación de la gravedad de las lesiones por la duración de la "enfermedad"; pero fue corriente la opinión contraria.

A ella y quizá también a la propensión casuística de quienes redactaron el Código de 1928, se debieron las varias figuras relativas al contagio de enfermedades contenidas en dicho cuerpo legal. En el título de los "Delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud de las personas" se incluían las figuras del contagio intersexual y del nutricio (artículos 538 y 539), y en el título de los "Delitos cometidos contra las menores" se tipificaba el contagio por vía intersexual a menores de dieciséis años (art. 763). Pero no se limitó a estos casos concretos, sino que el art. 549, entre los "Delitos contra la salud pública", castigaba con reclusión de seis meses a cuatro años al que maliciosamente propagare una enfermedad peligrosa y transmisible a las personas. De aquí proviene el actual art. 348 bis, y en tal precedente se apoya Sáinz Cantero para interpretar el controvertido precepto vigente.

El problema está en determinar si, suprimidos los tipos concretos del contagio intersexual y nutricio establecidos en el Código de 1928, tales hechos deben incriminarse como lesiones, al modo que lo venía entendiendo el T. S., o si, por el contrario, el concepto genérico del vigente 348 bis absorbe también aquéllos. Cuello Calón aceptaba esta segunda hipótesis, mientras Quintano Ripollés entendía que el art. 348 bis es aplicable a los supuestos de transmisión a persona indeterminada mientras su modalidad concreta sigue constituyendo delito de lesiones. En el trabajo reseñado se distingue también entre la modalidad abstracta, caso de aplicación de 348 bis y la modalidad in concreto (transmisión a persona determinada) que no es subsumible en el mismo precepto. Obligan a pensar así:

- a) La contemplación histórico-legislativa anteriormente aludida;
- b) El panorama comparatista que presenta un crecido número de legislaciones;
- c) El bien jurídico contra el que atentan, que es distinto (la integridad corporal de las personas en su caso, la salud pública en el otro, y
- d) Que incluir todas las formas de contagio venéreo en el artículo 348 bis puede resultar lesivo para la reputación de la víctima por tratarse de un delito perseguible de oficio y un mínimo de respeto al contagio aconseja la persecución a instancia de parte. Ciertamente que actualmente en nuestro Derecho también las lesiones, incluso las de escasa gravedad son delito público, mas no debiera ser así. De todos modos, no habrá otra vía en caso de lesiones graves —según el catedrático de la Universidad de Santiago— que intentar subsumirlos en las figuras del Código que llevan este nombre, si bien por la "precisión de los medios comisivos, son de difícil encaje, manteniéndose así la laguna legal que hemos señalado".

Sigue una parte analítica, en la que se perfila la naturaleza de la figura estudiada como delito de peligro abstracto o presunto con presunción *juris et de jure*. Se trata de un delito de resultado, en que el interés protegido es la salud pública, exigiéndose no sólo el contagio a persona determinada sino el peligro de contagio a un número indeterminado de personas. Es decir, que aunque el resultado de la conducta se concreta en una lesión, lo que importa es el valor sintomático de ésta.

En el elemento objetivo subraya la importancia del empleo de la palabra propagar, en vez de contagiar. En el subjetivo entra en el debate sobre la significación de la malicia, que por los viejos comentaristas de nuestra legislación penal vale tanto como dolo, y, en cambio, para algunos de los más jóvenes, sólo designa una especie del mismo. Según Sáinz Cantero la exclusión de las conductas imprudentes no es censurable en este caso, pero sí lo es la de los supuestos de propagación por doo- eventual.

No obstante alguna discrepancia, debe reconocerse que el artículo comentado es por la falta de literatura monográfica en nuestro país sobre el tema, por la importancia dada en el Estado moderno a la tutela de la salud pública así como por la erudición y tino con que es abordada tan problemática materia, del mayor interés y obliga a tributar reconocimiento a su autor

J. A. O.

F R A N C I A

Revue pénitentiaire et de Droit pénal

Julio-agosto 1967

VERNET, J.: "Les règles minimales recommandées par l' O. N. U. en faveur des détenus et inscrites dans le Code français". (Págs. 615-620).

Este autor, que es el delegado de la Sociedad Internacional de Criminología en Francia, en donde desempeña funciones correlativas a Capellán General de Prisiones, compara en este artículo, que es el informe presentado a la O. N. U., las conclusiones que formuló en mayo de 1945 la Comisión de Reforma de Instituciones Penitenciarias Francesas con las del Congreso de dicho organismo en Ginebra en 1955.

Como en las primeras, se establece que las penas privativas de libertad tienen por fin esencial la enmienda y la readaptación social de los condenados, y que el tratamiento impuesto a los penados fuera de toda promiscuidad corruptora debe ser humano, exento de toda vejación y tender principalmente a la instrucción general y profesional y a su mejoramiento, y en los principios adoptados por la O. N. U., que los sistemas penitenciarios no deben agravar los sufrimientos inherentes a la prision y que el tratamiento de los individuos condenados a una pena o medida

privativa de libertad deben tener por fin el crear en ellos la voluntad y las actitudes de vivir respetando la ley y satisfaciendo sus necesidades, debiendo este tratamiento estimular el respeto a ellos mismos y desarrollar el sentido de la responsabilidad, la comparación es fácil.

Lo hace con claridad y precisión ejemplares, de cada principio de las reglas mínimas de la declaración de la O. N. U. con los artículos del Código de Procedimiento francés respecto a: los derechos generales inherentes a la persona humana; derechos propios del hecho de la encarcelación; derechos concedidos para la readaptación del futuro liberado, y derecho a conocer sus derechos.

HIVERT, Dr. Paul: "La simulation en prison". Pgs. 621-625.

Este artículo es la habitual crónica de Criminología Clínica, como es frecuente a cargo del Dr. Hivert, autor del que por esta frecuencia con que se asoma a las páginas de la revista francesa es conocido del público español al que se da noticia de los trabajos publicados en ella.

Esta vez el tema es la simulación en prisión, planteándose de entrada el problema de si esta actitud de simulación ha de considerarse como una conducta lúcida y deliberada, destinada a equivocarnos o como el acto de un enfermo, para, después de recordar algunas definiciones de simulación, entrar en el estudio del simulador, para el que algunas veces la simulación es una actitud de la vida normal del hombre, impuesta por ciertas situaciones excepcionales, en peligro mortal por ejemplo.

Fuera de estos casos puede ser consecuencia de ciertas personalidades psicopáticas, intolerantes con los fracasos de la vida, de cuyas consecuencias quieren escapar. Los débiles mentales caen frecuentemente en simulación, su sintomatología suele ser grosera, caricaturesca, torpe, pero siempre obstinada. Ciertos delinquentes hacen dudar de si se trata de simuladores, las neurosis es un terreno abonado para la simulación; la histeria es por excelencia la simulación patológica, el histérico se engaña a sí mismo, más que una simulación ante los otros la realiza ante sí mismo.

Hace el estudio de la simulación diciendo que toda enfermedad puede ser simulada, que ciertas afecciones lo son con más frecuencia sobre todo las nerviosas. Las enfermedades mentales dejan el terreno preparado, pues aparecen como el dominio, donde todo control objetivo desaparece, estos son en primer lugar los estados de agitación difíciles de sostener, dejando siempre una amnesia; por el contrario los estados de estupor, de inercia, son más fáciles de sostener y menos comprometedores, el delirio que invade el campo de la conciencia está a veces conservado, las confusiones y las demencias parecen capaces de reproducirse, la supuesta amnesia es frecuentemente invocada, pero será demasiado perfecta, demasiado masiva.

Finalmente valora la simulación al penetrar su significado viendo en ella el lenguaje de los oprimidos. El recurrir a la enfermedad tiene siem-

pre un fin de utilidad, un sentido oculto que traduce su angustia y su sufrimiento, en un clima de desconfianza, que alimenta la simulación, cuando la prisión pierda su carácter opresivo y humillante para el individuo la simulación será un fenómeno histórico.

SCHEWIN, J.: "Quelques reflexions pratiques sur les sursis avec mise a l'épreuve (págs. 625-634).

Este trabajo es la crónica ya habitual de Jueces de Ejecución de Penas, esta vez a cargo del encargado de esta función en Pointoise; el que empieza reconociendo el éxito de la suspensión de condena con sometimiento a prueba que en los ocho años de su creación sólo ha dado un siete por 100 de revocaciones, este éxito aún puede ser mejorado mediante reformas en la práctica cotidiana de los Comités en la jurisprudencia y en la legislación.

En la práctica cotidiana respecto a los beneficiarios de la suspensión desaparecidos antes de haberse hecho cargo de ellos el Juez de Ejecución de Penas, por citárseles a la dirección que tenía en la instrucción, que ha variado corregible por la entrega de un impreso durante la instrucción para ser admitido al Juez si cambia de dirección.

Respecto a la práctica de los Tribunales señala: que toda declaración de sumisión a prueba debe tener pronunciamientos especiales al menos trabajo regular residencia pago de indemnización a las víctimas; que deberá llegarse a un acuerdo respecto a la fecha de empezar a contar el principio de la prueba que para unos es la fecha en que se decreta y para otros la de expiración del plazo de apelación; en cuanto a la residencia del sometido a prueba es preciso notificarle la obligación que tiene de hacerlo en el lugar que se le señale y de comunicar todo cambio de ella, debiéndose en caso de no hacerlo revocar el beneficio de suspensión; que en cuanto al tribunal competente para proponer la revocación del sometimiento a prueba es el del lugar donde resida el condenado.

Respecto a las reformas legislativas: una más clara fijación de la obligación de residencia; concesión al Juez de Ejecución de Penas de la facultad de ordenar la conducción ante él al que no acuda a la citación que se le haga; facultad de sancionar los incidentes que puedan surgir en la ejecución sin llegar a proponer la revocación de la concesión; creación de una verdadera jurisdicción creando en cada tribunal una sala de ejecución de penas.

* * *

La información sobre las reuniones de la Société Générale des Prisons versa sobre la celebrada el 11 de marzo de 1967, en la que se examinó la marcha general de la asociación en el año anterior y se discutió la ponencia de Dutheillet-Lamonthezie sobre el Juez de Ejecución de Penas en prisiones centrales de régimen progresivo.

* * *

Las crónicas extranjeras en este número fueron: la alemana a cargo de Herzog, la canadiense redactada por Garneau y la filandesa por Soine.

DOMINGO TERUEL CARRALERO

I T A L I A

Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale

Fasc. 3, julio-septiembre 1967

BETTIOL: "Sulla pena di morte".

Todo penalista —dice Bettiol— acaba por ocuparse de este problema fundamental de la pena de muerte, admitida en demasiados países, no obstante la oposición científica y política en amplios estratos de la opinión pública.

Favorables y adversarios deben reconocer que se encuentran en la discusión, no sólo con el intelecto y la lógica, sin también con el corazón y el sentimiento; con la lógica del corazón, de que habló Pascal. Beccaria, bajo el clima del Estado de policía, la proscribió en general, pero la admitió en dos casos por exigencias de seguridad pública, cuando precisamente para el delito político, dada la variabilidad de su noción en el tiempo y en el espacio, debe ser en todo caso abolida. La reciente historia de Europa advierte cuán peligrosa es la pena de muerte en manos del poder despótico de un hombre o clase. Esta limitación no es una consecuencia lógica de principios abstractos, sino de lógica concreta.

Italia, con la Constitución de 1948 abolió la pena de muerte, reintroducida por el Código de 1931 en nombre de un principio político autoritario. Se mantiene hoy solamente para delitos previstos en el Código penal militar en tiempo de guerra. Es una excepción determinada por móviles político-militares.

Si la pena de muerte es correlativa al régimen político autoritario, podría deducirse incompatibilidad con el régimen democrático. Sin embargo, subsiste en países que se llaman democráticos, aunque no todos lo son. Mas para Bettiol democracia es defensa del que permanece en minoría; esto es, reconocimiento de los derechos inviolables de la naturaleza humana. Si el individuo es el valor supremo, es inconcebible toda pena que lo destruya. Sin duda los Estados que la han suprimido lo han hecho en homenaje a esta concepción individualista.

Es una tendencia, pero no una constante necesaria. Cuando se habla de pena de muerte se hace referencia a una providencia represivo-retributiva infringida por el juez a la persona que culpablemente ha realizado un delito; no es simple eliminación de un individuo peligroso. Cuando se comienza a hablar de una prevención penal *ante delictum* frente a determinados delitos, se conoce el punto de partida, pero no el de llegada: éste es la eliminación por razones de defensa social de sujetos socialmente peligrosos. Todo el sector de la defensa social (vieja o nueva) está inmerso en un clima de peligro para las libertades individuales. La nueva defensa social podrá venir humanizada en el cuadro de civilización que caracteriza a nuestro mundo, pero está preñada de peligros y daños para la libertad del individuo. Es en el Estado de derecho donde el problema de la pena de muerte, como sanción inspirada en el principio retributivo, debe ser discutido. La retribución no quiere decir ley del

tali3n, sino proporci3n entre la gravedad de la pena y la del delito. Cuando se defiende la pena de muerte en nombre de la retribuci3n se da una interpretaci3n abstracta y formalista del principio retributivo, y la que se debe dar es una interpretaci3n hist3rico cultural. Hoy no se siente la pena de muerte como pena retributiva, sino terrorista: la justa retribuci3n ha encontrado otra especie penal que salva la vida del hombre limitando s3lo la libertad personal.

El profesor Bettiol, penalista y pol3tico a la vez, tiene la preocupaci3n de hermanar sus concepciones cient3ficas con su posici3n pol3tica. Pero, sin perjuicio de reconocer el influjo del liberalismo para reducir o hasta suprimir el castigo capital, como nos demuestra la historia del siglo XIX, nos parece aventurado unir la abolic3n a la democracia. Maurach (*Problemas de la reforma penal en Alemania*, en "Anuario", fasc. 3 de 1967) afirma que si la reintroducci3n de la pena de muerte fuera abandonada a la decisi3n popular, llegar3a a producirse a su favor una mayor3a del 60 al 70 por 100. Algo semejante podr3a decirse de otros pa3ses, a juzgar por la conmoci3n que ciertos cr3menes muy graves producen en las gentes, quienes estiman no ser satisfactorio otro suplicio que el capital. No se trata precisamente de la ley del tali3n, porque para el homicidio simple no se desea la muerte del delincuente al menos fuera de los c3rculos m3s allegados a la v3ctima sino m3s bien del sentimiento de inseguridad, del temor a padecer alg3n d3a an3logo ataque alevoso o premeditado como el que se juzga, y tambi3n de la creencia demasiado optimista en la eficacia intimidante de la pena.

J. A. O.

Quaderni di criminologia clinica

Octubre-diciembre 1967

CICCOTTI, R.: "Un sistema di trattament penitenziario". Otto anni di esperienza nell'Istituto di Trattamento Progressivo per giovani adulti di Rima Rebibbia"; p3gs. 421 a 470.

El subt3tulo dice claramente cu3l es el fin del trabajo, un an3lisis y resumen de la labor realizada en esta prisi3n, que sirve de piloto no s3lo en Italia. En Espa3a se ha dado noticia con alguna frecuencia de sus m3todos, experiencias y resultados, aunque necesariamente s3lo en algunos aspectos; por eso el recensionista de este extenso y documentado art3culo lo har3 con detenimiento s3lo de aquella parte que trate de los aspectos menos divulgados de 3l.

Sienta la premisa de que su finalidad fundamental es castigar reeducando, buscando el medio m3s conveniente en armon3a con la estructura del Instituto y seg3n la poblaci3n reclusa siguiendo el sistema progresivo adoptado en todos los pa3ses para j3venes adultos, aqu3 pidiendo ayuda a otras disciplinas como la pedagog3a, la psicolog3a, la sociolog3a, la criminolog3a, etc, para la adopci3n de un sistema no r3gidamente progresivo, que suele terminar con la propuesta hecha por el equipo de tratamiento de la propuesta de liberaci3n condicional tras ex3menes

médicos, psicológico y comportamental e informe del asistente social sobre el ambiente familiar que encontrará a su salida.

Después una descripción más de la Rebibbia y de la manera de trabajar del equipo de observación para un conocimiento profundo de la personalidad del observado, consideraciones sobre el trabajo y la escuela como instrumentos de reforma, sobre el sentimiento y prácticas religiosas de los internados, materia poco tratada por los expositores del sistema; adopción de la psicoterapia de grupo en el tratamiento, tema bien poco frecuente en las informaciones sobre el Instituto, de la disciplina que rige en él, los castigos que se imponen y la necesidad de su individualización y de la actividad cultural desarrollada, con consideraciones sobre la clase de literatura preferida por los internos.

Merecen especial mención las observaciones sobre el empleo del tiempo libre, la actividad deportiva como medio de maduración del carácter, deportes preferidos por los internos, sus reacciones frente a las películas exhibidas, sobre todo en la televisión, que se revela en discusiones provocadas por los instructores en los días posteriores a la exhibición. Aún ofrece mayor interés el funcionamiento del Comité de bienestar, formado por algunos detenidos elegidos por votación, por lo demás, que desarrolla la auto-disciplina y el auto-control entre ellos, y la influencia de las visitas y la correspondencia.

Con euforia y como ejemplo expone tres casos tratados en Rebibbia, dos homicidas y un ladrón multirreincidente, los que, tras un período de libertad condicional, se reintegraron a la vida social, sin volver a delinquir.

Termina con la enumeración de las dificultades encontradas, como falta de preparación del personal de custodia y el problema sexual en una población de jóvenes carentes de relaciones con el otro sexo, con el temor de extravíos, combatible con un continuo dinamismo, desarrollo de relaciones intersociales, con proscripción de amistades particulares y unas conclusiones sobre los delincuentes más difícilmente tratables y una estadística sobre los tratados y los resultados obtenidos, que despierta en el lector un razonable optimismo.

FERRARI, M.: "Il valore criminogenetico del mutamento pauroso degli schizofrenici"; págs. 422 a 484.

Ha tiempo se ha notado la frecuencia de acciones delictivas cometidas por esquizofrénicos, sobre todo homicidios. La peligrosidad de las acciones impulsivas de estos enfermos ha sido evidente, sobre todo en fases de excitación o de depresión, dada sin una motivación lógica, inesperada e imprevisiblemente, sobre ideas delirantes de ruina; pero no siempre la acción criminal surge cuando es notoria la enfermedad, sino en su fase preclínica, en su iniciación, en su fase médico legal.

Diversos autores —recuerda— han expuesto casos de delitos cometidos por estos enfermos. El autor del artículo expone uno de un homicidio y otro de un uxoricidio, viendo en el examen de estos casos que la enfermedad ha explotado fulminantemente con un acto criminal, que tiene como síntoma el cambio pavoroso con una sensación de cataclismo inmi-

nente que conturba la mente del enfermo, habiéndose producido un fenómeno parecido con una inyección de mescalina, sacando la conclusión de que sobre todo los homicidios cometidos por estos enfermos han de imputarse siempre a perturbaciones producidas por el miedo.

El caso examinado en este número es el de un joven de veinte años condenado por receptación, hurto continuado y tenencia ilícita de armas de fuego, que, huérfano a los cuatro años, ha vivido en diversos hospicios hasta los diecisiete, que va a vivir con su octogenaria abuela, y que, falto de afecto, traba amistades extrafamiliares con individuos que refuerzan sus escasos ingresos con expedientes delictivos en los que le inician. El examen pone de relieve su escasa peligrosidad criminal y sus posibilidades de readaptación.

Tiene este número numerosas recensiones, entre ellas dos de obras de nuestro P. Beristain, hechas con todo cariño e interés.

D. T. C.

NACIONES UNIDAS

Revista Internacional de Política Criminal

Núm. 24, 1966

En este número se abandona el sistema de expresión trilingüe, español, francés e inglés; es decir, de publicación en un idioma con amplias recensiones en los otros dos, para emplear totalmente en cada número un solo idioma; ahora, naturalmente, nos referimos al de expresión española. Siguen sus tres grandes partes: artículos, información recibida de corresponsales nacionales y recensiones.

Es la más extensa y densa la de artículos, nueve en total, de la que esperamos hacer la sucinta referencia de alguno de ellos:

EL INSTITUTO DE LAS NACIONES UNIDAS DE ASIA Y DEL LEJANO ORIENTE PARA LA PREVENCION DEL DELITO Y EL TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE: "Principios generales de la enseñanza cooperativa y su aplicación a la capacitación regional"; páginas 3 a 8.

La capacitación internacional no es un nuevo campo de actividad y desde hace más de treinta años las universidades y las instituciones de enseñanza han abierto sus puertas a los estudiantes de otros países. Incluso los cursos superiores para expertos y ejecutivos de alta categoría tienen un historial considerable. La capacitación internacionalmente organizada que proporcionan las Naciones Unidas o ciertos grupos de países por sí mismos no está tan bien establecida y en el pasado se ha tendido a que estos cursos fuesen breves y destinados a cumplir objetivos bien limitados; en el artículo reseñado se han extraído ciertos principios generales y se han formulado algunas recomendaciones para las políticas y prácticas futuras. El principio general es que no son las soluciones de los problemas sociales lo que debe transmitirse a otras culturas, sino más bien los métodos y técnicas utilizados para resolver los problemas de una penología que facilitarían la adquisición de conociemien-

tos sociales, y por tanto, resalta en el valor de la capacitación internacional sobre la nacional de una manera evidente.

W. CLIFFORD: “La formación profesional para la lucha contra la delincuencia en el contexto del desarrollo nacional”; págs. 9 a 26.

Este interesante artículo es tan amplio que no podemos dar más detalles que la enunciación de su contenido. Trata de la formación profesional para la lucha contra la delincuencia con inversión nacional; planificación y formación profesional en los países desarrollados y en desarrollo; evaluación de los programas de formación profesional particularizados en la policía, servicio de prisiones, libertad vigilada y trabajo social.

KARPETS, I. I.: “Planes para preparar personas que se dedican a la prevención del delito y al mantenimiento del orden público en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas”; págs. 27 a 2.

Este artículo es de difícil comprensión por referirse a Instituciones que se suponen conocidas y que no lo son para el público occidental asesores populares, tribunales de camaradas y brigadas de voluntarios, integradas por personas que, sin conocimientos académicos adecuados, luchan por la prevención del delito y la defensa social, por lo que ha de proveérseles de un mínimo de conocimiento de las leyes y organización soviéticas, a cuyo fin tiende la planificación de esfuerzos, materia de este artículo.

VEILLARD-CYBULSKI, M.: “Formación del personal de defensa social de la juventud como inversión a largo plazo. Aspectos del problema actual”; págs. 57 a 64.

No se puede calcular exactamente los daños materiales causados por los delincuentes, pero sí determinar que el tratamiento de la juventud delincuente ha de resultar menos elevado que estos daños. Sobre esta base el autor estudia el desarrollo de este tipo de acción social referido a instituciones, tribunales especiales a los diversos tipos de tratamiento en condiciones de libertad y a la evaluación de los métodos de tratamiento, para tratar seguidamente de la capacitación de personal para el trabajo reeducativo entre los jóvenes delincuentes inadaptados o en peligro moral referidos a policía, jueces de tribunales de menores y miembros de comisiones y funcionarios encargados de la libertad vigilada y reeducadores en instituciones cerradas.

Los demás artículos a que nos hemos referido son: Evaluación provisional de lo que se ha hecho para la formación de trabajadores sociales para la juventud, por Pierre François; La capacitación en materia de salud mental y sus repercusiones en la defensa social por el Dr. Daniel Blain; Elementos de costos y beneficios de un proyecto para formar trabajadores educacionales y sociales en el Camerún, por Pierre Zumbach y Dominique Lang; Perspectivas para programas especializados de capacitación en defensa social en América Latina, por el Instituto Interamericano del Niño; Función y valor potencial de los voluntarios en la defensa social, por la Asociación Internacional de Ayuda a los Prisioneros.

NOTICIARIO

NUEVOS CATEDRATICOS

Han sido nombrados Catedrático de Derecho Penal en virtud de oposición, don Gonzalo Rodríguez Mourullo y don Manuel Cobo del Rosal, para las Universidades de Oviedo y La Laguna respectivamente. Ambos han sido asiduos colaboradores de esta revista y el señor Cobo del Rosal desempeña el cargo de Vicesecretario de la misma.

Asimismo han sido designados Catedráticos de Derecho Penal de la Universidad de Madrid: en virtud de concurso, don Antonio Ferrer Sama, Catedrático que fue en las Universidades de Murcia y Valencia, y Juez Tutelar de Menores en Madrid; en virtud de oposición, don José María Rodríguez Devesa, que había sido titular de la misma cátedra en las Universidades de Murcia y Valladolid, y Auditor del Cuerpo Jurídico Militar. Los dos insignes penalistas han honrado repetidamente las páginas de este ANUARIO con su colaboración.

CONFERENCIAS

Hans Welzel, Catedrático de Derecho penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, doctor *honoris causa* de las Universidades de Toulouse en Francia, de la Nihon de Tokio y de la Kjung-Hi de Seúl, pronunció dos conferencias, «La doctrina de la acción finalista, hoy», y «La renovación del Derecho natural y de la teología jurídica en Alemania, después de 1945», en el Salón de Actos del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, en los días 22 y 24 de abril de 1968, invitado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid y por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Hicieron la presentación del conferenciante los profesores Antón Oneca y Legaz Lacambra, Catedráticos de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Madrid. Las conferencias se publicarán, traducidas al castellano por José Cerezo Mir, profesor adjunto de Derecho Penal de la Universidad de Madrid, en el ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES y en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, respectivamente.

El profesor Hans Welzel pronunció también una conferencia en la Universidad de Valladolid, invitado por don José M.^a Rodríguez Devesa, entonces Catedrático de Derecho Penal de dicha Universidad.

* * *

En la Escuela de Estudios Penitenciarios de Madrid y organizado por la Dirección General de Prisiones, se ha celebrado un importante ciclo de conferencias en colaboración con la Embajada de la República Francesa y la

Asociación Hispano-Francesa de Cooperación Científica y Técnica sobre Tratamiento Penitenciario, siguiendo el programa que transcribimos:

22 de marzo: Prof. Dr. Marc ANCEL, profesor de Derecho Penal Comparado y Magistrado de la «Cour de Casation».

Tema: *La noción de tratamiento en las legislaciones penales vigentes.*

26 de marzo: Dr. Georges FULLY, Secretario General de la Sociedad Internacional de Criminología e Inspector de la Sanidad Penitenciaria Francesa.

Tema: *Experiencia de la Central de Observación de FRESNES.*

27 de marzo: Prof. Dr. Jean PINATEL, profesor de Criminología en la Universidad de París y Presidente de la Sociedad Internacional de Criminología.

Tema: *Investigación criminológica y tratamiento.*

2 de abril: Prof. Dr. Pierre BOUZAT, profesor de Derecho Penal, Secretario General de la Asociación Internacional de Derecho Penal y Decano de la Facultad de Derecho de Rennes.

Tema: *Psicoterapia de grupo o tratamiento de grupo. Experiencia francesa.*

6 de abril: Prof. Dr. Marcel COLIN, profesor del Departamento de Criminología del Instituto Universitario de Medicina Legal de la Universidad de LYON y médico-psiquiatra de las prisiones de LYON.

Tema: *Métodos de integración de tratamiento penal; de la psicoterapia de grupo en tratamiento institucional.*

INDICE GENERAL DEL TOMO XXI

FASCICULO I Enero-abril MCMLXVIII

Sección Doctrinal

	Páginas
<i>Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación (Ley de 8 de abril de 1967)</i> , por Juan del Rosal	5
<i>El "encausado" en el proceso penal español. (El "Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal" de 1967 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la Ley de 8 de abril de 1967)</i> , por Víctor Fairen Guillén.	37
<i>Función y naturaleza del artículo 226 del Código Penal</i> , por Manuel Cobo.	53
<i>En torno al concepto y al contenido del Derecho penal tributario. Texto de la intervención en las I Jornadas luso-hispano-americanas de estudios financieros y fiscales y texto de sus Conclusiones</i> , por Fernando Sainz de Bujanda	77

Sección Legislativa

<i>La nueva rubricación "Delitos contra los altos organismos del Estado", creada por la Ley de 8 de abril de 1967, reformando determinados preceptos del Código Penal</i> , por Domingo Teruel Carralero	117
<i>Ministerio de Justicia. Decreto 162/1968, de 25 de enero, sobre modificación de determinados artículos del Reglamento de los Servicios de Prisiones, de 2 de febrero de 1956</i>	123

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia procesal penal (tercer cuatrimestre de 1966)</i> , por Fernando Gisbert Calabuig	133
---	-----

Crónicas extranjeras

<i>Confrontación del Derecho penal clásico con el de la defensa social. El punto de vista doctrinal</i> , por Roger Merle (trad. de Núñez Barbero)	157
--	-----

Revista de libros

ALTAVILLA, Enrico: <i>Proceso a los padres</i> , por J. M. Nin de Cardona ...	167
BARBERO, Marino: <i>El suicidio</i> , por J. Antón Oneca	170
BETTIOL, Giuseppe: <i>O problema penale</i> , por P. Meneu	172
CAMAÑO ROSA, Antonio: <i>Legítima defensa</i> , por D. Teruel Carretero ...	173
CANO MATA, Antonio: <i>El Juez de ejecución de penas</i> , por D. T. C. ...	173
DABIN, Jean: <i>Le Jury au droit pénal moderne</i> , por P. M.	174
LARDIZÁBAL, Manuel: <i>Discurso sobre las penas</i> , por Vicente Ferrándiz.	177
MARTÍNEZ DÍAZ, S. J., Gonzalo: <i>La tortura judicial en la legislación histórica española</i> , por J. A. O.	179
MIDDENDORF, Wolf: <i>Criminología de la juventud</i> , por J. M. N. de C.	181
SABATER TOMÁS, Antonio: <i>Los delincuentes juveniles</i> , por F. Díaz Palos.	193

Revista de revistas

Alemania

<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i> (1966, fasc. 2), por E. Gimbernat	198
---	-----

Argentina

<i>Revista de Derecho Penal y Criminología</i> (n.º 1), por J. A. O.	203
---	-----

España

<i>Revista de Estudios Penitenciarios</i> (enero-junio 1967), por J. A. O.	205
---	-----

Francia

Revue pénitentiaire et de droit pénal, por D. T. C. 207

Italia

Rivista italiana di diritto e procedura penale (jul.-sep. 1967), por J. A. O. 210

Quaderni di criminologia clinica (oct.-dic. 1967), por D. T. C. 211

Naciones Unidas

Revista Internacional de Política Criminal (n.º 24, 1966), por D. T. C. 213

NOTICIARIO 215

Sección Legislativa

La nueva rubricación "Delitos contra los altos organismos del Estado", creada por la Ley de 8 de abril de 1967, reformando determinados preceptos del Código Penal, por Domingo Teruel Carralero 117

MINISTERIO DE JUSTICIA. *Decreto 162/1968, de 25 de enero, sobre modificación de determinados artículos del Reglamento de los Servicios de Prisiones, de 2 de febrero de 1956* 123

Sección de Jurisprudencia

Jurisprudencia procesal penal (tercer cuatrimestre de 1966), por Fernando Gisbert Calabuig 133

Crónicas extranjeras

Confrontación del Derecho penal clásico con el de la defensa social. El punto de vista doctrinal, por Roger Merle (trad. de Núñez Barbero) 157

Revista de Libros 167

ALTAVILLA, Enrico: *Proceso a los padres*, por J. M. Nin de Cardona.—BARBERO, Marino: *El suicidio*, por J. Antón Oneca.—BETTIOL, Giuseppe: *O problema penale*, por P. Meneu.—CAMAÑO ROSA, Antonio: *Legítima defensa*, por D. Teruel Carralero.—CANO MATA, Antonio: *El Juez de ejecución de penas*, por D. T. C.—DAVID, Jean: *Le Jury au droit pénal moderne*, por P. M.—LARDIZÁBAL, Manuel: *Discurso sobre las penas*, por Vicente Ferrándiz.—MARTÍNEZ DÍAZ, S. J., Gonzalo: *La tortura judicial en la legislación histórica española*, por J. A. O.—MIDDENDORF, Wolf: *Criminología de la juventud*, por J. M. N. de C.—SABATER TOMÁS, Antonio: *Los delincuentes juveniles*, por F. Díaz Palos.

Revista de Revistas 198

ALEMANIA: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1966, fasc. 2), por E. Gimbernat.—ARGENTINA: *Revista de Derecho penal y Criminología* (n.º 1), por J. A. O.—ESPAÑA: *Revista de Estudios Penitenciarios* (enero-junio 1967), por J. A. O.—FRANCIA: *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, por D. T. C.—ITALIA: *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (jul.-set. 1967), por J. A. O. *Quaderni di criminologia clinica* (oct.-dic. 1967), por D. T. C.—NACIONES UNIDAS: *Revista Internacional de Política Criminal* (n.º 24, 1966), por D. T. C.

Noticario 215

Suscripción anual: España, 300,— pesetas
Extranjero, 400,— pesetas
Numero suelto: España, 125,— pesetas
Extranjero, 150,— pesetas