

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXVI
FASCICULO III



SEPT. - DICIEMBRE.
MCMLXXXIII

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Subdirector:

CARLOS GARCIA VALDES

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR G.*

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Secretario:

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Consejo de Redacción:

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Profesor Agregado de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ

Ex Presidente de la Sala 2.ª del
Tribunal Supremo

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de San Sebastián

HORACIO OLIVA GARCIA

Profesor Agregado de Derecho penal de la
Universidad Complutense

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado de la Sala 2.ª del Tribunal
Supremo

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la Univer-
sidad Autónoma de Madrid

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la Univer-
sidad de Zaragoza

JOSE ANTONIO SAINZ CANTERO

Catedrático de Derecho penal de la Univer-
sidad de Granada

MANUEL COBO

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

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad a Distancia

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la Univer-
sidad de Barcelona

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la Univer-
sidad de Oviedo

FERNANDO DIAZ PALOS

Presidente de la Sala 2.ª del
Tribunal Supremo

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la Univer-
sidad de Valladolid

INDICE

	<i>Páginas</i>
SECCION DOCTRINAL	
<i>El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos</i> , por José Cerezo Mir.	471
<i>El delito de daños en el Código penal español</i> , por Agustín Jorge Barreiro.	505
<i>Código Penal Tipo para Latinoamérica</i> , por Isidro de Miguel Pérez	533
<i>El movimiento de la teoría criminológica y evaluación de su estado actual</i> , por Lola Aniyar de C.	545

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL.

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

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

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Mayo-agosto 1983.

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

CORRESPONDENCIA

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

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

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1

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 XXXVI
FASCICULO III



SEPBRE.-DICBRE.
MCMLXXXIII

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

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

El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos(*)

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza

Ilmo Sr. Decano, señoras, señores:

Constituye para mí un gran honor poder pronunciar esta conferencia en la Universidad de Salamanca, una de las Universidades de mayor antigüedad y prestigio de Europa y en el ciclo organizado en recuerdo y homenaje a mi querido maestro don José Antón Oneca. Me unen, además, a esta Universidad vínculos profundos de afecto, pues en ella no sólo ejerció su magisterio durante muchos años don José Antón Oneca, sino que de esta Universidad salmantina fue también profesor auxiliar y catedrático de Química orgánica mi padre don José Cerezo Giménez.

El tema de mi conferencia de esta tarde es algo árido, por su carácter eminentemente técnico y por ser fiel reflejo del grado de desarrollo y complejidad alcanzados por la dogmática del Derecho penal en los últimos tiempos.

Antes de iniciar mi exposición quiero agradecer al ilustrísimo señor Decano de la Facultad de Derecho y a don José Ortego Costales, director del Departamento de Derecho Penal, su amable invitación.

Elementos del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos.

El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos está integrado, generalmente, en nuestro Código por elementos contenidos en las cláusulas generales de los artículos 565, núm. 3.º del artículo 586 o artículo 600 y en las figuras delictivas de los delitos o

(*) Conferencia pronunciada en el Aula de Unamuno de la Universidad de Salamanca el día 11 de noviembre de 1982 en el ciclo organizado en homenaje a don José Antón Oneca.

faltas dolosas correspondientes (1). «El que por imprudencia temeraria» —dice, por ejemplo, el párrafo primero del art. 565— «ejecutare un hecho que si mediare malicia constituiría delito».

Sujeto activo de los delitos de acción culposos puede serlo generalmente cualquiera (en los arts. 565, núm. 3.º del art. 586 y art. 600 se dice simplemente: «El que...» o «Los que...»), salvo que los delitos o faltas dolosas correspondientes o las figuras concretas de delitos o faltas culposos sean delitos especiales (2).

En el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos se comprenden acciones finalistas, cuyo fin es irrelevante para el tipo, pero no así los medios o la forma de su utilización (3). La dirección finalista de la acción no corresponde a la diligencia debida. Como consecuencia de la inobservancia del cuidado debido se produce un resultado material, externo o el peligro concreto de un bien jurídico, o concurre una determinada cualidad de la acción, no queridos. Existen, por tanto, delitos culposos de resultado y de simple actividad. Ejemplo de los primeros sería el homicidio y de los segundos el falso testimonio por imprudencia (4).

La inobservancia del cuidado objetivamente debido.

Para que concurra el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos es preciso, en primer lugar, que el resultado o la cualidad de la acción no queridos se hayan producido por imprudencia o negligencia. El Derecho exige para realizar las diversas acciones en la vida social una determinada diligencia o cuidado. Se trata de una medida objetiva, que está en función de la necesidad de protección de los bienes jurídicos y de las exigencias de la vida social (5). La medida del cuidado debido es independiente de la

(1) Con la única excepción de las figuras concretas de delitos o faltas culposos: los delitos de prevaricación del juez (art. 355), del funcionario (párrafo segundo del art. 358), del abogado o procurador (art. 360), de malversación de caudales públicos (art. 395) y la falta de pastoreo abusivo (art. 592).

(2) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte general I. Introducción. Teoría Jurídica del delito/1*, 2.ª edición, Madrid, Tecnos, 1981. Capítulo XVI, págs. 405-6.

(3) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte general I. Introducción. Teoría Jurídica del delito/1*. Capítulo XII, págs. 324-5.

(4) Véase mi artículo, *Cuestiones previas al estudio de la estructura del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos*, Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, Barcelona, Bosch, 1983, I, págs. 142-3.

(5) Véase en este sentido WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª edición, 1969, págs. 131-2, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona, Ariel, 1964, págs. 71 y ss., y *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1961, págs. 15 y ss.; v. WEBER, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, Ferd. Dummlers Verlag (6), Bonn, 2.ª edición, 1948, págs. 83 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *Das fahrlässige Delikt*, Separata de la Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1964, págs. 45 y ss., y *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, *Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-Nueva York, 1974, págs. 404 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.ª edición,

capacidad de cada individuo. Se trata del cuidado *necesario* para el desarrollo de una actividad social determinada; una persona que no pueda observarlo está obligada a abstenerse de su realización.

El deber de cuidado es, por tanto, un deber objetivo. No es posible que su contenido se determine en función de la capacidad individual. Si cada persona estuviera obligada únicamente a prestar el cuidado o diligencia que le fuera posible, según su capacidad y estuviera facultado, con esa condición, para realizar cualquier tipo de actividad en la vida social, se produciría el caos más absoluto. Ello supondría un grave quebranto para la protección de los bienes jurídicos (7). Los penalistas que incluyen en el tipo de lo injusto de los delitos de la acción culposos, la inobservancia de un deber subjetivo de cuidado —que se daría siempre que el sujeto hubiera podido prever la posibilidad de la producción del resultado (8)— se ven obligados, por ello, a recurrir a un criterio obje-

Duncker-Humblot, Berlín, 1978, págs. 457-458 y 467 y ss. (*Tratado de Derecho Penal, Parte general*, trad. por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, vol. II, págs. 777 y ss. y 796 y ss.); y WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.ª edición, 1978, págs. 127 y ss. Engisch fue el primero que incluyó en el tipo de lo injusto «la inobservancia del cuidado necesario»; véase KARL ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, reimpresión de la edición de Berlín de 1930, Scientia Verlag, Aalen, 1964, pág. 344. La observancia del cuidado objetivamente debido excluye únicamente, según Maurach, la responsabilidad por el hecho, elemento intermedio entre la antijuridicidad y la culpabilidad; véase MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.ª edición, 1971, págs. 554 y ss. (*Tratado de Derecho Penal*, trad. y notas por Juan Córdoba Roda, II, Barcelona, Ariel, 1962, págs. 237 y ss.). Anteriormente se incluía la inobservancia del cuidado objetivamente debido en la culpa, concebida exclusivamente como forma de la culpabilidad, como elemento objetivo de la misma; véase, por ejemplo, v. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 24.ª ed., Berlín, Leipzig, 1922, págs. 184 y ss.; v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, reimp. de la ed. de Berlín, 1930, Scientia Verlag, Aalen, 1971, tomo 2, págs. 361 y ss.; MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, trad. por J. A. Rodríguez Muñoz, II, Madrid, 1949, págs. 182 y ss., y *Strafrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 8.ª ed., 1958, págs. 187-8, y entre nosotros, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte general*, pág. 219.

(6) Véase, por ejemplo, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1978 (A. 2394), 29 de enero de 1980 (A. 254) y 5 de diciembre de 1980 (A. 4781).

(7) Véase, en este sentido, SCHMIDHÄUSER, *Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung*, *Festschrift für F. Schaffstein*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1975, págs. 151-2, y CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, Bosch, 1981, págs. 217-8.

(8) Véase, en este sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 3.ª ed., Carl Heymanns Verlag, 1981, págs. 294 y ss.; G. JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1972, págs. 64 y ss., y *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, en *Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IV. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung*, Teherán, 1964, págs. 20-1, nota 45; SAMSON, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Metzner, 1977, págs. 129 y ss. (n.º 13 y ss.); HARRO OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1976, págs. 172 y ss.; y entre nosotros, S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en*

tivo, no sólo para excluir del tipo los supuestos de riesgo permitido (9), sino también para exigir al que no pueda martenerse dentro de los límites de dicho riesgo, al realizar una actividad social determinada (no pueda observar, por ejemplo, las reglas del Código de la Circulación, al conducir un vehículo de motor) que se abstenga de su realización (culpa al asumir la realización de la acción) (10).

Esta construcción tan compleja y contradictoria obedece a la preocupación por la impunidad de las personas que, por estar dotadas de unas facultades excepcionales, puedan observar un cuidado mayor del objetivamente debido. El problema se plantea únicamente en relación con la *capacidad* y no con los *conocimientos especiales* del individuo. Estos últimos son tenidos en cuenta en el juicio de previsibilidad objetiva que sirve de base, como veremos, para determinar el cuidado objetivamente debido. El juicio de previsibilidad objetiva se lleva a cabo colocándose el juez en el lugar del sujeto en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente, *más las conocidas por el autor* (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales, así como *el saber experimental excepcional del autor* (saber nomológico) (11). Stratenwerth cita el ejemplo del cirujano extraordinariamente capacitado que, en una operación peligrosa, se limita a hacer uso de la capacidad y las técnicas imprescindibles para poder llevar a cabo este tipo de operación (12). Su conducta responderá al cuidado objetiva-

el Estado social y democrática de Derecho, Barcelona, Bosch, 1979, págs. 53 y ss., y *adiciones* a la trad. del Tratado de Derecho Penal, de Jescheck, II, Barcelona, Bosch, 1981, pág. 791.

(9) Véase JAKOBS, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, pág. 21, nota 45, STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, págs. 294 y ss. (especialmente núms. 1.097 y 1.101) y SAMSON, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, págs. 132-3.

(10) En esta última contradicción, señalada por Schünemann (véase BERND SCHÜNEMANN, *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik? Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolges im Verbrechenaufbau*, en *Festschrift für F. Schaffstein*, págs. 167-8) incurren claramente STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, página 296 (n.º 1.105) y HARRO OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, págs. 173-4. Stratenwerth pone, ciertamente, como condición que el sujeto pudiera darse cuenta de su incapacidad; si no le fuera posible quedaría excluido, al menos, lo ilícito penal. Este sería el caso, según él, del conductor al que la arterioesclerosis le impide darse cuenta de la disminución de su rapidez de reflejos. Con ello Stratenwerth no sólo no salva, sino que agrava la contradicción en que incurre, pues un mismo conductor estaría sometido en unos casos a un deber objetivo de cuidado —si podía prever su incapacidad de observarlo— y en otros a un deber subjetivo.

(11) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*. Capítulo XII, pág. 351 y especialmente nota 48.

(12) Véase STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pág. 294 (n.º 1.098).

mente debido y no está comprendida en el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos (homicidio por imprudencia). Esto no quiere decir, sin embargo, que sea necesariamente impune. Si el cirujano no hace uso de su capacidad excepcional o de la técnica que sólo él conoce, a pesar de haber previsto la posibilidad de la muerte del paciente y de evitarla mediante el uso de sus facultades excepcionales, estaremos ante un delito de homicidio doloso por acción (si contaba con la posibilidad de la producción del resultado mortal) o por omisión (si confiaba en que, a pesar de todo, el resultado de muerte no se produjera) (13). En este último caso la omisión es consciente, el sujeto tenía la posibilidad física-real de evitar la producción del resultado y ocupaba, además, la posición de garante (14). Sólo cuando la omisión sea inconsciente (si el cirujano no ha previsto, aunque podría haberlo hecho dada su capacidad excepcional, la complicación mortal o la posibilidad de evitarla mediante la técnica que sólo él conoce) (15), la conducta será impune (16).

(13) Véase, sobre la distinción de los delitos de acción y de omisión, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, págs. 488 y ss. (*Tratado de Derecho Penal, Parte general, II*, págs. 828 y ss.). En este caso la conducta activa del cirujano, causante del resultado de muerte, no está comprendida en el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos, pero la no utilización de su excepcional capacidad o de la técnica que sólo él conoce pueden estar comprendidas en los tipos de los delitos de comisión por omisión.

(14) Véase, sobre el tipo de lo injusto de los delitos de comisión por omisión dolosos, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, págs. 211 y ss.

(15) Welzel incluye aún los supuestos en que el sujeto no conocía, pero podía conocer el medio o modo de evitar la producción del resultado en el tipo de lo injusto de los delitos de comisión por omisión dolosos; véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pág. 212. No me parece convincente, sin embargo, la inclusión de supuestos de omisión *inconsciente* en el tipo de los delitos de comisión por omisión *dolosos*.

(16) Me parece preferible asumir esta limitación del ámbito de la punibilidad que considerar que la mayor capacidad individual, en caso de desarrollo de nuevas técnicas, determine una modificación del cuidado objetivamente debido, como estima SCHÜNEMANN; véase, *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?*, págs. 166-7. La medida del cuidado objetivamente debido se determinaría en función de la excepcional capacidad del cirujano, por ejemplo, que ha descubierto una nueva técnica, de modo que todas las intervenciones de sus colegas que desconozcan dicha técnica serían antijurídicas, pudiendo excluirse únicamente la culpabilidad. Sobre esta consecuencia inadmisibles de la tesis de Schünemann ha llamado la atención STRATENWERTH; véase, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pág. 294, n.º 1.098. Tampoco me parece convincente la solución propuesta por Cramer, de que el cuidado objetivamente debido marcaría el cuidado mínimo exigido por el ordenamiento jurídico, pero las personas que por estar dotadas de una capacidad excepcional, pudieran observar un cuidado mayor estarían obligadas a hacerlo; véase CRAMER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20 ed., Verlag, C. H. Beck, 1980, págs. 224 y ss. (n.º 135 y ss.). Blei considera, incluso, que el cuidado objetivamente debido exige al que está dotado de una capacidad excepcional hacer uso de dicha capacidad; véase, BLEI, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 17 ed., Verlag C. H. Beck, 1977, pág. 269 y en sentido similar CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I. La actividad curativa*, pág. 221, siguiendo a Mir Puig, que

Problemática es la cuestión de si las acciones que responden al cuidado objetivamente debido y causan, no obstante, la lesión de un bien jurídico constituyen un ilícito civil. Si así fuera, ello permitiría quizá afirmar la responsabilidad civil de las personas que por su excepcional capacidad pudieran observar un cuidado mayor del objetivamente debido y su acción no estuviera comprendida en los tipos de los delitos de acción o de comisión por omisión, dolosos o culposos. Lo lógico sería estimar que la acción que responde al cuidado objetivamente debido, es decir al cuidado necesario para evitar la lesión de los bienes jurídicos sea *lícita*, aunque cause la lesión de un bien jurídico y no que quede excluido únicamente lo ilícito penal (17). Nuestros civilistas parten, sin embargo, de la consideración de que, en principio (si no concurre una causa de justificación) es antijurídica toda acción que lesiona un bien jurídico, al interpretar el artículo 1.902 del Código civil («El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»), lo cual permite explicar la tendencia que se observa en este sector del ordenamiento hacia la responsabilidad objetiva, por ejemplo, en materia de responsabilidad civil patrimonial derivada de accidentes automovilísticos (arts. 1 y concordantes del Decreto de 21 de marzo de 1968, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de 24 de diciembre de 1962) (18). Al constituir un ilícito civil, en principio, la acción que lesiona un bien jurídico, el sujeto estará obligado a reparar el daño causado si no observa el cuidado que personalmente podía observar, dada su excepcional capacidad, al basarse, al parecer, nuestro Código civil (arts. 1.902 y 1.104), al menos en su orientación originaria, en una concepción de la culpa como infracción de un deber subjetivo de cuidado (19).

se inclinó después, en sus *adiciones* a la traducción del Tratado de Derecho Penal, de Jescheck, II, pág. 791, por la inclusión en el tipo de la infracción de un deber subjetivo de cuidado. Implica una contradicción, como ha señalado Samson, que la capacidad individual de las personas excepcionalmente capacitadas sirva para determinar el contenido del deber de cuidado, mientras que sea indiferente para ello la de las personas que no llegan a alcanzar una capacidad media; véase SAMSON, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, pág. 131, n.º 146.

(17) Véase, en este sentido, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pág. 135, y *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, págs. 26 y ss., cuya opinión no interpreta acertadamente TORIO, en *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1974, fasc. 1.º, páginas 31-2.

(18) Véase en este sentido, TORIO, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, págs. 37-8; JOSÉ LUIS LACRUZ, *Manual de Derecho Civil*, precedido de una Introducción al Derecho, Barcelona, Bosch, 1979, páginas 565 y ss.; y JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, tomo IV, *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 10.ª ed. revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Madrid, Reus, 1977, págs. 894 y ss. y 900 y ss.

(19) Véase, a este respecto, TORIO, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, págs. 36 y ss.; JOSÉ LUIS LACRUZ, *Manual de Derecho civil*, pág. 576 y JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, págs. 900 y ss.

El argumento que esgrime Stratenwerth (20) en favor de la inclusión en el tipo, de la infracción de un deber subjetivo de cuidado, de que también aquí, como en la omisión, el sujeto ha de tener la capacidad de obrar conforme a Derecho, no me parece convincente. En los delitos de comisión por omisión se imputa al sujeto un resultado que (generalmente) no ha causado, cuando, ocupando una posición de garante del bien jurídico en peligro, no evita la producción del resultado pudiendo hacerlo (siendo, además, la omisión equivalente a la acción desde el punto de vista de los tipos de lo injusto)). En los delitos de acción culposos se exige al autor, al realizar una acción, que observe el cuidado objetivamente debido. En caso de no poder observar dicho cuidado está obligado a abstenerse de realizar la acción. El sujeto tiene, pues, siempre la posibilidad de obrar conforme a Derecho. Esto sucede en todos los delitos de acción (dolosos o culposos), pues en ellos lo injusto viene determinado por la infracción de una prohibición (21) y el sujeto siempre puede abstenerse de realizar la acción prohibida. En los delitos de omisión, en cambio, lo injusto viene determinado por la infracción de un mandato y es preciso que el sujeto tenga la capacidad de realizar la acción exigida (22). La objeción de Jakobs y Samson (23) de que el sujeto que no pueda prever la posibilidad de la producción del resultado, sólo podrá abstenerse de realizar la acción que no responda al cuidado objetivamente debido y, por tanto, prestar obediencia a la norma, de un modo ciego y no por el motivo de evitar la producción del resultado, transformándose los delitos culposos de resultado en meros delitos de desobediencia, no me parece tampoco convincente. El inimputable —el enajenado, el menor, el sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción— no podrá tampoco en ocasiones prever la posibilidad de la producción del resultado (24) y el que se encuentre en un error de prohibición invencible carecerá también de motivo para abstenerse de realizar la acción prohibida. El planteamiento de Jakobs y Samson lleva, sin duda, a una confusión de lo injusto y la culpabilidad (25).

(20) Véase STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, págs. 294-5 (n.º 1.097 y 1.099) y, en el mismo sentido, S. MIR PUIG, *Adiciones a la traducción del Tratado de Derecho Penal*, de Jescheck, II, pág. 791.

(21) En los delitos dolosos de acción la norma prohíbe la realización de acciones dirigidas por la voluntad del sujeto a la producción del resultado delictivo y en los delitos culposos de acción la norma prohíbe la realización de acciones que no respondan al cuidado objetivamente debido.

(22) Véase, en este sentido, ARMIN KAUFMANN, *Das fahrlässige Delikt*, págs. 46-7.

(23) Véase JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, págs. 65-6, y SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1, Allgemeiner Teil*, pág. 131, n.º 14 a.

(24) Véase, en este sentido, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa*, pág. 219.

(25) Como ha señalado B. SCHÜNEMANN, *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdomagik?*, págs. 160 y ss.

La inclusión en el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos, de la infracción de un deber subjetivo de cuidado, dificultaría la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales —su aplicación exige la realización de una acción típica y antijurídica— pues si el sujeto hubiera observado el cuidado para el que estaba capacitado realizaría una conducta atípica (26). La cuestión tendrá especial trascendencia en el futuro Código penal español, donde se incluyen únicamente medidas de seguridad postdelictuales (artículo 131 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 y se establece la medida de seguridad de privación del permiso de conducir por tiempo de cinco a quince años, que tendrá carácter definitivo en los casos en que el Tribunal declare la grave peligrosidad del sujeto para el tráfico, para los delinquentes habituales en los delitos culposos (art. 151) (27).

El criterio de Gössel, de incluir en el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos la previsión o previsibilidad por el sujeto no sólo de la producción del resultado, sino de la concurrencia de los restantes elementos objetivos del tipo, entre los que incluye la inobservancia del cuidado objetivo-general (lo que Gössel denomina el elemento objetivo de la evitabilidad), no me parece convincente (28). No cabe hablar de un tipo subjetivo de los delitos de acción culposos, paralelo al tipo subjetivo de los delitos de acción dolosos, pues sólo en los supuestos de culpa consciente existe un nexo psicológico entre el sujeto y los elementos objetivos del tipo, faltando por completo en la culpa inconsciente. Por otra parte, no hay inconveniente alguno en incluir el nexo psicológico existente en la culpa consciente, en la culpabilidad, aunque concibamos ésta, de acuerdo con la teoría normativa, como reprochabilidad personal de la conducta antijurídica (29). Los presupuestos fácticos del juicio de reproche están comprendidos no sólo en la tipicidad y antijuridicidad, sino en la propia culpabilidad, como sucede con la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y la conciencia de la antijuridicidad. La distinción de la valoración y el objeto de la misma es posible y obligada *lógicamente*, pero no cabe reducir la culpabilidad a la mera valoración. El problema consiste, más que en la distinción de la valoración y el objeto de la misma (30), en la *inserción correcta* de los ele-

(26) Véase, en este sentido, JESCHÉCK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pág. 458 (*Tratado de Derecho Penal, Parte general*, II, pág. 778).

(27) Según el párrafo segundo del art. 151: «A los efectos de este artículo se considerarán habituales los que hubiesen sido condenados por tres o más delitos de aquella clase cometidos dentro de un plazo no superior a cinco años y no cancelados registralmente».

(28) Véase GÖSSEL, *Norm und fahrlässiges Verbrechen*, en *Festschrift für Hans Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, 1978, págs. 51-2, y en MAURACH-GÖSSEL-ZIFF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2, 5.ª ed., 1978, C. F. Müller Verlag, págs. 65-66, 72 y ss. y 93 y ss.

(29) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito*/I. Capítulo XI, págs. 306-7.

(30) Como supone GÖSSEL, en MAURACH-GÖSSEL-ZIFF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2, pág. 98.

mentos fácticos que integran el objeto de la valoración en los diversos caracteres del delito (31). No es cierto, además, como cree Gös sel (32) que la previsión o previsibilidad *por el sujeto* de la concurrencia de los elementos objetivos del tipo sea condición indispensable para la *evitabilidad general* de la producción de la lesión del bien jurídico. La acción será contraria al cuidado *objetivo-general* aunque el sujeto no hubiera previsto o podido prever la concurrencia de los elementos objetivos del tipo.

La determinación del cuidado objetivamente debido debe realizarse con un criterio normativo. No es decisivo el cuidado que se observe de hecho en el desarrollo de una actividad de la vida social, sino el que sea necesario para evitar las lesiones de los bienes jurídicos (33).

El cuidado objetivamente debido exige, en primer lugar, tener en cuenta todas las consecuencias objetivamente previsibles de la acción (34). Sólo cuando la producción del resultado fuera objetivamente previsible (causalidad adecuada) será posible apreciar una inobservancia del cuidado objetivamente debido y la relación de causalidad estará comprendida en el tipo de los delitos de acción culposos (35).

(31) Véase ya en este sentido mi nota 22 a la traducción de *El nuevo sistema del Derecho Penal*, de H. Welzel, Barcelona, Ariel, 1964, pág. 83.

(32) Véase GÖSSEL, en MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2, pág. 94.

(33) Véase, en este sentido, por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pág. 132, y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pág. 71; y JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pág. 468 (*Tratado de Derecho Penal, Parte general, II*, pág. 797).

(34) Véase, en este sentido, ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, págs. 283 y ss., y WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pág. 132, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pág. 71, y *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, págs. 16-7.

(35) Véase, en este sentido, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pág. 46. Excluyen también del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos los resultados que no fueran objetivamente previsibles («inadecuados»), pero al margen del concepto del cuidado debido, no sólo los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada o de la llamada teoría de la relevancia (véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*. Capítulo XIII, págs. 350 y ss.), sino también STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 3.ª ed., pág. 295 (n.º 1.100), SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Metzner, 1977, pág. 134 (n.º 24), WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., pág. 128, CRAMER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20 ed., pág. 223 (n.º 133) y, en general, todos los penalistas que exigen para la imputación objetiva de los resultados, que éstos aparezcan como realización del peligro creado o incrementado por la acción (véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*. Capítulo XVI, pág. 393, nota 9). El Tribunal Supremo español, en la trascendental sentencia de 20 de mayo de 1981 (A. 2247) considera que la causalidad adecuada es un criterio de la imputación objetiva de resultados, una vez determinada la relación de causalidad con arreglo a la teoría de la equivalencia de condiciones. Esta restricción de la imputación objetiva del resultado está justificada, a mi juicio, únicamente en los delitos calificados por el resultado (véase mi *Curso de Derecho Penal español. Parte general, I. Introducción. Teoría*

Ahora bien, no toda acción de la que sea objetivamente previsible que se derive un resultado delictivo supone una infracción del cuidado objetivamente debido. En las modernas sociedades industrializadas es imposible prohibir toda acción que implique un peligro de lesión de los bienes jurídicos (36). Este criterio no inspira, además, nuestro Derecho positivo, que permite el desarrollo de innumerables actividades peligrosas —tráfico motorizado, explotaciones de minas, canteras, centrales nucleares, etc.— siempre que se observen determinadas normas de cuidado (Código de la circulación, legislación minera, Ordenanza general de higiene y seguridad en el trabajo, Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, ordenanzas municipales de construcción, Reglamento de armas, Reglamento de explosivos, Ley de 29 de julio de 1964 que regula la utilización de la energía nuclear, Ley de protección del ambiente atmosférico de 22 de diciembre de 1972, etc.). Es preciso completar, por ello, como dice Welzel, el criterio intelectual de la previsibilidad objetiva con un criterio normativo, para determinar el cuidado objetivamente debido. Sólo estarán prohibidas aquellas acciones peligrosas de cuya realización se abstendría una persona inteligente y sensata (37).

jurídica del delito/I. Capítulo XVI, págs. 392 y ss.) y en el tipo de los delitos de acción culposos. En estos últimos por no poderse apreciar una inobservancia del cuidado objetivamente debido si el resultado no era objetivamente previsible. Lo que resulta inaceptable, en todo caso, es incluir, como hace el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada, entre los criterios de la imputación objetiva de resultados la teoría de la causa eficiente, pues aparte de la dificultad de distinguir entre causa y meras condiciones, ello nos llevaría a resultados sumamente insatisfactorios, como se puso de manifiesto en la crítica de dicha doctrina causal (véase mi *Curso de Derecho Penal español, Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito*/I. Capítulo XIII, pág. 350). El criterio de la consecuencia natural, invocado también por el Tribunal Supremo como límite de la imputación objetiva de resultados, resulta sumamente impreciso (véase mi *Curso de Derecho Penal español, Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito*/I. Capítulo XIII, págs. 346 y ss.) y resulta supérfluo si se exige para la imputación objetiva de un resultado, en los delitos de acción dolosos y culposos, que esté comprendido en el ámbito de protección de la norma (véase mi *Curso de Derecho Penal español, Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito*/I. Capítulo XVI, págs. 394-5 y las págs. 29 y ss. del presente artículo) y en los delitos culposos, además, que el resultado se hubiera producido precisamente como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (véase págs. 25 y ss. del presente artículo).

(36) No es posible renunciar, por ello, a la inobservancia del cuidado objetivamente debido como elemento del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos, como proponen SCHMIDHAUSER (*Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltsflichtverletzung, Festschrift für F. Schafftein*, págs. 13¹ y ss.) y F. C. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10.^a ed., 1980, art. 16, n.º 157 y ss.) que consideran suficiente la previsibilidad objetiva del resultado para fundamentar el desvalor de la acción de estos delitos.

(37) Véase, en este sentido, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, págs. 132-3, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pág. 71 y *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, pág. 17. Jescheck habla de una persona inteligente y responsable, o sensata y responsable del círculo social del autor; véase, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., págs. 457 y 468 (*Tratado de Derecho*

El cuidado objetivamente debido está determinado en ocasiones en disposiciones de carácter administrativo, como las anteriormente mencionadas y otras referentes al desempeño de ciertas profesiones. El ejercicio de las actividades profesionales está sometido asimismo a ciertas reglas técnicas (lex artis) que fijan el cuidado objetivamente debido en el desempeño de la profesión. Estas normas de cuidado, así como otras derivadas de la común experiencia, rigen, sin embargo, únicamente para las situaciones típicas en el desarrollo de una actividad social determinada (38).

En las actividades sociales en que no se han establecido o desarrollado normas de cuidado, o en las situaciones atípicas, es preciso determinar el cuidado objetivamente debido mediante el criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social (39). En una situación atípica, en el tráfico motorizado, por ejemplo, el cuidado objetivamente debido puede exigir, incluso, la infracción de un precepto, en este caso del Código de la circulación. Si un vehículo circula por su derecha y viene otro en dirección contraria, por el mismo lado de la calzada y no se aparta, el cuidado objetivamente debido puede exigir el paso al lado izquierdo (si no viene otro vehículo en dirección contraria por ese lado de la calzada) o invadir el arcén (40).

Penal, Parte General, II, pág. 777-8 y 798). La distinción entre cuidado interno (deber de prever el peligro del bien jurídico protegido) y externo, que hace JESCHECK (véase *Lehrbuch*, págs. 468 y ss., *Treatado II*, págs. 797 y ss.), siguiendo a ENGISCH (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, págs. 269 y ss.) me parece superflua, pues el ámbito del deber de cuidado interno, del deber de prestar atención, se determina también según la capacidad de una persona sensata y responsable del círculo social del autor, en la situación concreta. Es indiferente, por otra parte, que la infracción del cuidado objetivamente debido consista o no en la infracción del deber de prestar atención.

(38) Véase, en este sentido, especialmente, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, págs. 133-4, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, págs. 72-3, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, págs. 18-9; y MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., págs. 559 y ss.

(39) No es posible basar, por ello, fundamentalmente la determinación del cuidado objetivamente debido en el entramado de reglas sociales, jurídicas o extrajurídicas, como propugna GÖSSEL, véase MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2, págs. 74 y ss.

(40) En estas «maniobras de fortuna» se advierte ya claramente cómo no es posible equiparar el cuidado objetivamente debido y la adecuación social, como pretenden, por ejemplo, WELZEL (*Das deutsche Strafrecht*, pág. 132, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pág. 71, y *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, pág. 17), ARMIN KAUFMANN (*Das fahrlässige Delikt*, pág. 50), GÖSSEL (en MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2, págs. 75-6) y JESCHECK (*Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., pág. 202, *Treatado de Derecho Penal, Parte General*, 1, págs. 341-2). Según Welzel, sólo infringen el cuidado objetivamente debido aquellas acciones peligrosas que rebasan la medida de lo «normal en el tráfico», de «lo socialmente adecuado». Puede haber, sin embargo, acciones socialmente inadecuadas (que queden fuera del orden social, histórico, «normal», de la comunidad y que respondan, no obstante, al cuidado objetivamente debido. Véase también, en este sentido, HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, Z. Str. W. tomo 74, 1962, págs. 94 y ss.

En la determinación del cuidado objetivamente debido juega un papel muy importante el llamado principio de la confianza, desarrollado en Alemania, en relación con el tráfico motorizado, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (41) y que ha hallado también acogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de nuestro país (42). Un conductor puede confiar en que todas las demás personas que participen en el tráfico (conductores y peatones), observen el cuidado objetivamente debido *mientras que por las circunstancias del caso concreto no tenga motivos para pensar lo contrario* (porque el peatón u otro conductor inicie o parezca disponerse a realizar una acción que no responda al cuidado objetivamente debido, o se trate de un anciano, una persona ebria, o un menor, por ejemplo) (43).

No es suficiente, sin embargo, como estima nuestro Tribunal Supremo, con que la conducta imprudente de otra persona sea previsible por el sujeto para que quede excluida la aplicación del principio de confianza (44). El Tribunal Supremo estima que de ser previsible la conducta imprudente de otra persona, la aplicación del principio de la confianza queda excluida por impedirlo el principio de conducción dirigida o de seguridad de la conducción, que establece el párrafo preliminar o introductorio del artículo 17 del Código de la circulación. De acuerdo con el art. 17 del Código de la circulación: «Los conductores de vehículos deben ser dueños,

(41) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, págs. 132 y ss., *El nuevo sistema del Derecho Penal*, págs. 72-3 y *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, págs. 18-9; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., págs. 562 y ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 3.ª ed., págs. 306 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20.ª ed., págs. 227 y ss. (n.º 147 y ss); y KLAUS KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Strassenverkehrsrecht*, Duncker-Humblot, Berlín, 1980.

(42) Véase, por ejemplo, las sentencias de 5 de febrero de 1973 (A. 602), 2 de febrero de 1978 (A. 326), 29 de mayo de 1978 (A. 2043), 19 de noviembre de 1979 (A. 4388), 27 de octubre de 1979 (A. 3760) y 21 de enero de 1980 (A. 112).

(43) En relación con estos últimos casos el Tribunal Supremo declara, acertadamente, que el principio de la confianza queda «excepcionado por el de defensa que ampara a personas que como los ancianos, los niños o incapacitados de algún modo, pueden reaccionar y de hecho reaccionan en la emergencia circulatoria en que se ven envueltos de manera *anormal*» (Sentencia de 28 de noviembre de 1974, A. 4772, de la que fue ponente el ilustre magistrado D. Fernando Díaz Palos), véase también las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero y 17 de abril de 1978 (A. 377 y 1430).

(44) Véase también, en este sentido, JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, *Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico*, Revista de Derecho de la Circulación, julio-agosto, 1981, págs. 345-6. El Tribunal Supremo ha seguido manteniendo el mismo criterio en sentencias posteriores a las citadas por Zugaldía; véase, por ejemplo, las de 14 de marzo y 30 de junio de 1980 (A. 1126 y 3068). En las sentencias de 15 de octubre de 1979 (A. 3598) y 21 de noviembre de 1980 (A. 4527) el Tribunal Supremo niega acertadamente la aplicación del principio de confianza, pero no porque el autor tenía motivos para esperar una conducta imprudente de la víctima, sino porque infringió el principio de conducción dirigida.

en todo momento, del movimiento de los mismos y están obligados a moderar la marcha y, si preciso fuera, a detenerla, en donde lo ordene la autoridad competente, cuando las circunstancias del tráfico, del camino, de la visibilidad o de los propios vehículos, prudencialmente lo impongan para evitar posibles accidentes o cualquier perjuicio o molestia a los demás usuarios, y, especialmente en las siguientes ocasiones...». El comportamiento imprudente de otra persona es siempre objetivamente previsible, sin embargo y lo sería casi siempre para el sujeto (45). Por otra parte, no supone una infracción del cuidado objetivamente debido toda acción en la que sea objetivamente previsible —por serlo en este caso la conducta imprudente de otra persona— la producción de un resultado delictivo. El principio de la confianza sirve para determinar precisamente el cuidado objetivamente debido en los casos en que la producción del resultado es objetivamente previsible; sirve para determinar la conducta que seguiría en esa situación una persona inteligente y sensata.

Sólo puede invocar el principio de confianza aquel conductor que observe el cuidado objetivamente debido (46).

El principio de confianza es aplicable también fuera del ámbito del tráfico motorizado, en todas las actividades realizadas por un equipo de personas, de acuerdo con el principio de división del

(45) Sumamente interesante es la afirmación que se hace en uno de los considerandos de la sentencia de 19 de noviembre de 1979 (A. 4388), de la que fue ponente D. Luis Vivas Marzal: «y por otra, que el mandato contenido en el artículo 17 del C. Cir., según el cual los conductores han de ser, en todo momento, dueños de los movimientos de su vehículo, es tan genérico como bien intencionado, pero su cumplimiento estricto sin discriminación y sin matizaciones llevaría a una prohibición abstracta de los accidentes de circulación, y quizás a la de la circulación misma, pugnando con los principios de atribuibilidad y de reprochabilidad dolosa y culposa». No me parece correcto tampoco, por ello, el criterio mantenido por el Tribunal Supremo alemán, en algunas sentencias, de que no cabe invocar el principio de confianza frente a infracciones de reglas de tráfico especialmente frecuentes desde el punto de vista estadístico; véase también en contra de este criterio, STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pág. 306 (n.º 1157-8) y JAKOBS, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, págs. 18 y ss.; de otra opinión, SAMSON, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., pág. 133 (n.º 21) (y en parte, SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, pág. 228 (n.º 149).

(46) Véase, en este sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pág. 308 (n.º 1161); SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20.ª ed., pág. 228 (n.º 150) y CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, pág. 249. Este es el criterio que mantiene también el Tribunal Supremo alemán véase, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pág. 133, y MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., pág. 563. El Tribunal Supremo español, en cambio, admite en ocasiones, como ha puesto de manifiesto Zugaldía, la invocación del principio de confianza cuando el autor no ha observado el cuidado objetivamente debido: véase, JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, op. cit., págs. 345-6 y las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1979 (A. 3134), 15 de octubre de 1979 (A. 3670), 20 de junio de 1980 (A. 2642) y 25 de febrero de 1981 (A. 784).

trabajo, por ejemplo, las intervenciones quirúrgicas (47). El cirujano puede confiar en que el personal auxiliar (anestelistas, enfermeras, ayudantes) observan el cuidado objetivamente debido, mientras que, dadas las circunstancias del caso concreto, no tenga motivos para pensar lo contrario (48). El principio de confianza sólo es aplicable en este caso, sin embargo, si el cirujano ha observado el cuidado objetivamente debido al distribuir las tareas, al coordinar la labor del equipo, al seleccionar al personal auxiliar y al supervisar sus primeras actuaciones. Cuanto menor sea la preparación real y la experiencia de sus colaboradores, mayor será el deber de supervisión del médico y menor el campo de aplicación del principio de confianza. El personal auxiliar puede confiar, a su vez, en la corrección de las instrucciones recibidas del cirujano mientras que, dadas las circunstancias concretas del caso, no tenga motivos para dudar de la misma.

A la inclusión de la inobservancia del cuidado objetivamente debido en el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos no cabe objetar (49) las limitaciones que ello implica del principio de legalidad de los delitos y de las penas (50). Es cierto que los tipos de los delitos culposos tienen que ser completados por el juez, pero éste encuentra una directriz clara en el concepto del cuidado objetivamente debido para evitar las lesiones de los bienes jurídicos. Para el ciudadano puede ser más fácil el conocimiento del cuidado objetivamente debido que del contenido de una ley (51). Por otra parte, el problema se desplaza únicamente si se relega la inobservancia del cuidado objetivamente debido a la culpabilidad y se encubre si se prescinde, incluso en la culpabilidad, del concepto de un cuidado objetivamente debido y se atiende exclusivamente a la previsibilidad subjetiva del resultado. Pues es indudable que no puede admitirse la existencia de culpa en todo caso en que el autor pudiera prever y evitar la producción del resultado.

La inobservancia del cuidado objetivamente debido, o mejor dicho, la realización de una acción que no responda al cuidado

(47) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pág. 133, STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pág. 307 y *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Festgabe für Eb. Schmidt*, Vandenhoeck Ruprecht, 1961, págs. 383 y ss.; CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, págs. 248 y ss.; y la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1979 (A. 3577).

(48) Este era el caso en el supuesto enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1979 (A. 3577) («al prestar el anestesta sus funciones a dos pacientes de forma simultánea»).

(49) Como hace RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, 8.ª ed., Madrid, 1981, pág. 456.

(50) Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción. Teoría Jurídica del Delito*/1. Capítulo VII, págs. 200-1.

(51) Véase, en este sentido, H. MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, 1967, pág. 129 y JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., pág. 457 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General, II*, pág. 778).

objetivamente debido es el primer elemento del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos. Este criterio, que ha hallado amplia acogida en la moderna Ciencia del Derecho penal española (52), es seguido en numerosa sentencia por el Tribunal Supremo, a partir de las ya famosas de 11 y 16 de junio de 1964 (A. 3.068 y 3.146) (53). Si una acción responde al cuidado objetivamente

(52) Véase, en este sentido, mis artículos, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho Penal español*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1961, fasc. 1.º, págs. 64, 65 y 68 y *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal española*, Nuevo pensamiento penal, año 1, 1972, n.º 2.º, mayo-agosto, págs. 239 y ss. (*Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, Z. Str. W. 1972, fasc. 4.º, págs. 1060 y ss.), incluidos en mi libro, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1982; CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, Bosch, 1962, págs. 76, 77 y 80, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, Ariel, 1963, págs. 90 y ss., notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal, de Maurach, II, págs. 257 y ss., *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, Z. Str. W., tomo 81, 1969, fasc. 2.º, págs. 432 y ss.; BERISTAIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1963, págs. 22, 24 y ss., 27 y ss., y 32 y ss.; GIMBERNAT, *La causalidad en Derecho Penal*, Anuario de Derecho Penal, 1962, págs. 567-8, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Reus, 1966, págs. 87-8, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, en *Estudios de Derecho Penal*, 2.ª edición, Madrid, Civitas, 1981, págs. 145-6, nota 40 e *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Universidad Complutense, 1979, pág. 127; CONDE PUMPIDO, *Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1962, fasc. 2.º, pág. 277; RUPERTO NÚÑEZ BARBERO, *El delito culposo*, Universidad de Salamanca, 1975, págs. 34, 49-50, 58-9 y 104; A. TORÍO, *El conocimiento de la antijuricidad en los delitos culposos*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1980, fasc. 1.º, pág. 87 (con anterioridad estimaba Torío, que la observancia del cuidado objetivamente debido operaba como límite de la culpabilidad, mientras que la fundamentación de la misma dependía «por el contrario, de que el sujeto no haya observado la prudencia, diligencia o pericia que le era personalmente posible»; véase A. TORÍO, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, págs. 54 y ss.); ALFONSO GUALLART DE VIALA, *La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho Penal español*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1979, fasc. 3.º, pág. 640; CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, págs. 211 y ss., y acerca de la determinación del cuidado objetivamente debido en las actividades médico-quirúrgicas curativas, véase, su magnífico y detenido estudio en las págs. 231 y ss.; I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El consentimiento en las lesiones*, separata de Cuadernos de Política Criminal, 1981, pág. 215 y JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, *Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico*, lugar citado, págs. 341 y ss., especialmente pág. 343, nota 5.

(53) En esta última, el Tribunal Supremo declaró que: «si en la realización del delito culposo cabe distinguir una parte atinente a la acción típicamente antijurídica y otra perteneciente a la culpabilidad, constituida, la primera, por la violación objetiva de un deber de diligencia exigible en el tráfico, productora de un resultado y consistente la segunda en la reprochabilidad personal de la conducta típicamente antijurídica, atendidas las características subjetivas del agente y las circunstancias que configuran concretamente el hecho». Véase también, en este sentido, las sentencias de 13 y 30 de

debido está excluida del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos (54).

Nuestro Código distingue, en el artículo 565, núm. 3.º del artículo 586 y artículo 600, la imprudencia temeraria y la simple impru-

octubre y 12 y 25 de noviembre de 1964 (A. 4289; 4599, 4750 y 4952), 23 de septiembre de 1965 (A. 3842), 9 de mayo de 1966 (A. 2338), 25 de febrero, 12 de marzo, 2 de mayo y 30 de septiembre de 1969 (A. 1102, 1455, 2602 y 4190), 9 y 16 de abril, 4 de mayo y 16 de octubre de 1970 (A. 1465, 1840, 2085 y 4159) y en la jurisprudencia más reciente las de 16 de junio de 1978 y 9 de octubre de 1978 (A. 2396 y 3125), 2 de marzo, 16 de marzo, 5 y 30 de abril, 11 de octubre y 2 de noviembre de 1979 (A. 1290, 1295, 1615, 1738, 3577 y 3800), 23 de febrero, 6 de marzo, 20 de marzo, 9 de mayo, 2 de julio y 21 de noviembre de 1980 (A. 764, 947, 1166, 1832, 3099 y 4532), 5 de febrero y 8 de junio de 1981 (A. 491 y 2625). Siguen, en cambio, la antigua concepción de (toda) la culpa como una forma de la culpabilidad, las sentencias de 30 de enero y 23 de octubre de 1970 (A. 786 y 4192), 19 de junio y 19 de diciembre de 1978 (A. 2612 y 4232), 28 de junio de 1980 (A. 3064) y 30 de enero, 13 de febrero y 16 de junio de 1981 (A. 225, 657 y 2744) y 26 de febrero de 1982 (A. 855). Con frecuencia el Tribunal Supremo hace referencia a la infracción del deber objetivo de cuidado sin prejuzgar su inserción sistemática, en el tipo de lo injusto o en la culpabilidad (como elemento objetivo de la culpa).

(54) Rodríguez Mourullo considera, en cambio, que la inobservancia del cuidado objetivamente debido no es un elemento del tipo, sino de la antijuricidad del delito culposo; véase G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Civitas, 1977, págs. 340 y ss. Con ello incurre en contradicción, sin embargo, con su concepto del tipo, en el que incluye todos los elementos que fundamentan lo injusto específico de una conducta delictiva (véase *Derecho Penal, Parte General*, págs. 238 y ss. y 253). Partiendo de este concepto del tipo, que comparto (véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito* I, Capítulo XV, págs. 386 y ss.) resulta también rechazable la consideración de la observancia del cuidado objetivamente debido o del riesgo permitido, como una causa de justificación; tesis mantenida actualmente en Alemania por el Tribunal Supremo (en el tráfico motorizado), por BAUMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., págs. 270 y ss. y 290-1 y SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2.ª ed., 1975, págs. 300 y ss. y *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, J. C. B. Mohr, Tübinga, 1982, págs. 172 y ss. (para ambos se trata de una causa de justificación aplicable también a los delitos dolosos). Por otra parte, si la observancia del cuidado objetivamente debido o del riesgo permitido fuera una causa de justificación, la conducta que se mantuviera dentro de estos límites no sólo no constituiría un ilícito penal, sino que sería lícita y no podría derivarse de ella una responsabilidad civil. Ello estaría en flagrante contradicción, sin embargo, con el criterio que inspira nuestro Derecho civil (véase la pág. 6 de este artículo y Torfo, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, págs. 32-3 y 42-3). La distinción que hace Jescheck entre la observancia del cuidado objetivamente debido (que excluye el tipo de los delitos culposos) y el riesgo permitido como causa de justificación, aplicable a ciertos supuestos de delitos dolosos y culposos (véase *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., págs. 323 y ss. y 479-80, *Tratado de Derecho Penal*, I, págs. 554 y ss. y II, págs. 814-5), apenas ha hallado eco en la moderna Ciencia del Derecho Penal alemana (véase, no obstante, en el mismo sentido, LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar* 20.ª ed., págs. 430 y ss.) y es completamente innecesaria en nuestro Derecho Penal, pues en los casos por él mencionados cabe aplicar la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (n.º 11 del art. 8.º) (en los supuestos de peligro para el honor por afirmaciones realizadas en defensa de intereses justos)

dencia o negligencia, con o sin infracción de reglamentos (55) La imprudencia temeraria se diferencia de la simple en la gravedad de la infracción del cuidado objetivamente debido. La imprudencia temeraria supone una infracción especialmente grave del deber objetivo de cuidado. Se trata, por tanto, de una diferencia en el plano de lo injusto, que determina la existencia de tipos delictivos diferentes (por ejemplo, homicidio por imprudencia temeraria y homicidio por simple imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos). Dentro de la imprudencia temeraria y la simple la culpabilidad podrá ser, a su vez, mayor o menor y dará lugar a la imposición de una pena concreta dentro del marco penal establecido en el Código para los tipos delictivos correspondientes (en principio, prisión menor o arresto mayor). Si la infracción del cuidado objetivamente debido es leve, en la acción no podrá apreciarse una imprudencia temeraria, aunque la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica fuera en el caso concreto elevada (por ser el sujeto plenamente imputable, haber previsto la posibilidad de la producción del resultado, actuar con conciencia de la infracción del cuidado objetivamente debido y serle plenamente exigible la obediencia al Derecho). No es que la imprudencia temeraria y la simple impliquen únicamente, como cree Córdoba Roda, un juicio de antijuridicidad (56), pues en la imprudencia y por tanto, en la imprudencia temeraria y en la simple se distingue un elemento objetivo, la inobservancia del cuidado objetivamente debido, que pertenece al tipo de lo injusto y la capacidad individual de observar el cuidado objetivamente debido que pertenece a la culpabilidad (57).

o la exigente de estado de necesidad (n.º 7 del art. 8.º). Véase, a este respecto, S. MTR PUIG, *adiciones* a su traducción del Tratado de Derecho Penal, de Jescheck, I, págs. 557-8, que considera que en la mayor parte de los casos mencionados por Jescheck sería aplicable la exigente de estado de necesidad. HRSCH considera que también en el Derecho Penal alemán es inncesaria esta causa de justificación independiente; véase *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 9.ª ed., comentario precedente al artículo 51, n.º 26.

(55) En el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, de 1980 se simplifica esta clasificación, sustituyéndola por la de imprudencia o culpa grave y leve; véase, los artículos 175, 661, 282 y 668. No me parece acertada, en cambio, la propuesta de algunos destacados penalistas españoles de suprimir la diferencia entre la imprudencia temeraria y la simple, al existir entre ellas únicamente, como veremos, diferencias cuantitativas; véase, por ejemplo, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, pág. 988 y QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa (Imprudencia)*, pág. 281, *Curso de Derecho Penal*, I, pág. 300 y *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., pág. 1067.

(56) Véase CÓRDOBA RODA, *Notas* a su traducción del Tratado de Derecho Penal, de Maurach, II, págs. 258-9, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, Ariel, 1963, págs. 90-1 y *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht* Z. Str. W., tomo 81, 1969, fasc. 2, págs. 432-3.

(57) La exigencia de culpabilidad se deriva únicamente, según Córdoba Roda, de la exigencia general de culpabilidad contenida, según él, en el término voluntarias del párrafo primero del artículo 1.º. El argumento de Córdoba de que en los artículos 355, 358 y 360 el Código, distingue entre la negligencia y la excusabilidad de la misma carece de fuerza, como ha señalado RODRÍGUEZ MOURULLO (véase, *La imprudencia simple sin infracción de regla-*

No me parece convincente, por ello, el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia más moderna, según el cual, la calificación de la imprudencia en temeraria o simple puede venir determinada por la mayor o menor gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado o de la culpabilidad (58).

Es evidente, por otra parte, que la clasificación de la imprudencia en temeraria o simple no puede identificarse con la distinción

mentos en el Código penal, págs. 672 y ss.). El Código se vale en estas figuras delictivas de los términos negligencia o ignorancia inexcusables para restringir el ámbito de la imprudencia punible, exigiendo que se trate de una imprudencia de especial gravedad (véase mi artículo *Cuestiones previas al estudio de la estructura del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos*, Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, págs. 135-6.

(58) Véase, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1971 (A. 2745), 5 de junio de 1972 (A. 2918); 27 de octubre de 1972 (A. 4189), 29 de enero de 1973 (A. 330), 14 de febrero de 1973 (A. 712), 15 de febrero de 1973 (A. 751), 12 de mayo de 1973 (A. 2406), 15 de febrero de 1974 (A. 768), 22 de marzo de 1974 (A. 1423), 6 de abril de 1974 (A. 1823), 18 de mayo de 1974 (A. 2369), 27 de enero de 1978 (A. 109), 17 de marzo de 1978 (A. 1018), 20 de abril de 1978 (A. 1470), 26 de abril de 1978 (A. 1489), 2 de mayo de 1978 (A. 1846), 17 de mayo de 1978 (A. 1968), 2 de junio de 1978 (A. 2227), 19 de junio de 1978 (A. 2611), 29 de septiembre de 1978 (A. 2950), 3 de octubre de 1978 (A. 3082), 12 de diciembre de 1978 (A. 3927), 19 de diciembre de 1978 (A. 4230), 20 de diciembre de 1978 (A. 4233), 19 de enero de 1979 (A. 122), 23 de enero de 1979 (A. 164), 8 de febrero de 1979 (A. 413), 5 de abril de 1979 (A. 1615), 30 de abril de 1979 (A. 1704), 24 de septiembre de 1979 (A. 3130), 11 de octubre de 1979 (A. 3577), 2 de noviembre de 1979 (A. 3800), 7 de noviembre de 1979 (A. 3869), 22 de noviembre de 1979 (A. 4474), 24 de noviembre de 1979 (A. 4398), 17 de diciembre de 1979 (A. 4611), 22 de diciembre de 1979 (A. 4635), 18 de febrero de 1980 (A. 487), 6 de marzo de 1980 (A. 947) 7 de marzo de 1980 (A. 1028), 12 de marzo de 1980 (A. 1119), 20 de marzo de 1980 (A. 1166), 24 de abril de 1980 (A. 758), 19 de mayo de 1980 (A. 2053), 13 de junio de 1980 (A. 2757), 20 de junio de 1980 (A. 2613), 27 de octubre de 1980 (A. 3884), 20 de noviembre de 1980 (A. 4523), 21 de noviembre de 1980 (A. 4532), 12 de diciembre de 1980 (A. 4927), 15 de enero de 1981 (A. 136), 27 de enero de 1981 (A. 247), 25 de febrero de 1981 (A. 784), 26 de febrero de 1981 (A. 786), 25 de marzo de 1981 (A. 1221), 28 de mayo de 1981 (A. 2291), 26 de junio de 1981 (A. 2798), 26 de diciembre de 1981 (A. 5230) y 22 de febrero de 1982 (A. 806). En las sentencias subrayadas el Tribunal Supremo atribuye expresamente la inobservancia del cuidado objetivamente debido a la antijuricidad. Así, por ejemplo, en la sentencia de 6 de marzo de 1980 (A. 947) se declara: «Que la tipología delictiva de la imprudencia reclama para la existencia de las infracciones punitivas, según doctrina jurisprudencial de esta Sala —SS. 10 marzo 1947 (R. 983), 17 marzo 1978 (R. 1018) y 5 abril 1979 (R. 1615)— una conducta activa u omisiva, que intervenga en el resultado dañoso para el bien protegido penalmente, de acuerdo con los principios básicos determinantes de la relación causal; una culpabilidad impregnada de cierta falta de diligencia para evitar la realización del resultado que se presente como previsible, es decir, como susceptible de realizarse; y una antijuricidad marcada por la infracción de determinados deberes impuestos, bien por las normas generales de la convivencia humana, o por las que rigen actividades específicas. De la mayor o menor intensidad de estos elementos surgen los diferentes grados de la imprudencia y sus clases, susceptibles de ser apreciados por el Órgano jurisdiccional a través de la conjugación tanto del elemento subjetivo de la culpabilidad —mayor o menor falta de diligencia, y mayor o menor previsibilidad del resultado por parte del agente— como del elemento objetivo —mayor o menor exigencia normativa de los deberes impuestos

entre la culpa consciente e inconsciente (59). La culpa puede ser inconsciente, es decir, el sujeto no haber previsto, pudiendo hacerlo, la posibilidad de la producción del resultado y ser, no obstante, muy grave la infracción del cuidado objetivamente debido.

Entre la simple imprudencia o negligencia con y sin infracción de reglamentos se da únicamente una diferencia en la culpabilidad. Es más reprochable la inobservancia del cuidado objetivamente debido si éste está fijado en una disposición de carácter reglamentario, que cuando sea preciso acudir, para averiguar su contenido, a la conducta que observaría una persona inteligente y sensata del mismo círculo social o profesión que el autor, en la situación concreta. Si la imprudencia simple va acompañada de la infracción de reglamentos, la conducta constituye delito (párrafo 2.º del art. 565) y en caso contrario, únicamente podrá ser calificada de falta (número 3.º del art. 586 y art. 600). El término reglamento no debe interpretarse en sentido estricto, como disposición de carácter reglamentario, sino que comprende toda disposición *jurídica* de cualquier rango, incluso de ley, que fije el cuidado objetivamente debido en el desarrollo de cualquier actividad de la vida social (60). La infracción de reglamentos no impide, por supuesto, la apreciación de imprudencia temeraria (61) cuando sea grave la infracción del cuidado objetivamente debido.

en el obrar del sujeto— pudiéndose decir que el grado máximo de la imprudencia, de la denominada temeraria, ha de ser apreciado cuando el evento dañoso es susceptible de preverse por toda persona con intelecto normal y cuando la omisión de la diligencia sea exigida como elemental e imprescindible para el desarrollo de la acción en el pacífico desenvolvimiento del orden social».

(59) Opinión dominante. Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 223; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 8.ª ed., pág. 462; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, 2.ª ed., págs. 1009-10 y 1071-3 R. NÚÑEZ BARBERO, *El delito culposo*, pág. 37; E. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, págs. 117-8 y S. MIR PUIG, *Adiciones a su traducción del Tratado de Derecho Penal, Parte General*, de Jescheck, II, pág. 793; y la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1978 (A. 1018). De otra opinión, QUINTANO RIPOLLÉS, según el cual «El conocimiento de la posibilidad del evento, límite máximo de la gravedad de la imprudencia en la que ésta toca ya los dominios del dolo eventual, es buen criterio para afirmar la temeridad»; véase, *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., pág. 1067, y en el mismo sentido ya antes en su *Curso de Derecho Penal*, I, pág. 300.

(60) Véase, por ejemplo, en este sentido, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 224; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, pág. 945, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa (Imprudencia)*, pág. 285 y E. GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, pág. 119. No es posible considerar como reglamentos, en cambio, las simples normas de cuidado de carácter *extrajurídico* derivadas de la común experiencia, como apunta recientemente el Tribunal Supremo, por ejemplo en las sentencias de 2 de marzo de 1978 (A. 769), 26 de junio de 1978 (A. 2655), 25 de septiembre de 1978 (A. 2850), 23 de octubre de 1978 (A. 3178), 7 de junio de 1979 (A. 2340), 21 de diciembre de 1979 (A. 4632), 21 de junio de 1979 (A. 2719) y 15 de febrero de 1980 (A. 477). La aplicación efectiva de este criterio supondría, a mi juicio, analogía «in malam partem».

(61) Este es el criterio mantenido, en jurisprudencia constante, por el

En el párrafo quinto del artículo 565 se establece una importante agravación de las penas cuando se produjere muerte o lesiones graves a consecuencia de impericia o de negligencia profesional. De acuerdo con este precepto: «Cuando se produjere muerte o lesiones graves a consecuencia de impericia o de negligencia profesional se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo. Dichas penas se podrán elevar en uno o dos grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad». Estos tipos agravados fueron introducidos en la reforma parcial del Código penal de 1944 para los delitos culposos cometidos con vehículos de motor. En la reforma parcial del Código penal de 1963 se suprimió la referencia a estos delitos, entonces regulados en la Ley de uso y circulación de vehículos de motor de 24 de diciembre de 1962 (en la que no se incluían paradójicamente tipos agravados cuando los resultados de muerte o lesiones graves se produjeran por impericia o negligencia profesional) (62). Desde la incorporación al Código penal, por la Ley de 8 de abril de 1967, de todos los delitos contra la seguridad del tráfico los tipos agravados del párrafo quinto del artículo 565 son aplicables en todos los delitos culposos.

Entre las circunstancias calificativas de estos tipos agravados figuran la impericia o negligencia profesional. El deber de la pericia, es decir, de la posesión de los conocimientos necesarios para el desarrollo de una actividad social determinada obliga a todos los ciudadanos, sean o no profesionales (63). Cabría pensar, pues, que estamos ante dos circunstancias calificativas independientes: la impericia y la negligencia profesional (64). El tenor literal del precepto avalaría esta interpretación, pues el adjetivo profesional está en singular y parece referirse sólo a la negligencia. La impericia determinaría una agravación de la pena en la imprudencia

Tribunal Supremo: véase, entre las sentencias más recientes, las de 23 de enero de 1979 (A. 164), 3 de abril de 1979 (A. 1552), 25 de mayo de 1979 (A. 2154), 9 de noviembre de 1979 (A. 3875), 4 de diciembre de 1979 (A. 4538), 28 de enero de 1981 (A. 257), 4 de febrero de 1981 (A. 482), 6 de marzo de 1981 (A. 1081) y 25 de marzo de 1981 (A. 1221).

(62) Con lo que los tipos agravados del artículo 565 resultaron entonces aplicables a todos los delitos culposos, menos los cometidos con vehículos de motor.

(63) CÓRDOBA RODA, *Zum Verkehrsstrafrecht in Spanien*, Z. Str. W., tomo 73, 1961, fasc. 1.º, pág. 123, señala, con razón, que el deber de la pericia obliga tanto al conductor profesional como al que no lo es. Córdoba subraya cómo este deber *material* de la pericia es el correlato del deber *formal* de poseer el carnet de conducir.

(64) Véase, en este sentido, CÓRDOBA RODA, *Zum Verkehrsstrafrecht in Spanien*, págs. 123-4 (aunque parece cambiar de criterio en su trabajo posterior, *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, lug. cit., pág. 438, incluyendo ahora sólo en el párrafo quinto del art. 565 la impericia del profesional junto a la negligencia profesional) y CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal, I, Parte general*, vol. 1.º, 18.ª ed., 1980, pág. 475. Este es el criterio que mantuvo en un principio el Tribunal Supremo, por ejemplo, en las sentencias de 16 de junio de 1952 (A. 1112) y 16 de diciembre de 1955 (A. 3285).

temeraria o simple cuando el sujeto que no observó el cuidado objetivamente debido carecía de la preparación necesaria para el desarrollo de la correspondiente actividad, de acuerdo con las exigencias del Derecho (65). No es ésta, sin embargo, la interpretación de la opinión dominante. El Tribunal Supremo, de acuerdo con el criterio de la mayor parte de nuestros penalistas, estima que el deber de la pericia obliga sólo a los profesionales (66). La impericia supone la falta de la preparación necesaria para el ejercicio de una profesión. La negligencia profesional no es la negligencia *del profesional*, es decir, la negligencia del profesional en el desempeño de su profesión (67), sino que consiste en la infracción de deberes técnicos que sólo obligan a los profesionales (68). El Tribunal Supremo intenta de este modo, en vano, eliminar el re-

(65) La impericia puede funcionar como circunstancia de agravación tanto en la imprudencia temeraria como en la simple. La realización de una acción sin poseer la pericia necesaria para llevarla a cabo correctamente supone siempre una infracción del cuidado objetivamente debido. Dicha infracción puede ser, sin embargo, de diversa entidad, pues el grado de impericia puede ser muy diferente. Consideran también que la impericia puede calificar tanto la imprudencia temeraria como la simple, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa (Imprudencia)*, págs. 502-3 y 545. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte general*, pág. 470, y CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa*, pág. 229.

(66) Véase, en este sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa (Imprudencia)*, págs. 545 y ss. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal, II*, págs. 918 y ss., RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte general*, págs. 469-70 (que identifica, incluso, la negligencia profesional con la impericia), NÚÑEZ BARBERO, *El delito culposo*, págs. 92 y ss., y CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa*, págs. 230-31.

(67) Así lo estimó, sin embargo, el Tribunal Supremo, en jurisprudencia constante hasta la sentencia de 23 de octubre de 1958 (A. 3320) y es el criterio que mantienen en la doctrina CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal, I, Parte general*, vol. 1.º, pág. 474, y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal, V*, págs. 947 y ss. y 967 y ss. En el cambio de criterio del Tribunal Supremo fue decisiva, sin duda, la crítica de Quintano Ripollés, que subrayó el carácter objetivo de la agravación de la responsabilidad por la negligencia profesional, si se interpretaba ésta como negligencia *del profesional*; véase QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa (Imprudencia)*, págs. 547-8. Es indudable, en efecto, que la reprochabilidad de la infracción del cuidado objetivamente debido no es siempre mayor por el hecho de que su autor sea un profesional. Puede serlo muchas veces, pero no lo es siempre. Piénsese, por ejemplo, en un conductor profesional, un taxista, que infrinja el cuidado objetivamente debido en la conducción de su vehículo de motor. El taxista puede encontrarse en ese momento en un estado de cansancio o indisposición repentino e imprevisible o tener por su edad una menor rapidez de reflejos que otro conductor más joven, no profesional, que cometa la misma infracción del cuidado objetivamente debido.

(68) Este es el criterio que mantiene el Tribunal Supremo en jurisprudencia constante desde la sentencia de 23 de octubre de 1958 (A. 3320); véase, en el mismo sentido, por ejemplo, las sentencias de 16 de junio de 1972 (A. 3152), 29 de mayo y 16 de octubre de 1973 (A. 2467 y 3846), 4 de mayo y 21 de junio de 1974 (A. 2083 y 2918), 29 de diciembre de 1975 (A. 4979), 31 de enero de 1976 (A. 249), 14 de diciembre de 1978 (A. 3953), 26 de junio de 1980 (A. 2997), y 14 de julio de 1980 (A. 3154).

siduo de responsabilidad objetiva implícito en la circunstancia calificativa de la negligencia profesional. En el tráfico motorizado y concretamente en la conducción de vehículos de motor, participan profesionales y no profesionales y no existen normas especiales de cuidado para los primeros (69). Es más, la existencia de tales normas carecería de justificación. Los preceptos del Código de la circulación fijan el cuidado *objetivamente necesario* en el tráfico para evitar las lesiones de los bienes jurídicos, con independencia de la capacidad de los *conductores individuales*. En las situaciones atípicas el cuidado objetivamente debido se determina en relación con las necesidades del tráfico y la capacidad de un conductor inteligente y sensato. Una norma que exigiera para un grupo de conductores un cuidado mayor del que sea objetivamente preciso no tendría sentido. De aceptarse, por tanto, el criterio del Tribunal Supremo no sería nunca aplicable a los conductores profesionales de vehículos de motor la agravación de negligencia profesional, pues no se daría nunca en su conducta la infracción de deberes técnicos que sólo obliguen a los profesionales (70). Lo mismo sucedería en todas las demás actividades que puedan ser realizadas tanto por profesionales como por los que no lo son (tala de árboles, trabajos de limpieza, etc.). En las actividades que sólo puedan realizar, lícitamente, los profesionales (ejercicio de la profesión médica, de arquitecto, ingeniero, etc.) *la negligencia del profesional en el ejercicio de la profesión supondrá siempre, en cambio, la infracción de deberes técnicos que sólo obligan a los profesionales.*

Debería suprimirse, por consiguiente, la circunstancia calificativa de la negligencia profesional, por llevar implícito un residuo de responsabilidad objetiva, contrario al principio de culpabilidad, con arreglo al cual no hay pena sin culpabilidad y la medida de la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad (71). Cuando la reprochabilidad de la inobservancia del cuidado objetivamente de-

(69) Como supone CÓRDOBA RODA, véase *Zum Verkehrsstrafrecht in Spanien*, págs. 123-4.

(70) El Tribunal Supremo se ve obligado, por ello, en algunas sentencias a declarar que la negligencia profesional concurre también cuando se da la infracción de deberes que obligan *a todos los conductores*, pero cuya exigibilidad sea mayor, dadas las circunstancias del caso concreto, por tratarse de un conductor profesional; véase, por ejemplo, las sentencias de 16 de junio de 1970 (A. 2823) y 31 de enero de 1976 (A. 249).

(71) Por esta razón se suprimió en Alemania, en el año 1940 (Ley de 2 de abril), la agravación de profesionalidad en el homicidio y en las lesiones corporales culposas (párrafo segundo de los arts. 222 y 230). En el artículo 176 del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, de 1980, se establecen, en cambio, unos tipos agravados de homicidio y lesiones graves culposas por impericia o negligencia profesional. Se considera, además, de acuerdo con la opinión actualmente dominante, que la impericia y la negligencia profesional constituyen una especie de la imprudencia grave (temeraria en el Código Penal vigente); véase, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1975 (A. 4979) y 14 de diciembre de 1978 (A. 3953).

bido fuera mayor por ser el autor un profesional, el Tribunal podría y debería tenerlo en cuenta en la medición de la pena, dentro del marco fijado por la ley.

Cabría pensar únicamente en el mantenimiento de la agravante de impericia, si se considera conveniente desde el punto de vista político-criminal. Córdoba Roda cree que su existencia está justificada, desde el punto de vista criminológico, en los delitos cometidos con vehículos de motor, dado el elevado porcentaje de accidentes de tráfico debidos a la impericia del conductor (72). Me parece suficiente, sin embargo, en estos casos, la aplicación del tipo agravado previsto en el párrafo sexto del artículo 565, para los delitos culposos cometidos con vehículos de motor: «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» (73).

La inobservancia del cuidado objetivamente debido para evitar la lesión de un bien jurídico puede darse en una acción dirigida por la voluntad del sujeto a lesionar un bien jurídico diferente y que esté comprendida, desde este punto de vista, en el tipo de lo injusto de un delito de acción doloso. Por ejemplo, un individuo hiere, golpea o maltrata de obra a otro, con conciencia y voluntad de atentar contra su integridad corporal o su salud (lesiones corporales dolosas, arts. 418 y ss.) y causa involuntariamente su muerte por no observar el cuidado objetivamente debido. Carece de fundamento, por ello, la exigencia del llamado arranque lícito en la culpa, o más exactamente de que el resultado no se derive de una acción comprendida en un tipo de lo injusto de los delitos de acción dolosos (74). En el artículo 565, núm. 3.º del artículo 586 y artículo 600 no se exige el llamado arranque lícito y la posibilidad de incurrir en responsabilidad por imprudencia aunque el resultado se derive de un delito doloso contra la seguridad del tráfico

(72) Véase *Zum Verkehrsstrafrecht in Spanien*, pág. 123.

(73) En el art. 340 bis a) se castigan los delitos de conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y el de conducción temeraria poniendo en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes. El segundo inciso del párrafo sexto del artículo 565 fue suprimido posteriormente, con muy buen criterio, por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código Penal.

(74) Véase también en contra de la exigencia del llamado arranque lícito en la culpa, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa (Imprudencia)*, págs. 305 y ss., *Curso de Derecho Penal*, I, pág. 300, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, págs. 846 y ss. y especialmente págs. 858 y ss., CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, I, *Parte general*, vol. 1.º, págs. 476-7, NÚÑEZ BARBERO, *El delito culposo*, págs. 96 y ss., y E. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, págs. 124-5.

está reconocida en el párrafo tercero del artículo 340 bis a) (75). La exigencia del llamado arranque lícito es una consecuencia del principio del «*versari in re illicita*» (el que realiza voluntariamente un acto ilícito responde de todas sus consecuencias a título de dolo, aunque no las hubiera querido, no las hubiera previsto, ni las hubiera podido prever), que inspira, según la opinión dominante, el párrafo tercero del artículo 1.º, la atenuante 4.ª del artículo 9.º, la eximente del núm. 8 del artículo 8.º y el artículo 50, de nuestro Código. Es posible llegar, sin embargo, como he expuesto en otros trabajos (76), a una interpretación de estos preceptos que supere en gran medida el principio del *versari*. El Tribunal Supremo no ha exigido nunca el arranque lícito cuando el resultado se había derivado de un delito doloso contra la seguridad del tráfico y ha restringido considerablemente, en los últimos años, su exigencia en los demás casos (77) (77 bis).

(75) De acuerdo con este precepto: «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». Según opinión unánime de la doctrina y criterio mantenido constantemente por el Tribunal Supremo, la comparación se establece entre las penas de los delitos de peligro concreto contra la seguridad del tráfico y los delitos culposos de resultado material; véase mi artículo, *El versari in re illicita y el párrafo tercero del artículo 340 bis a) del Código Penal español*, publicado en el Libro Homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Pannedille, 1970, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1970, fasc. 2.º, e incluido en mi libro, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1982, págs. 90 y ss.

(76) Véanse mis artículos, *El versari in re illicita en el Código Penal español*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1962, fasc. 1.º, incluido en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, págs. 60 y ss., y *El versari in re illicita y el párrafo tercero del artículo 340 bis a) del Código Penal español*, lug. cit., en la nota precedente.

(77) No lo exige en los supuestos de desviación (si se da una absoluta disparidad entre los bienes jurídicos afectados), que distingue, siguiendo a Rodríguez Mourullo, de la preterintencionalidad (que implica simple progresión); véanse las sentencias citadas en la nota 96 del capítulo XVII de mi *Curso de Derecho Penal español, Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*. En las lesiones corporales con resultado de muerte aprecia homicidio por imprudencia, especialmente a partir de la famosa sentencia de 17 de diciembre de 1958 (A. 4013), si las lesiones corporales son de escasa entidad o se trata de un mero empujón o un leve golpe; véase, por ejemplo, las sentencias de 28 de septiembre de 1964 (A. 4008), 5 de junio de 1968 (A. 2808), 17 de junio de 1969 (A. 3706), 15 de noviembre de 1969 (A. 5431), 19 de enero de 1977 (A. 38), 26 de enero de 1977 (A. 112), 2 de enero de 1979 (A.23) y 16 de noviembre de 1979 (A. 4241); en algunos de estos casos estimó el Tribunal Supremo que se trataba de supuestos de desviación y no de preterintencionalidad, véase, por ejemplo, las sentencias de 22 de febrero de 1972 (A. 745) y 6 de noviembre de 1972 (A. 4775). Apreciaron lesiones corporales por imprudencia, a pesar de derivarse el resultado de un empujón dado voluntariamente, pero sin dolo de lesiones, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1972 (A. 541) y 13 de diciembre de 1972 (A. 5358).

(77 bis) La Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código Penal, ha excluido, *por fin*, de nuestro Código el prin-

El resultado.

En los delitos culposos de resultado es preciso, para que se dé el tipo de lo injusto, que se haya producido un determinado resultado material, externo o el peligro concreto de un buen jurídico (78) como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

El resultado ha de ser consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

No basta con que exista entre la acción que no responda al cuidado objetivamente debido y el resultado una mera relación de causalidad, con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, para la realización del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos (79). La apreciación de la inobservancia del cuidado objetivante debido exige ya, como vimos anteriormente, que el resultado sea objetivamente previsible (80). Pero no es suficiente tampoco la previsibilidad objetiva del resultado para la realización del tipo. Entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado tiene que existir una conexión interna. Es preciso que el resultado se haya producido *precisamente como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido* (81). De lo

cipio del versari in re illicita, al derogar el antiguo párrafo tercero del art. 1.º, el art. 50, y dar una nueva redacción a la exigente de caso fortuito, suprimiendo el requisito de que el mal se cause con ocasión de ejecutar un acto lícito: «Si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible» (art. 6.º bis b). Al quedar superado el principio del versari carece ya de todo fundamento la exigencia del llamado arranque lícito en la culpa.

(78) Sobre el concepto de peligro y de peligro concreto, véase mi *Curso de Derecho Penal español, Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito*/I. Capítulo XVI, págs. 397 y ss., y sobre la realización culposa de los delitos de peligro concreto, mi artículo, *Cuestiones previas al estudio de la estructura del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos*, Estudios Jurídicos en honor del profesor O. Pérez-Vitoria, I, págs. 142-3.

(79) De otra opinión, SPENDEL (véase una exposición y análisis crítico de su criterio, en GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Reus, 1966, págs. 134-5) y BERISTAIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, lug. cit., págs. 24 (nota 55) y 35 y ss., y *Resultado y delitos de peligro*, lug. cit., pág. 450.

(80) Véase la pág. 497.

(81) Véase, en este sentido, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pág. 135, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pág. 76; *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, pág. 21; KLAUS ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, L. Röhrscheid, Bonn, 1965, pp. 143 y ss., y *Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen in Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte*, J. Z. 1969, págs. 364 y ss., especialmente 367 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20.ª ed., págs. 232 y ss. (n.º 160 y ss.); BLEI, *Strafrecht, I, Allgemeiner Teil*, 17.ª ed., págs. 269-70; WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., págs. 130 y ss.; SAMSON, *Syste-*

contrario no podría afirmarse que el hecho se ejecutara por imprudencia temeraria o el delito o falta se hubiera cometido por simple imprudencia o negligencia, o que los resultados de muerte o de lesiones graves se hubieran producido *a consecuencia* de impericia o de negligencia profesional (arts. 565, núm. 3.º del art. 586 y artículo 600) (82). Es necesario que se demuestre con una probabilidad rayana en la certidumbre, que el resultado se hubiera evitado en caso de observar el deber objetivo de cuidado. Mientras aparezca como posible o probable que el resultado se hubiera producido igualmente en caso de que el sujeto hubiera observado el cuidado objetivamente debido el Tribunal debe absolver (in dubio pro reo). En el caso, por ejemplo, de un conductor que rebasa el límite de velocidad de 60 Km/h., existente a la entrada de una ciudad, conduciendo su vehículo a 90 Km/h. y atropelle y dé muerte a un peatón que irrumpa de repente en la calzada. El conductor podrá incurrir sólo en responsabilidad penal por un delito de conducción temeraria del núm. 2.º del artículo 340 bis a). La exclusión del tipo no debe limitarse, como hizo el Tribunal Supremo alemán en algunas sentencias, a aquellos casos en que aparezca como seguro, o como probable, con una probabilidad rayana en la certidumbre, que el resultado se hubiera producido igualmente en caso de que el sujeto hubiera observado el cuidado objetivamente debido, pues con ello se infringiría el principio «in dubio pro reo» (83). En cualquier caso no se trata de un problema de causalidad, como se ha considerado en ocasiones en la Ciencia del Derecho penal alemana (84) y como estima actualmente

matischer Kommentar zum Strafgesetzbuch I, Allgemeiner Teil, 2.ª ed., páginas 134 y ss. (n.º 25 y ss.), y entre nosotros, CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, págs. 226 y ss., y JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, *Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico*, lug. cit., págs. 348 y ss.

(82) Véase, en este sentido, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, pág. 227.

(83) Como señala ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, Z. Str. W. tomo 74, 1962, págs. 423-4.

(84) Véase, por ejemplo, MEZGER, *Tratado de Derecho Penal, II*, Madrid, 1949 (Trad. y notas de J. A. Rodríguez Muñoz), pág. 186, en el marco de su teoría de la relevancia (véase sobre esta teoría mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte general, I. Introducción. Teoría jurídica del delito*/I. Capítulo XIII, pág. 353, nota 55). RODRÍGUEZ MUÑOZ observaba ya agudamente en la *nota* de la pág. 187 del tomo II de su traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de Mezger, Madrid, 1949: «En tales casos, en los que el sujeto actúa contrariamente a su deber, pero en los que aún suponiendo que se hubiera ajustado a sus exigencias, el resultado nocivo se hubiera también producido, creo que más que de ausencia de la relación de causalidad, de lo que se trata es de una «ruptura de la conexión o relación de culpabilidad» que impide la imputación a título de culpa, pero que presupone la causalidad entre la acción y el resultado». La inclusión del nexo en la culpabilidad estaba condicionada por la concepción, entonces dominante, de toda la culpa como una forma de la culpabilidad; véase, *supra* pág. 3, nota 5. Véase una detenida exposición y análisis crítico de las

el Tribunal Supremo alemán (85) y nuestro Tribunal Supremo, que habla, a este respecto, de una causalidad jurídica, que distingue de la mera causalidad material (86).

Roxin considera que el resultado debe serle imputado al sujeto siempre que por su acción, que no responda al cuidado objetivamente debido, haya dado lugar a un aumento del riesgo de la producción del resultado (87). No me parece convincente, sin em-

diversas concepciones del nexo entre la infracción del cuidado objetivamente debido y el resultado en los delitos culposos, en KLAUS ULSSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, págs. 38 y ss. y 75 y ss.

(85) Véase, a este respecto, por ejemplo, SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, op. cit., pág. 232 (n.º 161); WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, págs. 130-1, y FR. CHR. SCHRÖDER, en *Strafgesetzbuch, Leipziger, Kommentar*, 10.ª ed., entrega n.º 21, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1980, art. 16, n.º 188.

(86) Si el resultado se hubiera producido igualmente en caso de observancia del cuidado objetivamente debido, el Tribunal Supremo español niega la eficacia causal «en el orden moral o espiritual» (sentencia de 15 de marzo de 1976, A. 1155) o la causalidad jurídica» (sentencias de 24 de abril de 1958, A. 2433, 20 de marzo de 1964, A. 1615, 12 de diciembre de 1964, A. 5292, 18 de junio de 1973, A. 2828, 17 de diciembre de 1974, A. 5227, 10 de noviembre de 1978, A. 3434 y 10 de diciembre de 1979, A. 3878). Con frecuencia no distingue claramente la llamada «causalidad jurídica o relevancia jurídica» de la causalidad material; véase, por ejemplo, las sentencias de 17 de febrero de 1978 (A. 457), 21 de junio de 1978 (A. 2615), 4 de julio de 1978 (A. 2792), 7 de diciembre de 1978 (A. 3885), 22 de mayo de 1979 (A. 2139), 24 de abril de 1979 (A. 1684), 4 de abril de 1979 (A. 1610), 2 de abril de 1979 (A. 1552), 17 de diciembre de 1979 (A. 4613), 5 de diciembre de 1979 (A. 4556), 22 de abril de 1981 (A. 1672), 2 de noviembre de 1981 (A. 4281), 19 de diciembre de 1981 (A. 5093) y 10 de febrero de 1982 (A. 794).

(87) Véase ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für R. M. Honig*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1970, páginas 138 y ss. y *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, lug. cit., págs. 431 y s. Han aceptado el criterio de Roxin del aumento del riesgo entre otros, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., pág. 474 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, II, págs. 805-6); OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, 1976, pág. 174; M. BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1974, págs. 139 y ss.; F. SCHAFFSTEIN, *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Festschrift F. R. Honig*, págs. 169 y ss.; y STRATENWERH, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Festschrift für W. Gallas*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1973, págs. 227 y ss. y especialmente pág. 239. Rudolphi acepta el criterio del aumento del riesgo, pero excluye la imputación objetiva del resultado cuando éste se hubiera producido igualmente, *con seguridad*, si el autor hubiera observado el cuidado objetivamente debido; véase RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., pág. 27 (n.º 67). Gössel acepta el criterio del aumento del riesgo únicamente como indicio de que el resultado sea una consecuencia adecuada de la inobservancia del cuidado objetivamente debido; véase MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2, 5.ª ed., 1978, págs. 92-3 y *Norm und fahrlässiges Verbrechen*, en *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, 1978, págs. 50-1. Cuando no puede demostrarse con seguridad si la acción produjo o no un aumento del riesgo, estima ROXIN (*Pflichtwidrigkeit und*

bargo, este criterio. Desde una contemplación ex ante toda acción que no responde al cuidado objetivamente debido supone un aumento del riesgo (respecto a la misma acción realizada con arreglo al deber objetivo del cuidado) (88). La consideración en el juicio de peligro de circunstancias cognoscibles sólo ex post —como propuso más tarde Roxin ((89)— es incompatible con la esencia del juicio de peligro (90). Este carece de sentido si se realiza ex post. Desde este punto de vista, si el resultado se ha producido, la acción era peligrosa y si no se ha producido no lo era. Por otra parte, como ha señalado Baumann, la teoría del aumento del riesgo transforma, prescindiendo de la voluntad de la ley, los delitos culposos de resultado material en delitos de peligro concreto (91). La imputación del resultado carece de justificación si no se ha producido precisamente como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

No me parece convincente tampoco el criterio de Arthur Kaufmann (92) ,según el cual quedaría excluido el desvalor del resul-

Erfolg bei fahrlässigen Delikten, pág. 434), que se debe castigar, con lo cual infringe él también el principio «in dubio pro reo»; véase, en este sentido, E. SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, A. Metzner Verlag, 1972, págs. 47-48. La mayor parte de los defensores de la teoría del aumento del riesgo exigen, por ello, actualmente la comprobación de dicho aumento. Los intentos de excluir de la aplicación del principio «in dubio pro reo» algunas de las circunstancias que sirven de base al juicio de peligro no han resultado convincentes; véase el acertado análisis crítico que hace SAMSON, de los criterios propuestos por Stratenwerth, Burgstaller y Schünemann, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., págs. 135-6 (n.º 27 y 27 a).

(88) Véase, en este sentido, K. ULSENHEIMER, *Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte*, lug. cit., pág. 366; FR. CHR. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10.ª ed., entrega n.º 21, artículo 16, n.º 190, y CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, págs. 227-8.

(89) Véase ROXIN, *Literaturbericht, Allgemeiner Teil*, (donde hace una recensión de la monografía de Ulsenheimer, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*) Z. Str. W. tomo 78, n.º 166, pág. 221 y *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, págs. 138-9, nota 18; en el mismo sentido también RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., pág. 28 (n.º 69), STRATENWERTH, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, lug. cit., pág. 229 y ss. y M. BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt in Strafrecht*, págs. 141 y ss.

(90) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción. Teoría jurídica del delito*/1. Capítulo XVI, pág. 401, nota 33.

(91) Véase, BAUMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., págs. 284-5 y en el mismo sentido, SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, págs. 156 y ss., MAURACH-GÖSSEL, en MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2, pág. 92 y FR. CHR. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10.ª ed., entrega n.º 21, artículo 16, n.º 190.

(92) Expuesto en su artículo *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, *Festschrift f. Eb. Schmidt zum 70. Geburtstag*, Vandenhoeck-Ruprecht, Gotinga, 1961, págs. 200 y ss., especialmente págs. 229 y ss.

tado cuando éste se hubiera producido igualmente, con independencia de la acción antijurídica, como consecuencia de otros factores causales concurrentes ya en ese momento. Como ha señalado acertadamente Roxin, este criterio llevaría a consecuencias inadmisibles, por ejemplo, a la exclusión del ámbito de protección del Derecho penal, de la vida de aquellas personas enfermas que estuvieran ya desahuciadas por la medicina (enfermos incurables de cáncer, por ejemplo), que hubieran sido condenadas a muerte o hubieran adoptado la resolución firme de suicidarse (93).

El resultado ha de ser de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

No basta con que el resultado se haya producido precisamente como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido para que se dé el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos. Es preciso, además, que el resultado sea de aquéllos que trataba de evitar la norma de cuidado (94). No será este el caso, por ejemplo, si el vehículo que circula por la izquierda de la carretera, infringiendo de este modo el cuidado objetivamente debido, atropella y da muerte a un suicida que se le echa debajo de las ruedas, de repente, desde ese lado de la calzada. El resul-

(93) Véase la acertada crítica que hace ROXIN de la tesis de Arthur Kaufmann, en *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, lug. cit., págs. 425 y ss.

(94) Este criterio de imputación objetiva ha sido desarrollado en nuestro país por E. GIMBERNAT ORDEIG; véase, *Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik, zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht*, tesis doctoral, Hamburgo, 1962, págs. 133 y ss., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, págs. 135 y ss. y especialmente págs. 142-4, *Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos*, Revista de Derecho de la Circulación, año II, núms. 10 y 11-12, octubre y noviembre-diciembre 1965, *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*, Z. Str. W. tomo 80, 1968, págs. 922-3, nota 20 e *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, pág. 126. Gimbernat considera, sin embargo, que si el resultado era uno de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida, basta para la imputación objetiva del mismo con que esté unido causalmente a la acción que no responde al cuidado objetivamente debido. Exigen, en cambio, también que el resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, además de ser uno de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida, CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, pág. 228; JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, *Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico*, lug. cit. pág. 348, y en la Ciencia del Derecho penal alemana, SCHÖNKE-SCHRÖEDER-CRAMER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20.ª ed., págs. 235-6 (n.º 173 y ss.), SAMSON, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., págs. 136-7 (n.º 28) y WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., pág. 132.

tado se ha producido aquí como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, pero no es, evidentemente, uno de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida (95). Con este criterio de imputación objetiva coincide, sin duda, el requisito exigido unánimemente por la doctrina (96) y por el Tribunal Supremo, en jurisprudencia constante, para la apreciación de la imprudencia o negligencia simples con infracción de reglamentos, de que el precepto reglamentario infringido tratase de evitar precisamente resultados como el producido por la conducta imprudente, es decir que no responde al cuidado objetivamente debido (97).

(95) La determinación de los resultados que trata de evitar una norma de cuidado (fin de protección de la norma), puede plantear en ocasiones dificultades, como toda interpretación teleológica, pero ello no me parece razón suficiente para rechazar este criterio de imputación, como hacen ULSENHEIMER (*Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, págs. 117-8) y NÚÑEZ BARBERO (*El delito culposo*, pág. 58). Véase sobre las grandes posibilidades que ofrece el criterio de imputación del fin de protección de la norma, en los delitos culposos, a pesar de las dificultades que plantea en ocasiones su determinación, RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., págs. 29 y ss (n.º 71 y ss.) y ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für R. M. Honig*, págs. 140 y ss. y zum *Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Festschrift f. W. Gallas zum 70. Geburtstag*, págs. 241 y ss. Estos penalistas combinan este criterio de imputación objetiva con el del aumento del riesgo; véase también en este sentido, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., págs. 474-5 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, vol. 2.º, pág. 806) y STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 3.ª ed., págs. 118-9 (n.º 348 y ss.) y 297 (n.º 1107). Gössel considera que el resultado es sólo consecuencia adecuada de la infracción del cuidado debido cuando era uno de los que trataba de evitar la regla de cuidado infringida; véase MAURACH-GÖSSEL-ZIPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2*, págs. 89 y ss, y *Norm und fahrlässiges Verhalten*, *loc. cit.*, pág. 50-1.

(96) Véase, en este sentido, SILVELA, *El Derecho Penal, estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2, Madrid, 1879, pág. 162, QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, I, pág. 301, y *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., pág. 1069, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, 2.ª ed., págs. 932 y 944 y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 8.ª ed., Madrid, 1981, pág. 469.

(97) Véase, por ejemplo, las sentencias de 6 de noviembre de 1942, 24 de octubre de 1964 (C.L. 1610), 25 de noviembre de 1964 (C.L. 1829), 17 de diciembre de 1964 (C.L. 1979) («si es suficiente para ello que la conducta culposa sea la causa de uno de aquellos resultados a cuya prevención se dirige la norma reglamentaria infringida»), 28 de enero de 1972 (C.L. 99) («Como es harto sabido, la imprudencia en sus dos formas o grados, ha de estar en relación causal con el resultado producido, por lo que tratándose de la simple antirreglamentaria, no basta constatar la infracción de preceptos circulatorios para desatar la responsabilidad criminal, sino que es preciso constatar el poderío causativo de tal quebranto reglamentario, el cual puede faltar bien por ser totalmente ajeno al evento dañoso, bien por haber cesado la vulneración en el momento de producirse el hecho por propia enmienda del conductor que inicialmente la cometiera, bien, en fin, por haber sido desplazado totalmente aquel factor etiológico por la conducta de la víctima en el plano causal»), 2 de octubre de 1973 (A. 3518), 8 de mayo de 1974 (A. 2158), 27 de enero de 1979 (A.109) y 29 de junio de 1978 (A. 2660).

La llamada concurrencia de culpas.

En los supuestos de la llamada concurrencia de culpas (del autor y de la víctima) hay que examinar, con independencia cada una de las conductas, pues no se admite en el ámbito del Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, la compensación de culpas (98). No le será imputado al autor el resultado si éste no se ha producido como consecuencia de su inobservancia del cuidado objetivamente debido o si no era uno de los resultados que trataba de evitar la norma de cuidado por él infringida. Cuando le sea imputable objetivamente el resultado no influirá para nada en la calificación de la gravedad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (imprudencia temeraria o simple) la conducta imprudente de la víctima.

En estos casos estamos ante problemas de la imputación objetiva de resultados y no de causalidad, como estima el Tribunal Supremo, que recurre a la teoría de la causa eficiente. Exime de responsabilidad si la culpa de la víctima fue la causa eficiente de la producción del resultado; en caso contrario, la culpa de la víctima influye en la calificación de la imprudencia del autor, degradándola de temeraria a simple, con o sin infracción de reglamento (aunque concurra en este último caso la infracción de reglamentos). El Tribunal Supremo admite de este modo veladamente la compensación de culpas, aunque proclame solemnemente lo contrario (99).

(98) Véase, en este sentido, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 227 y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, 2.ª ed., págs. 1085 y ss.

(99) Véase, por ejemplo, entre la jurisprudencia más reciente, las sentencias de 6 de febrero de 1978 (A.379), 14 de febrero de 1978 (A. 426), 28 de abril de 1978 (A. 1495), 3 de mayo de 1978 (A. 1843), 20 de junio de 1978 (A. 2403), 27 de octubre de 1978 (A. 3338), 1 de marzo de 1979 (A. 1022), 2 de marzo de 1979 (A. 885), 20 de marzo de 1979 (A. 1307), 26 de mayo de 1979 (A. 2186), 12 de junio de 1979 (A. 2980), 28 de septiembre de 1979 (A. 3166), 27 de enero de 1980 (A. 97) (muy interesante, porque aunque expone primero, en un Considerando, el criterio habitual de negar, pero aplicar la compensación de culpas, al final, aunque sólo sea para mayor abundamiento recurre al criterio correcto de examinar, en cada caso, si el resultado se ha producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido), 18 de febrero de 1980 (A. 484), 6 de mayo de 1980 (A. 1810), 4 de junio de 1980 (A. 2509), 30 de junio de 1980 (A. 3068), 6 de octubre de 1980 (A. 3661), 13 de octubre de 1980 (A. 3695), 4 de noviembre de 1980 (A. 4400), 28 de noviembre de 1980 (A. 4582), 5 de diciembre de 1980 (A. 4779), 26 de enero de 1981 (A. 246) y 6 de mayo de 1981 (A. 2122). Mantiene el mismo criterio que el Tribunal Supremo, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa (Imprudencia)*, págs. 320 y ss., *Curso de Derecho Penal*, I, pág. 295, y CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal, I, Parte General*, vol. 1.º, 18.ª ed., págs. 481 y ss. Estos autores siguen la sugerencia, a mi juicio equivocada, de ANTÓN ONECA (*Derecho Penal, Parte General*, pág. 227) de que: «Las ne-

Desvalor de la acción y desvalor del resultado en los delitos de acción culposos.

El desvalor de la acción, en los delitos de acción culposos, está representado por la inobservancia del cuidado objetivamente debido y el desvalor del resultado, en los delitos culposos de resultado, por la lesión o el peligro concreto de un bien jurídico (100).

Entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado en los delitos de acción culposos tiene que darse, como hemos visto, una determinada relación interna: el resultado tiene que haberse producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido y tiene que ser, además, uno de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida. Por otra parte, en los delitos de acción culposos se plantea también el problema, como en los delitos de acción dolosos (101), de si lo injusto no queda ya constituido o incluso agotado por el desvalor de la acción (102). Según Welzel, lo injusto del delito culposo queda ya constituido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido. El resultado causado pertenece al tipo de lo injusto, pero cumple sólo una función de selección dentro de las conductas antijurídicas desde el punto de vista de la punibilidad. Esta restricción de la punibilidad puede obedecer, según Welzel, a razones de practicabilidad y sobre todo al sentimiento irracional «de que la cosa no era tan grave, cuando todo ha terminado bien» (103). Armin Kaufmann excluye, incluso, el resultado del tipo de lo injusto de los delitos culposos. «La producción del resultado no es una condición necesaria de la infracción de la norma, es decir de la tipicidad o antijuridicidad, sino condición de punibilidad» (104). Zielinski va

cesarias restricciones» —a la prohibición de la compensación de culpas— «pueden obtenerse con aplicación de una doctrina racional de la causalidad». ZUGALDÍA advierte que se trata de un problema de imputación objetiva de resultados, pero no consigue desligarlo del problema causal y acaba aceptando una compensación —parcial— de culpas; véase, *Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico*, lug. cit., págs. 347 y ss., y especialmente pág. 349.

(100) Sobre la distinción de los conceptos de resultado material o externo y lesión del bien jurídico, véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I. Introducción. Teoría Jurídica del Delito/1*, Capítulo XVII, págs. 445-6.

(101) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I. Introducción. Teoría Jurídica del Delito/1*, Capítulo XVII, págs. 446 y ss.

(102) Véase, a este respecto, especialmente, Alfonso Guallart de Viala, *La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho Penal Español*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, págs. 617 y ss.

(103) Véase, WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, pág. 21, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., pág. 136 y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, págs. 75-6.

(104) Véase, ARMIN KAUFFMANN, *Zum Stand der Lehre vom personalem Unrecht*, *Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag*, pág. 411 y ya antes en *Das fahrlässige Delikt*, lug. cit., págs. 43-4 y en el mismo sentido, E. HORN,

aún más lejos y considera que lo injusto en los delitos culposos, como en los dolosos, se agota en el desvalor de la acción (105).

La tesis de que lo injusto de los delitos de acción culposos quede ya constituido o incluso agotado por el desvalor de la acción no me parece convincente. No cabe duda de que con la inobservancia del cuidado objetivamente debido queda ya plenamente infringida la norma de los delitos de acción culposos. Esta se limita a prohibir la realización de acciones que no respondan al cuidado objetivamente debido. Pero las normas son sólo un instrumento de protección de los bienes jurídicos (106) y sólo cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado queda constituido lo injusto de los delitos de acción culposos.

Si lo injusto de los delitos de acción culposos quedara ya constituido con el desvalor de la acción, no se explicaría por qué se exige que el resultado sea precisamente consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. Debería bastar con que existiera un vínculo causal entre el resultado y la acción anti-jurídica. Esta es la postura que mantiene consecuentemente Beristain (107). La exigencia de que la producción del resultado sea

Konkrete Gefährdungsdelikte, Verlag Dr. Otto Schmidt, Colonia, 1973, páginas 78 y ss. 103, F. SCHAFFSTEIN, *Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Festschrift f. H. Welzel zum 70. Geburtstag, págs. 557 y ss., especialmente pág. 562, A. BERISTAIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, lug. cit., págs. 24 (nota 55) y 35 y ss., ENDIQUE BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1974, pág. 140. El resultado en los delitos culposos ha sido concebido también como condición de punibilidad por algunos destacados penalistas italianos; por ejemplo, DEL GIUDICE, *Fondamento e condizioni della punibilità dei reati colposi*, 1918, *Il delitto colposo*, Ferrara, 1918 (véase la opinión del Giudice, en S. RICCIO, *Il reato colposo*, Milán, Giuffrè, 1952, págs. 99-100), MANZINI, *Trattato di Diritto Penale italiano*, 4.ª ed., puesta al día por P. NUVOLONE y G. D. PISAPIA, I, Turín, Utet, 1961, págs. 742 y ss., ALTAVILLA, *La culpa*, trad., del P. José J. Ortega Torres, Editorial Temis, Bogotá, 1956, págs. 215 y ss. y VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milán, Giuffrè, 1952, págs. 54-61, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Florencia, 1948, págs. 111 y ss. 121-2, *Un ultima parola a proposito dell'evento colposo*, Giustizia penale, 1949, II, pág. 315.

(105) Véase, Diethart Zielinski, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Duncker-Humblot, Berlín, 1973, págs. 152 y ss., 168 y ss., 185 y ss. y 309. Una referencia más detallada a la tesis de Zielinski, en el Capítulo XVII, págs. 446-7, de mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I. Introducción. Teoría jurídica del Delito/1*. También para Mir Puig, lo injusto de los delitos culposos, como el de los dolosos, se agota en el desvalor de la acción, que consiste, según él, en la peligrosidad de la misma. El resultado cumple sólo una función indiciaria de la peligrosidad de la acción y en los delitos culposos condiciona la posibilidad de punición; véase, SANTIAGO MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, págs. 48 y ss. y *adiciones a su trad. del Tratado de Derecho Penal*, de Jescheck, II, pág. 809.

(106) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. I. Introducción. Teoría Jurídica del Delito/1*, Capítulo XVII, pág. 447.

(107) Véase BERISTAIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, lug. cit., págs. 35 y ss.

consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, no sólo justifica la inclusión del resultado en el tipo de lo injusto (108), sino que es una prueba de que sólo cuando se añade al desvalor de la acción el desvalor del resultado queda constituido lo injusto de los delitos de acción culposos (109).

(108) Así, WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, pág. 21.

(109) Véase, ya, en este sentido, SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, 1963, págs. 75 y ss. y *Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?*, *Festschrift f. H. Welzel*, pág. 392, y la nota 4 de mi traducción de , *El nuevo sistema del Derecho Penal*, de H. Welzel, pág. 18, y mi artículo *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal española*, incluido en mi volumen, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1982, pág. 127. Se han hecho eco recientemente de este argumento, ALFONSO GUALLART DE VIALA, *La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho penal español*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1979, págs. 640 y ss. y CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad Penal)* pág. 226. Otros argumentos en favor de la tesis de que lo injusto de los delitos culposos queda sólo constituido cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado, en STRATENWERTH, *Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht*, *Festschrift f. Fr. Schaffstein*, págs. 177 y ss. y ya antes en *Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht*, Schw. Z. f. Strafrecht, tomo 79, 1963, fasc. 3.º, págs. 250 y ss. y B. SCHÜNEMANN, *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?*, *Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolges im Verbrechensaufbau*, lug. cit., págs. 169 y ss. y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 342.

«El delito de daños en el Código penal español» (*)

Por AGUSTIN JORGE BARREIRO

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Consideraciones previas.—II. Concepto del delito de daños.—
III. Elementos del delito de daños y sus diferencias con figuras afines.
IV. Consideraciones de política criminal.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Una de las cuestiones más enojosas con las que se encuentra el penalista al estudiar el delito de daños es la que se refiere al plano terminológico. De ahí que nuestra doctrina penal no sea ajena a un afán diferenciador en esta materia. Así señala Puig Peña (1) que «cuando en el lenguaje jurídico-penal se habla de daños, lo primero que hace falta es diferenciar aquellos que se producen como consecuencia de un delito (a los que se refiere el núm. 2.º del art. 101 del Código penal) de aquellos otros que adquieren sustantividad independiente como entidad penal diferenciada». En esta cuestión lexicológica existen serias dificultades derivadas no sólo del carácter multívoco del término «daño» en el plano jurídico sino también de la imprecisión imperante en la terminología española. Cabe destacar que en nuestra lengua con el término daño se puede designar jurídicamente tanto el mal implícito en la acción penal como el causado en el mundo exterior por su perpetración (2). Y por otra parte, en el léxico español se utiliza el término «daño» para aludir a la realidad fáctica del daño, y se usa el mismo vocablo en plural (daños) con referencia a la perpetración voluntaria del daño (3). A todo ello hay que

(*) Este trabajo ha sido realizado para su publicación en «Libro homenaje al Prof. Juan del Rosal».

(1) PUIG PEÑA, F.: *Derecho penal*, P. E., IV, 6.ª ed., Madrid 1969, p. 403.

(2) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Daños*, NEJ, VI, Barcelona 1954, p. 211.

(3) Este inconveniente no se da en otros países como en Alemania e Italia, donde se utilizan respectivamente las expresiones genéricas de «Schade» y «Danno» —que se refieren a la realidad fáctica del daño—

añadir que el término daño es, en nuestro léxico jurídico, sinónimo en lo civil y en lo penal (4). Esta última consideración fomenta el confusionismo conceptual y lleva a que la doctrina penal española busque una posible distinción entre daño civil y daño penal. Al abordar este tema se distinguen dos planos: el objetivo y el subjetivo. *Objetivamente* se señala que el daño civil es más amplio que el penal en cuanto abarca tanto los daños materiales como los morales (5). Además en el daño penal se requiere un daño estrictamente emergente («damnum datum») y se excluye el «lucrum cessans», que sí es admitido en el daño civil (6). En el *plano subjetivo* se ha tratado de delimitar el daño penal y el daño civil, reservando el primero para los daños dolosos y el segundo para los imprudentes (7). Esta distinción tiene sentido y fundamento en el Derecho Comparado, donde el delito de daños se limita normalmente a los dolosos (8), pero no en nuestro Derecho positivo en el que se admite la incriminación imprudente del delito de daños (arts. 565 y 600 del C. p.) (9). En la dimensión

y los términos "Beschädigung" y "Danneggiamento" —que aluden a la perpetración voluntaria del daño (conducta delictiva)—. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho Penal*, P. E., t. III, 2.^a ed. puesta al día por C. GARCÍA VALDÉS. Madrid 1978, pp 471 y 472, nota 4.

(4) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Curso de Derecho Penal*, II, Madrid 1963, p. 289.

(5) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Antijuricidad civil y penal en el evento jurídico de daño*, "Rev. Der. Priv." 1949, p. 870.

(6) Vid. ANGELOTTI, D.: *Delitti contro il patrimonio*, en "Trattato di Diritto Penale", coordinado por E. FLORIÁN, 4.^a ed., 1936, p. 357.

(7) En este sentido se manifiestan SÁNCHEZ TEJERINA ("Los daños... dentro de los delitos contra la propiedad, constituye figuras delictivas con vida propia y en todas es el odio o la venganza el móvil de su ejecución, pero aunque fuera el sólo placer de destruir o cualquiera otro el móvil, lo interesante es afirmar que es necesaria la concurrencia del dolo o intención de dañar para la existencia del daño... Los daños por imprudencia son de naturaleza puramente civil y solamente pueden dar lugar a la correspondiente indemnización con arreglo al artículo 1.902 del Código Civil". *Derecho Penal español*, II, P. E., Madrid 1950, p. 481) y algunas resoluciones de nuestro T. S. (La sentencia del 21-12-1909, J. C. 1910 (83), núm. 199, p. 449, declara que "...para establecer la línea divisoria entre el daño como materia de obligación civil y el daño como origen de responsabilidad criminal, habrá de determinarse el propósito doloso de producirle en propiedad ajena...". En la misma dirección se pronuncian también las sentencias del 12-2-1921, J. C. 1921 (106), núm. 33; 7-10-1931, J. C. 1931 (125), núm. 38; 13-11-1934, J. C. 1934 (131), núm. 209; 11-7-1935, J. C. 1935 (134), núm. 37; 26-5-1962, C. L. (47), núm. 624, p. 373).

(8) Son excepcionales las legislaciones penales que consagran la posibilidad de incriminar los daños a título de imprudencia. Pueden citarse como ejemplos los c. p. de Dinamarca e Islandia. Vid. MANTOVANI, F.: *Danneggiamento*, "Noviss. Dig. it.", V, Torino 1968, p. 113.

(9) La incriminación del delito de daños en el C. p. español se fundamenta no sólo en la fórmula de incriminación abierta del 565, sino también, y, especialmente, en el artículo 600 del C. p. que consagra la posibilidad de sancionar como falta a "los que por imprudencia o negligencia simples, sin cometer infracción de los reglamentos, causen daños en las cosas, que si mediare malicia, constituiría delito, y los que por cual-

subjetiva puede encontrarse —según cierto sector doctrinal (10), una nota diferenciadora que se refiere a la característica de carácter negativo propia del daño penal: la ausencia de «*lucri faciendi causa*», que sí es concebible en el ámbito civil. El problema suscitado en nuestro Derecho, acerca de la distinción entre el daño civil y el daño penal, se podría resolver a través de una adecuada concreción de las figuras típicas de daños, lo cual no se consigue en la actualidad al eludir el C. p. español un concepto del delito de daños y al ser utilizadas fórmulas abiertas y necesitadas de delimitación por exclusión como son las previstas en los artículos 557 y 563 del C. p. (11).

Desde una *perspectiva histórica* cabe señalar que el delito de daños se incorpora en épocas relativamente recientes al ámbito penal, quedando relegado normalmente al plano civil de acuerdo con las pautas marcadas en esta materia por el Derecho Romano (12). Sin embargo, en la época de las XII Tablas, nos encontramos con que ciertas conductas como el «*incendium*», la ruina, el «*nafragium*», el «*sacrilegium*» constituían «*crimina*», perseguibles de oficio y conminadas con graves sanciones penales. Se trataba de castigar rigurosamente comportamientos muy graves por el peligro y daño público que implicaban, pudiendo considerarse tales hechos como auténticos delitos en el sentido moderno de la palabra (13). Normalmente las conductas constitutivas de daños eran perseguidas casi exclusivamente en cuanto suponían un atentado a la propiedad privada, y de manera preferente consistían en un ataque a la propiedad agrícola, que se tutelaba en el ámbito privado. En este sentido se puede citar la *lex Aquilia*, que configura el daño como delito privado («*delictum privato*») y daba lugar a una acción mixta: la «*actio legis aquiliae*» con la que se

quier clase de imprudencia causen daños en las cosas que, si mediare malicia constituiría falta". Sobre esta cuestión tendremos ocasión de volver más detenidamente al estudiar los elementos del delito de daños. Vid. por todos QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Derecho Penal de la culpa*, Barcelona 1958, p. 497.

(10) GROIZARD, A.: *El Código penal de 1870*, VII, 2.^a ed. Madrid 1914, p. 332; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Antijuricidad civil y penal*, cit., p. 870; SÁNCHEZ TEJERINA, I.: *Derecho Penal*, II, P. E., cit., p. 481. En esta dirección caben citarse las sentencias del T. S. de 17-6-1980 (R. 2761) y 10-3-1981 (R. 1096).

(11) El artículo 557 del C. p. declara que: "Son reos de daños y están sujetos a las penas de este capítulo los que en propiedad ajena causaren alguno que no se halle comprendido en el anterior" (es decir, en el capítulo VIII, del título XIII "Del incendio y otros estragos"). Por su parte el artículo 563 del C. p. establece que: "Los daños no comprendidos en los artículos anteriores, cuyo importe pase de 30.000 pesetas, serán castigados con la multa de 30.000 a 200.000 pesetas, sin que pueda bajar de 30.000 pesetas". Sobre las deficiencias de estas formulaciones del concepto de delito de daños en el C. p. español vid. críticamente QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Dogmática del delito de daños*, RGLJ 1954, p. 661, y la importante sentencia del T. S. de 26-11-1981, R. 4447.

(12) Vid. por todos QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado*, III, 1978, p. 480.

(13) MANTOVANI, F.: "Noviss. Dig. it.", V, 1968, p. 112, nota 3.

solicitaba contemporáneamente la aplicación de la pena privada (acción penal) y la reparación del daño («actio rei persecutoriae») (14). En el último período del Derecho Romano se observa la constante del tratamiento jurídico equívoco de los daños a través de las vías civil y penal, reservándose la sanción criminal para los daños que tienen por objeto cosas de naturaleza especial («res publicae», «res religiosae»...) y que se elevan a crimina extraordinaria mientras que las conductas menos graves —como incendios causados «per negligentiam»— daban lugar a una mera responsabilidad civil ex lege Aquilia (15).

Al margen de estos antecedentes remotos del delito de daños debe reconocerse —como apunta Quintano Ripollés (16)— que «es en el clima intelectual burgués propio de las concepciones capitalistas de la Ilustración, y plenamente triunfantes en el siglo XIX, cuando el sacrosanto respeto a la propiedad impone por doquier en doctrina y leyes el delito de daños con plena sustantividad...».

El objeto de nuestro estudio es el concepto del delito de daños tal como aparece recogido en el Capítulo IX del Título XIII del Libro II del C. p. español vigente, cuya regulación jurídica y sistemática proviene esencialmente del C. p. español de 1848 (17). En el plano sistemático es preciso destacar que cierto sector de la doctrina penal española (18) sitúa al delito de daños —por su

(14) Vid. ALBANESE, B.: *Damnum iniuria datum*, "Noviss. Dig. it.", V, cit., págs. 110 y 111.

(15) Vid. sobre el Derecho romano imperial COSTA: *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna 1921, p. 170.

(16) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado*, III, 1978, p. 482.

(17) El Capítulo IX ("De los daños") del Título XIII del Libro II desde 1848 hasta la actualidad ha sufrido ciertas modificaciones, de las que merecen destacarse las siguientes: 1. La supresión de los últimos párrafos de los artículos 466 (hoy 560) del C. p. de 1848 y 478 del C. p. 1850 (hoy 563), que aludían respectivamente a que lo dispuesto en el artículo 466 "se entiende cuando el hecho no constituya otro delito más grave", y a que "las disposiciones del presente capítulo sólo tendrán lugar cuando, al hecho considerado como delito, no corresponda mayor pena al tenor de lo determinado en el artículo 437", que se refería al delito de hurto.—2. El C. p. de 1932 introduce importantes reformas en la materia, al incorporar dentro del capítulo dedicado a los daños el artículo 554 (hoy 561), que en el C. p. de 1870 se ubicaba en el capítulo de los desórdenes públicos, y sobre todo al introducir como nueva figura delictiva —a través del art. 555 (hoy 562)— la de daños en cosa propia de utilidad social; y 3. La reforma de 1963 incorpora el actual artículo 563 bis a), que destaca por su torpeza metodológica en cuanto se inserta en el Capítulo IX "De los daños" cuando su ámbito de acción abarca a todo el Título XIII del Libro II del C. p. Su ubicación sistemática adecuada sería evidentemente dentro del Capítulo X del Título XIII dedicado a las disposiciones generales del mismo.

(18) En este sentido RODRÍGUEZ DEVESA (en *Derecho Penal*, P. E., 9.^a ed., Madrid 1983, págs. 360 y ss.) inicia el estudio de los "delitos de expropiación sin apropiación correlativa", y dentro de éstos sitúa en primer lugar al delito de daños. En contra QUINTANO RIPOLLÉS (en *Tratado*, III, 1978, p. 489) considera que "si bien es cierto que en los daños hay una unilateral expropiación sin apropiación correlativa, esta caracte-

estructura simple de «expropiación unilateral» sin contrapartida sinalagmática de «apropiación»— en lugar preferente dentro de los delitos contra el patrimonio, lo cual —como veremos más adelante— no se corresponde con el carácter subsidiario de la figura delictiva de daños.

II. CONCEPTO DEL DELITO DE DAÑOS

El C. p. español vigente no ofrece un concepto claro del delito de daños, que sí se recogía en el artículo 750 del C. p. de 1928 (19). Abandonada la definición que se formulaba por el C. p. español vigente proporciona un concepto poco convincente del delito de daños. Con razón señala Quintano Ripollés (20) que la definición excluyente y negativa consagrada en el artículo 557 del C. p. puede ser calificada de «acientífica» y «desacertada». Y por su parte el T. S., en la sentencia del 26-11-1981, declara que «el artículo 557

rística no pasa de constituir un signo diferencial que no basta para otorgar título alguno de preferencia».

La posición de RODRÍGUEZ DEVESEA tiene precedentes en la doctrina clásica alemana y con eco favorable en la dogmática penal moderna de la República Federal alemana (vid. MAURACH, R.; SCHROEDER, Ch.: *Strafrecht*, B. T., I, 6.^a ed. 1977, págs. 260 y ss.).

(19) El artículo 750 del C. p. de 1928 establecía que “Son responsables criminalmente por daños los que, sin estar comprendidos en otros capítulos de este libro o del siguiente y sin ánimo de obtener para sí o para otros un lucro inmediato, destruyan, deterioren o causen cualquier perjuicio a otro en sus propiedades rústicas o urbanas, animales u objetos que le pertenezcan”.

Con anterioridad, y como precedente importante, cabe destacar la definición del delito de daños que ofrece la Ley I, del Título XV (De damnis) de la Partida VII: “Daño es empeoramiento, o menoscabo, o destruyimiento, que ome rescibe en si mesmo, o en sus cosas, por culpa de otro. E son de tres maneras. La primera es, quando se empeora la cosa, por alguna otra que mezclan, o por otro mal quel fazen. La segunda, quando se mengua, por razón del daño que fazen en ella. La tercera es, quando por el daño se pierde, o se destruye la cosa del todo”. Sobre los defectos que presenta este concepto de daños —como por ejemplo la alusión a lesiones personales— vid. GROIZARD, A.: *El Código penal de 1870*, VII, cit., p. 338.

Las dificultades de obtener una definición del delito de daños se acrecientan en la codificación penal española al introducirse en 1932 (art. 555) la figura del delito de daños en cosa propia de interés general, perdiendo así importancia el elemento “ajenidad” que es característico de todos los delitos contra el patrimonio.

(20) En este sentido apunta QUINTANO RIPOLLÉS (en *Daños*, en NEJ, Barcelona 1954, p. 213) que: “1.º Es incierto que la calificación criminal surja por la mera inexistencia del medio incendiario o catastrófico, pues el artículo 560 reconoce aquel procedimiento para generar daños; 2.º Desde 1932 la mención de cosa ajena no puede entrar en la definición genérica ya que el 562 prevé el daño en la propia; y 3.º Es criticable el 557 por hacer del daño un subtipo del estrago, debiendo ser el tipo genérico del que éste fuera modalidad agravada”.

del C. p. da un concepto muy imperfecto del delito de daños» (21).

Dentro de los intentos realizados por la doctrina penal española moderna, para formular un concepto del delito de daños, merece ser destacada la polémica de Jaso. Este autor se muestra partidario de una noción objetiva del daño penal —como «destrucción o menoscabo de un determinado bien patrimonial»—, que encuentra —según Jaso (22)— un grave obstáculo en nuestra legislación al considerar el artículo 599 del C. p. como falta de daños la conducta de sustraer aguas ajenas o de distraerlas de su curso. El mencionado autor, teniendo en cuenta que el citado precepto incrimina como daño una conducta que produce un empobrecimiento del sujeto pasivo sin incidir sobre la sustancia de la cosa y ante la exigencia de un concepto unitario de esta clase de delitos, concluye que «nuestro Código estima como daño toda conducta que ocasiona un empobrecimiento en el patrimonio ajeno» (23). Esta conclusión no puede ser asumida porque —como señala Rodríguez Devesa (24)— el argumento es «falaz» ya que si bien el 599 se refiere a «daños», cuyo importe no exceda de 15.000 pesetas, «la sustracción de aguas debe ponerse en relación con el hurto, y la distracción con la usurpación, teniendo la expresión «daños» en este precepto el significado de perjuicio». Además —como apunta Muñoz Conde (25)—, la posición de Jaso lleva a una criticable confusión entre el daño como causa y el perjuicio

(21) Para el T. S. español, en sentencia del 26-11-1981 (R. 4447), el desacierto de la definición prevista en el artículo 557 radica: "...en primer lugar, en que la definición se obtiene por exclusión respecto al capítulo anterior —Del incendio y otros estragos—, olvidando que, a lo largo del Libro II del C. p., existen otras figuras de daños no incluidas en el capítulo estudiado —Capítulo IX del Título XIII—, tales como los descritos, v. g., en el número 5.º, in fine, del artículo 218 o en el párr. 1.º del artículo 249, y, en segundo lugar, en que restringe la noción legal a los causados en la propiedad ajena, siendo así que, en el artículo 562, se contemplan y sancionan hipótesis de daños producidos en cosa propia. Así pues, este Tribunal, ha tenido que llenar el vacío legal, definiendo los daños como toda destrucción, deterioro o menoscabo, tanto físicos como económicos causados, por lo general, en bienes ajenos, y, excepcionalmente, en los propios, que no se hallen comprendidos en otros pasajes del C. p., y actuando el agente inspirado en propósitos de odio o de venganza, o, al menos, con animus lucrandi". Esta interesante sentencia del T. S. no sólo critica el concepto del delito de daños recogido en el artículo 557, sino que formula una definición del mismo, la cual es bastante completa aunque —como se indicará más adelante— resulte discutible la exigencia de ciertos elementos subjetivos (odio, venganza, animus damnandi) en la conducta del agente. En todo caso es una definición que supera a las anteriormente formuladas por el T. S. (vid. sentencias del: 22-12-1959, C. L. núm. 1.121; 30-6-1970 —C. L. núm. 907—; y 10-12-1970, C. L. núm. 1.350).

(22) JASO ROLDÁN, en "Antón Oneca y Rodríguez Muñoz", *Derecho penal*, II, Madrid 1949, p. 450.

(23) JASO ROLDÁN: *Derecho penal*, II, 1949, pp. 450 y 451.

(24) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal*. P. E., 1983, p. 362.

(25) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, P. E., 4.ª ed., Sevilla 1982, p. 320.

como efecto, siendo característico del delito de daños la destrucción o menoscabo de la cosa con independencia del perjuicio que se ocasione. Y sólo de esta forma podrá explicarse que se aprecie el delito de daños en aquellos supuestos en los que se produce un enriquecimiento del sujeto pasivo, como por ejemplo en la destrucción del mueble viejo, aunque el valor de la madera reducida a astillas sea superior; o en la muerte del caballo que por su edad ya no podía trabajar; o en el derribo de una casa ruinosa cuyo solar tiene un mayor valor.

De las distintas definiciones formuladas por la doctrina penal española puede servir de punto de partida la ofrecida por Quintano (26) que define al daño como «toda acción u omisión voluntaria que ocasiona la destrucción o menoscabo de cosas valiosas ajenas sin la autorización de su dueño, o de las propias especialmente protegidas por el Derecho, siempre que no merecieren otra calificación jurídico-penal prevalente por lo específica». En este concepto del delito de daños se señalan sus características fundamentales, ajustadas a nuestro Derecho penal vigente, y se destaca el carácter específico «residual» de esta figura delictiva dentro de los delitos contra el patrimonio.

III. ELEMENTOS DEL DELITO DE DAÑOS (A) Y SUS DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES (B)

A) Al tratar de los *elementos del delito de daños* me referiré a los elementos objetivos (a) y subjetivos (b) de este delito.

a) Dentro de los *elementos objetivos* será preciso abordar los aspectos siguientes: 1. El bien jurídico.—2. Los sujetos.—3. La acción.—4. El objeto material; y 5. El resultado.

1. El *bien jurídico* que se protege en el delito de daños es la propiedad (27) como se deduce de la letra del artículo 557 del C. p. —«...los que en propiedad ajena causaren...»—, aunque han de tenerse en cuenta las exigencias sociales condicionantes del derecho de propiedad reconocidas a nivel constitucional (art. 33-2 de la Constitución española) (28) y, en cierta medida, recogidas en el artículo 562 del C. p., al castigar la conducta de daños en cosa propia de utilidad social (29).

(26) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado*, III, 1978, p. 500.

(27) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, P. E., 1982, p. 321.

(28) La Constitución española de 1978 declara en el artículo 33-1 que «Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia». En el artículo 33-2 se consagra que «la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes». Sobre la fórmula legal prevista en el artículo 33-2 de la Constitución y acerca de la limitación del contenido del derecho de propiedad a la luz de su función social vid. MONTES, L. V.: *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, Madrid 1980, pp. 184 y ss.

(29) El artículo 562 del C. p. castiga con las penas de arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de la cosa o del daño producidos, sin

2. Con relación a la *problemática de los sujetos* en el delito de daños conviene tener presente que estamos ante un delito contra la propiedad y como tal no podrá ser *sujeto activo* del mismo el propietario de la cosa dañada, salvo en el supuesto excepcional de daño en cosa propia de utilidad social previsto en el artículo 562 del C. p. Con carácter general podrán ser sujetos activos del delito de daños el mero poseedor y el tercero extraño.

El *sujeto pasivo* del delito de daños será el propietario o propietarios de la cosa dañada, pues en este delito se tutela la propiedad en sentido estricto (30). El mero poseedor no tiene esta cualidad y por lo tanto no podrá ser sujeto pasivo aunque sí pueda ostentar la condición personal de perjudicado. Será posible que —como apunta Quintano (31)— el perjudicado no sea el sujeto pasivo e incluso que éste resulte beneficiado por la acción dañosa como sucedería en la hipótesis de la destrucción de un viejo inmueble, cuyos inquilinos se ven perjudicados al tener que evacuarlo mientras que el propietario del mismo —sujeto pasivo— se enriquecerá con la venta del solar.

3. La *acción* del delito de daños consiste en la destrucción, menoscabo o deterioro de la cosa dañada, que puede llevarse a cabo por cualquier medio (32). Como señala Rodríguez Mourullo (33) en el artículo 557 del C. p. sólo se prohíbe causar un resultado y por tanto «el delito de daños podrá cometerse virtualmente por infinidad de modalidades de conducta: las que tengan fuerza causal para producir daños de los no comprendidos en el Capítulo VIII del Tít. XIII del Lib. II del C. p.». Es admisible, de acuerdo con cierto sector de la doctrina (34), la forma de comisión por omisión como por ejemplo el dejar morir de hambre a un

que pueda la multa bajar de 30.000 pesetas, a quien "intencionadamente y por cualquier medio, inutilizarse o dañare una cosa propia de utilidad social o de cualquier otro modo la sustrajese al cumplimiento de los deberes legales impuestos en servicio de la economía nacional". Se trata de un precepto cuya ubicación sistemática, dentro de los delitos contra el patrimonio, es discutida por la doctrina penal española que aboga por su inserción en el marco de los delitos contra "la economía nacional" (Vid. por todos RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal*, P. E., 1980, p. 384). En el artículo 562 del C. p. no se protege tanto la propiedad ajena (Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado*, 1978, III, p. 504) como el interés de la generalidad en la integridad y conservación de ciertas cosas de utilidad social, es decir, el artículo 562 del C. p. parece proteger más bien la utilidad social de la cosa (interés supraindividual) que la propiedad en sí (interés individual). (Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *ob. cit.*, p. 324).

(30) Vid. por todos QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado*, III, 1978, p. 504.

(31) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado*, III, 1978, pp. 514 y 515.

(32) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal*, P. E., 1983, p. 362.

(33) RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador*, ADPCP 1961, p. 234.

(34) CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal*, t. II (P. E.), vol. II, 14.^a ed., revisado y puesto al día por C. CAMARGO HERNÁNDEZ. Barcelona 1975, p. 999; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, P. E., 1982, p. 321; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado*, III, 1978, p. 513.

animal, o el mecánico encargado del mantenimiento de una máquina que, conscientemente, dejase de engrasarla para originar su destrucción.

Una de las cuestiones que suscitó en su momento una importante polémica doctrinal es la que se refiere a la exigencia o no de que la acción dañosa afecte sólo a la sustancia de la cosa dañada y no al valor de uso que la misma tenga para su dueño. De las tesis de von Liszt, que exigía para la existencia del delito de daños una privación de la sustancia de la cosa («Substanzwert») —según la cual no encajarían en la conducta dañosa hechos como los de dar libertad a un pájaro enjaulado o de arrojar objetos a la mar sin detrimento de su integridad objetiva—, se ha pasado a la posición doctrinal dominante de que podrá apreciarse esta clase de delito cuando con motivo de la acción dañosa se le ha privado al propietario del valor de uso de la cosa dañada, teniendo en cuenta el fin para el que la misma estaba originariamente destinada («Gebrauchswert») (35).

4. El *objeto material* del delito de daños es la cosa ajena o propia, mueble o inmueble, material y económicamente valorable, susceptible de deterioro o destrucción y de ejercicio de la propiedad.

Cuando se hable de *cosa ajena* como objeto material del delito de daños es preciso observar que el elemento «ajenidad» —esencial en los delitos patrimoniales— se pone en entredicho por la innovación incorporada a través del C. p. de 1932 que introduce en el delito de daños la modalidad de daños en cosa propia de utilidad social (art. 562 del vigente C. p.). Sin embargo, como se apunta por cierto sector doctrinal el elemento ajenidad sigue operando en esta clase de delitos, pues no se puede olvidar que el precepto general en esta materia sigue siendo el artículo 557 mientras que el 562 es la excepción (36). Además se señala que la ajenidad rige también en el supuesto excepcional del ar-

(35) La doctrina del valor de la sustancia de la cosa fue defendida por VON LISZT y refutada acertadamente por FRANK (Vid. FRANK, R.: *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 17 ed., 1926, pp. 685 y ss.). En la actualidad tanto la doctrina penal dominante en Alemania (Vid. STREE, en SCHONKE-SCHRODER: *Strafgesetzbuch*, 21 ed., 1980, pp. 1725 y ss.) e Italia (ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale*, P. Sp., I, 7.^a ed. al cuidado de L. CONTI, 1977, p. 331) como en España (CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal*, t. II (P. E.), vol. II, 1975, p. 999; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado*, 1978, III, pp. 509 y 510. Por su parte MUÑOZ CONDE —en *Derecho penal*, P. E., cit., pp. 320 y 321— estima “discutible” que la alteración del valor de uso o de destino se incluya también en el delito de daños) se muestran favorables a la tesis del valor de uso. De acuerdo con la doctrina penal dominante serán supuestos de delito de daños el embadurnar un busto o un monumento con tinta, o cuando A deja refundir el anillo de oro de B para una prótesis dental. Vid. MAURACH, R.; SCHROEDER, Ch.: *Strafrecht*, B. T., I, 1977, p. 267.

(36) RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador*. cit., p. 235.

título 562, entendiendo que la propiedad deja de ser un derecho absoluto y que su dominio es compartido por el propietario de la cosa de utilidad social y la comunidad (37).

Al exigirse con carácter general que la cosa dañada debe ser ajena han de ser excluidas del objeto material del delito de daños la «res nullius» o «res derelictae», las cuales no deben ser confundidas con las «cosas perdidas» que al no existir renuncia al derecho sobre ellas siguen siendo ajenas (38).

Las cosas sobre las que recae la acción dañosa son los bienes muebles, inmuebles y semovientes (39).

Con respecto a la extensión del objeto material del delito de daños a los bienes muebles, un sector de la doctrina penal italiana la ha considerado como una novedad de la ciencia jurídica moderna ya que antiguamente se reducía la noción del «danno dato» a las cosas inmuebles (40). Estas consideraciones históricas, que llegan incluso a atribuir la «novedad» al C. p. toscano, han de ponerse en entredicho no sólo en relación con la historia del Derecho penal, sino también teniendo en cuenta que ya en un texto medieval como las Partidas se aludían a los daños en cosas muebles (Ley I, título XV, Partida VII, que considera como modalidad de daño el empeorar la cosa por alguna otra que se mezcla, lo cual sólo es comprensible con referencia a cosas muebles) (41).

La cosa dañada debe ser *material y económicamente valorable*. La cosa objeto material del delito de daños ha de ser material, excluyéndose por tanto las cosas inmateriales, y, económicamente valorable, como lógica consecuencia del carácter decisivo que confiere nuestro C. p. a las cuantías del valor de la cosa dañada (42).

(37) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado*, III, 1978, p. 504. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal*, P. E., 1983, p. 367.

(38) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado*, III, 1978, p. 505. Vid. en la doctrina penal italiana BRICOLA, F.: *Danneggiamento*, "Enciclop. dir.", XI, 1962, p. 604; MANTOVANI, F.: "Noviss. Dig. it.", V, 1968, p. 119.

(39) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *ob. últ. cit.*, p. 501. La famosa sentencia del 16-10-1917 del T. S. —J. C. 1917 (99), núm. 48— apreció acertadamente el delito de daños en el acto voluntario e intencional de apedrear a un semoviente, produciéndole una fractura incompleta de extremidad y su inutilidad temporal. Con acierto la mencionada sentencia condena por delito de daños, ya que éste no queda reducido a supuestos de inutilidad permanente de la cosa, sino que abarca también aquellos casos de inutilidad temporal.

(40) CARRARA, F.: *Programma del Corso di Diritto Criminale*, P. Sp., IV, 9 ed., 1923, p. 655; MANTOVANI, F.: "Noviss. Dig. it.", V, 1968, p. 118.

(41) GROIZARD, A.: *El Código penal de 1870*, VII, cit., p. 341.

(42) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado*, III, 1978, p. 502. Pudiera pensarse que el legislador penal español abandona el criterio del valor de daño ocasionado cuando en el artículo 560-2.º del C. p. se castiga con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas el incendio o destrucción de papeles o documentos, cuyo valor "no fuere estimable". Sin embargo, como ya había destacado GROIZARD (en *Comentarios*, VII, cit., p. 422) "es necesario que el daño tenga siempre un va'or" y en los supuestos mencionados se deduce tal exigencia de la gravedad de las

Un importante sector doctrinal español (43) estima que el daño puede ser también de carácter moral como por ejemplo la destrucción de un objeto recuerdo de una persona querida. Por las razones apuntadas del papel que juega en el C. p. el valor de las cuantías de la cosa dañada no son susceptibles de integración los daños morales en el objeto material del delito de daños, aunque sí pueden ser tenidos en cuenta a los efectos de la responsabilidad civil (44).

La cosa dañada, por último, debe ser susceptible de destrucción, deterioro o inutilización (45) y de ejercicio del derecho de propiedad, quedando al margen la «res nullius» y «res derelictae».

5. El resultado del delito de daños consiste en la destrucción, deterioro o inutilización de la cosa dañada (46), que debe ser valorada objetivamente y teniendo en cuenta no sólo el valor de la sustancia de la cosa, sino también su valor de uso (47). Estamos ante un ejemplo característico de delito de resultado en el que la pena se gradúa normalmente por la cuantía del daño causado, lo cual hace problemática la posibilidad de inculpar las formas imperfectas de ejecución (48).

En el estudio de los *elementos subjetivos* del delito de daño han de abordarse dos cuestiones fundamentales: 1.^a La exigencia o no de un elemento subjetivo del tipo; y, 2.^a La posibilidad o no de inculpar el delito de daños a título de imprudencia.

1.^a Con respecto a la primera cuestión —de si es exigible o no un *elemento subjetivo* en el delito de daños— la doctrina penal española dominante considera (49) que basta la existencia de dolo, es decir, que el sujeto activo tenga intención y conciencia de destruir, menoscabar o inutilizar —con provecho o sin él, con una

penas previstas para los daños causados en aquella clase de objetos no susceptibles de ser cuantitativamente apreciados. En un sentido parecido nos habla QUINTANO RIPOLLÉS (en *ob. últ. cit.*, p. 503) de que en los casos recogidos en el artículo 560 ha de existir como base un efectivo valor representativo en los objetos siquiera sea en potencia. En este sentido vid. la sentencia de 22-11-1960 [C. L. (42), núm. 949, p. 691] del T. S., que exige una mínima y potencial eficacia del documento destruido.

(43) CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal*, t. II (P. E.), vol. I, 1975, p. 999; GROIZARD, A.: *ob. últ. cit.*, p. 385.

(44) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *ob. cit.*, lugar cit. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, P. E., 1982, p. 320.

(45) Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *ob. últ. cit.*, p. 321.

(46) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal*, P. E., 1983, p. 362.

(47) Vid. por todos QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado*, III, 1978, pp. 509 y ss.

(48) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: RGLJ, 1954, p. 663. Cabe señalar que en ciertos casos, fuera del criterio o cuantitativo, se tiene en cuenta la idea de peligro como configuradora de determinadas modalidades delictivas de daños. Tal es el caso previsto en el artículo 561 del C. p. que se refiere a “los que destruyeren o deterioren pinturas, estatuas u otros monumentos públicos de utilidad u ornato”.

(49) Vid. por todos RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal*, P. E., 1983, p. 363.

u otra finalidad— la cosa ajena, salvo en aquellos supuestos en los que por exigencia expresa de la ley se necesita además la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto. Esto último puede apreciarse en los casos previstos por los artículos 558-1.º (causar daños «en venganza» de las determinaciones de la autoridad) y 562 (el que «intencionadamente» y por cualquier medio destruyere, inutilizare o dañare una cosa propia de utilidad social) del C. p. En contra de esta opinión doctrinal dominante, Cuello Calón considera (50) que el delito de daños requiere un «ánimo específico» de dañar, que excluye su posible comisión por imprudencia.

El T. S. español mantiene en esta materia una criticable posición vacilante y contradictoria: en ciertos casos —como en el recogido en la sentencia del 26-5-1962— se considera como elemento integrante del delito de daños «el dolo específico» —que con una terminología desfasada está aludiendo a un elemento subjetivo del injusto— consistente en «la intención de dañar revelada en ánimo del agente que obra con conocimiento de la ilicitud del acto que va a realizar y con el propósito de perjudicar a un tercero en sus intereses» (51); y en otras sentencias la Sala 2.ª del T. S. afirma lo contrario, al declarar que en el delito de daños no se requiere un dolo específico (52).

(50) CUELLO CALÓN (en *Derecho penal*, t. II (P. E.), vol. I, 1975, pp. 999 y 1000) declara que el elemento interno del delito de daños “requiere, además de la voluntad de ejecutar el hecho dañoso, conciencia de su ilegitimidad y ánimo de perjudicar, esto es, intención de dañar. Sin ánimo semejante no hay delito”.

(51) Sentencia 26-5-1962, C. L. (47), núm. 624, p. 371. En el mismo sentido las siguientes sentencias del T. S. español: 17-6-1943, R. 780; 15-6-1945, R. 795; 2-11-1973, R. 4124; 30-6-1978, R. 2766; y sentencias citadas en la nota (7) de este trabajo.

(52) Vid. sentencias 15-10-1969, C. L., sept.-oct. 1969, núm. 1.777; 20-4-1972, C. L., abril 1972, núm. 612; y 30-11-1976, R. 5085. Resultan muy reveladoras las manifestaciones y tesis del T. S. formuladas en las dos últimas sentencias citadas. La sentencia del 20-4-1972 (C. L., abril 1972, núm. 612, p. 335) declara “que si bien el delito de daños ha sido estimado en el plano doctrinal y de lege ferenda como delito de tendencia, con dolo finalísticamente dirigido a causar un perjuicio en la propiedad ajena, es lo cierto que de iure condito no se exige un tal elemento subjetivo del injusto, en la figura básica del artículo 557, apareciendo el móvil vindicativo tan sólo en alguna de las figuras calificadas del artículo 558, lo que hace posible la comisión culposa de tal delito como el propio legislador lo indica en el artículo 600 del Código y lo confirma una dilatada práctica forense en la que se admite sin vacilar los daños por imprudencia”. En la misma dirección, pero más contundente, se manifiesta la sentencia del 30-11-1976 (R. 5085, p. 3596) al considerar “que si bien el delito de daños ha sido estimado por un sector doctrinal y siempre en el plano de lege ferenda, como delito tendencial, con dolo finalísticamente dirigido a causar un perjuicio en propiedad ajena, es lo cierto que de lege data, no se exige un tal elemento subjetivo del injusto en la figura básica del artículo 557 del C. p., apareciendo el móvil vindicativo tan sólo en alguna de las figuras cualificadas del artículo 558, lo que hace posible en este delito las distintas especies de dolo, esto es el directo, en su doble versión de dolo de propósito (animus damnandi)

En esta materia cabe sostener, de acuerdo con nuestra doctrina penal dominante, que para la apreciación del delito de daños basta con la presencia del dolo salvo en aquellos supuestos excepcionales citados, donde sí es exigible un elemento subjetivo del injusto y que excluiría —sólo en tales casos— la posibilidad de su incriminación a título de imprudencia.

2.^a Uno de los temas más polémicos a nivel doctrinal es el que se refiere a la posibilidad o no de la *incriminación imprudente* del delito de daños. La importancia de esta problemática se puede constatar al observar ciertas declaraciones de penalistas españoles como por ejemplo las siguientes: «esta es la única cuestión interesante que puede plantearse sobre los delitos de daños» (53) o la de que «ha sido con motivo del delito de daños cuando se ha planteado, de modo más terminante, el problema de la unidad del crimen culpae» (54).

Conviene advertir que este aspecto polémico del delito de daños es peculiar en nuestra doctrina penal, y está motivado no sólo por el particular sistema de incriminación abierta de la imprudencia (arts. 565, 586-3.º y 600) —consagrado en el C. p. vigente en España— sino también por el influjo de la doctrina penal de otros países, donde —de acuerdo con el derecho positivo de la mayor parte de las legislaciones extranjeras— sólo es sostenible la imputación del delito de daños a título de dolo.

En esta problemática —sobre si es posible la incriminación imprudente del delito de daños— es preciso analizar las distintas posiciones existentes en la doctrina penal española, que podemos reconducir a dos tesis: 1) Quienes consideran que la conducta dañosa imprudente es impune (tesis negativa); y 2) Un importante sector doctrinal que postula de «lege lata» la posibilidad de incriminación del delito de daños a título de imprudencia (tesis positiva).

1) La tesis negativa —de rechazo de la modalidad imprudente en el delito de daños— es minoritaria en la doctrina científica española (55) y fue prevalente en la antigua jurisprudencia de nuestro T. S. (56). Esta posición doctrinal se asienta en los argumentos siguientes:

o de consecuencias necesarias, lo mismo que el dolo eventual..., no menos que la comisión culposa, de constante estimación en la práctica, a la que da pie el artículo 600 del C. p., dado que lo hacedero en la falta de daños (por imprudencia o negligencia) con mayor razón debe serlo en el delito...". Sobre la vacilante doctrina del T. S. vid. PUIG PEÑA, F.: *Culpa extracontractual o daños por imprudencia*, RGLJ 1943, pp. 370 y 371.

(53) SÁNCHEZ TEJERINA, I.: *Derecho penal*, II, 1950, p. 486.

(54) JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal*, V, 3.^a ed., 1976, p. 729.

(55) SÁNCHEZ TEJERINA, I.: *Derecho penal*, II, cit., p. 481.

(56) Así las sentencias del 23-9-1884, J. C. (1886) (33), núm. 8.238; 21-12-1909, J. C. 1910 (83), núm. 199; 12-2-1921 (106), núm. 33; 7-10-1931, J. C., 1931 (125), núm. 38.

1. Los antecedentes históricos de la legislación penal española operan en favor de la impunidad de los daños imprudentes, al exigirse un elemento intencional en esta clase de delitos. Dentro de la codificación penal española el C. p. de 1822 alude en efecto a conductas eminentemente dolosas: «Cualquiera que con intento de hacer daño...» (arts. 787, 788, 791, 793-99); y la causación de daños «a sabiendas» (arts. 795 y 805) o «maliciosamente» (artículos 792, 800, 801, 803 y 804).

2. Cierta sector doctrinal (57) y una importante corriente jurisprudencial (58) de nuestro país consideran que un elemento esencial en el plano subjetivo del delito de daños es el que se refiere al «animus damnandi» (ánimo específico de dañar) o «animus nocendi» (ánimo de perjudicar), el cual excluye la posibilidad de incriminación imprudente de esta clase de delitos.

3. Y por último, se señala —como argumento en contra de la punición de los daños imprudentes— que al no existir una intención en el agente ni concurrir un resultado que atente contra la vida o integridad de la persona, la sociedad no está alarmada y basta la reparación civil para restablecer el orden perturbado (59). Esta argumentación se complementa al indicar cierto sector doctrinal que en nuestro derecho existe una cobertura suficiente para enfrentarse a las conductas dañosas imprudentes por medio del artículo 1.902 del C. c., el cual quedaría prácticamente sin efecto si todo daño por culpa o negligencia estuviera penado por la ley (60).

2) La tesis afirmativa —de que sí es posible la incriminación imprudente del delito de daños— es sustentada por la doctrina penal dominante y en la jurisprudencia penal moderna. Siguiendo el orden de los argumentos formulados en la tesis negativa se afirma lo siguiente:

(57) Vid. CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal*, II (P. E.), vol. II, cit., p. 1000.

(58) Sentencias 21-12-1909, J. C., 1909 (83), núm. 199; 12-2-1921, J. C., 1921 (106), núm. 33; 13-11-1934, J. C., 1934 (131), núm. 209; 15-6-1945, R. 795; 26-5-1962, C. L., núm. 624; 2-12-1982, R. 7367.

(59) En este sentido se manifestó expresamente CARRARA, F.: *Programma*, P. Sp., IV, cit., p. 657.

(60) Junto a este argumento se apunta el dato de que en la práctica —salvo cuando, además de los daños, resulta la muerte o lesiones de algunas personas— los innumerables daños imprudentes no se persiguen criminalmente. Vid. ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*, P. G. 1949, p. 225. En el mismo sentido JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho penal*, V, 3.^a ed., 1976, p. 1056. En la doctrina penal española moderna abogan por relegar los daños imprudentes al ámbito civil (art. 1.902 del C. c.), entre otros, CEREZO MIR, J.: *Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, en AAVV *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela 1980, p. 216; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, P. E., cit., p. 322. Conviene hacer la salvedad que los autores citados abogan por la impunidad de los daños imprudentes desde una perspectiva de lege ferenda.

1. Si bien los antecedentes históricos prueban que los daños imprudentes quedaban relegados al ámbito civil, las exigencias de la sociedad actual pueden aconsejar la incriminación de tales conductas (61).

2. La doctrina penal dominante (62) y ciertas resoluciones del T. S. (63) afirman que de lege lata es evidente la posibilidad de castigar los daños imprudentes. Los fundamentos de esta tesis son contundentes:

1.º Que el C. p. español, al describir los tipos básicos del delito de daños, no requiere un peculiar elemento intencional que excluya la incriminación imprudente (64); y 2.º El artículo 600 del C. p., al sancionar expresamente como falta la causación de daños por cualquier clase de imprudencia, permite sostener la incriminación imprudente del delito de daños, pues de lo contrario —como señaló acertadamente Quintano (65)— nos encontraríamos con una situación absurda de castigar los daños imprudentes mínimos (faltas: art. 600 C. p.) y dejar impunes —relegados al plano civil— los daños imprudentes de mayor entidad. Después de la reforma de 1963, al referirse el C. p. —en su art. 600— no sólo a los daños que constituirán, de mediar malicia, simples faltas, sino también a los que integrarían en su caso, delitos, se viene a robustecer —como apunta Rodríguez Mourullo (66)— el sólido argumento que se desprendía de la redacción anterior.

b) Frente al argumento de que basta la reparación civil para restablecer el orden jurídico perturbado a través de conductas imprudentes, siendo suficiente con la aplicación del artículo 1.902

(61) Vid. PUIG PEÑA, F.: *Culpa extracontractual o daños por imprudencia*, cit., p. 369. Por otra parte, no se puede olvidar —como destaca QUINTANO RIPOLLÉS (en *Daños*, cit., p. 215)— que la imprudencia surge históricamente para la incriminación del incendio, que morfológicamente es una subespecie del daño.

(62) Vid. ANTÓN ONECA, J.: *ob. loc. cit.*; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, p. 178, nota (178); JASO ROLDÁN, T.: en *Derecho penal*, II, 1949, p. 451; LUZÓN DOMINGO, M.: *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*, II, 1960, p. 524; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, P. E., 1982, p. 321; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado*, III, 1978, pp 524 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal*, P. E., 1983, p. 363; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *La imprudencia simple con infracción de reglamentos en el Código penal*, ADPCP 1963, p. 6660.

(63) Vid. las importantes sentencias: 20-4-1972; 30-11-1976. Cfr. nota (52) de este trabajo.

(64) Es preciso tener en cuenta que existen figuras típicas del delito de daños —como las previstas en los arts. 558-1.º y 562 del C. p.— donde sí se alude a una estructura dolosa, que excluye la posibilidad de incriminación a título de imprudencia.

(65) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Daños*, cit., p. 215. Este argumento fue considerado “sólido” por JIMÉNEZ DE ASÚA (en *Tratado*, V, cit., p. 1056), autor poco favorable a la tesis de la incriminación imprudente del delito de daños. Con anterioridad ANTÓN ONECA (en *ob. loc. cit.*) ya se había referido al “contrasentido que se castigasen los daños imprudentes constitutivos de falta (de menos gravedad) y no se pudieran castigar los de mayor entidad (delitos)”.

(66) RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: ADPCP, 1963, p. 666.

del C. c., se ha señalado —por cierto sector de la doctrina penal española (67)— que «la tutela de la propiedad no puede quedar reducida en conductas imprudentes a la vía relativa de la acción civil de nulo efecto intimidativo, máxime cuando en numerosos casos se cubran por pólizas de seguros». Abundando en este sugerente planteamiento de Quintano merecen destacarse las valiosas consideraciones formuladas —en la doctrina civilista española— por Pantaleón Prieto, al estudiar —en su excelente tesis doctoral «sobre el concepto del daño» (1981)— que la función normativa de las reglas de responsabilidad civil no es preventivo-punitiva, cuyo cometido le corresponde al Derecho penal. El autor últimamente citado señala como argumentos contundentes para negar —desde el punto de vista del Derecho positivo español— la pretendida función preventivo-punitiva de las normas de responsabilidad civil: la transmisibilidad a los herederos de la obligación de indemnizar; la inexistencia de una norma que establezca expresamente el principio de proporcionalidad entre la gravedad de la culpa y el daño a resarcir; y que el ordenamiento jurídico admita el seguro de responsabilidad culposa (68). De esta forma se puede concluir diciendo que las normas de responsabilidad civil —y más concretamente en el caso que nos ocupa: el art. 1.902 del C. c.— no pueden asumir la función de prevenir conductas dañosas imprudentes y, por lo tanto, no podrán suplantar o sustituir un cometido que en todo caso es propio del Derecho penal. Queda por resolver si en la futura reforma penal española es o no aconsejable mantener el castigo de las conductas imprudentes del delito de daños —cuestión de política criminal, que abordaré al final de este

(67) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *RGLJ*, 1954, p. 669.

(68) Vid. PANTALEÓN PRIETO, F.: *Del Concepto de Daño. Hacia una Teoría General del Derecho de daños*, tesis doctoral (inérita, de próxima publicación). Madrid 1981. El mencionado autor (en el vol. I, pp. 117 y 118 de la obra citada) afirma que el Ordenamiento no asigna a las normas de responsabilidad por daños las funciones de prevenir y castigar, apuntando los interrogantes siguientes: “¿Cómo se explicarían si no las normas, cada vez más numerosas, estableciendo responsabilidades civiles “objetivas” Y aún dentro de la responsabilidad por culpa, ¿cómo se explicaría que la obligación de indemnizar sea transmisible a herederos?, ¿cómo justificar la inexistencia de una norma que establezca expresamente el principio de proporcionalidad entre la gravedad de la culpa y el daño a resarcir?, ¿cómo admitir, en fin, que el propio Ordenamiento jurídico pueda “torpedear” los fines de sus normas de responsabilidad por daños admitiendo, como lo hace, el seguro de responsabilidad civil culposa?, ¿existe alguna razón por la que los herederos del culpable deban ser prevenidos o castigados; por la que deba prevenirse o castigarse más una conducta de muy poca gravedad, que desgraciadamente ha causado un daño inmenso, que una gravísima negligencia que ha tenido la suerte de no causar daño alguno; o por la que, en fin, no deban ser prevenidas y castigadas, por gravemente negligentes que sean (sólo el dolo es inasegurable), de quienes han tenido la previsión y el dinero suficiente para asegurarse”.

estudio—, que ha de solucionarse sin olvidar las observaciones de la doctrina civilista y las consecuencias que se derivarían de la impunidad de tales comportamientos.

B) *Diferencias del delito de daños en relación con figuras afines.*

Una de las cuestiones más complejas, que la doctrina penal se plantea con respecto al concepto del delito de daños, es la que se refiere a la de su delimitación frente a ciertas figuras delictivas de apoderamiento que le son más afines (hurto y robo especialmente) (69).

Este problema ha de resolverse a la luz de nuestro derecho positivo y operando con criterios dogmáticos. Los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas, y daños —ubicados en el Título XIII del Libro II del C. p. bajo la rúbrica de «Delitos contra la propiedad»— tienen ciertos rasgos comunes como su objeto de protección que es la propiedad.

En un principio, teniendo en cuenta la configuración del delito de daños en nuestro C. p —donde el art. 557 se limita a prohibir la causación de un resultado—, es posible hablar de la problemática distinción entre el delito de daños y los de hurto y robo con fuerza en las cosas. La ausencia de expresión de un medio típico en el delito de daños —nuestro C. p. se limita, con carácter general, a castigar la causación de daños en propiedad ajena— dificulta, como destaca Rodríguez Mourullo (70), su distinción frente a los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas —en los que sí aparecen delimitados negativa y positivamente los medios—, que también pueden entrañar la causación de un daño en la propiedad ajena. Sin embargo, existen datos suficientes en nuestro Derecho positivo y criterios dogmáticos, que hacen posible la distinción entre las figuras delictivas mencionadas.

En el *plano objetivo* se señalan ciertas diferencias, de las que caben destacarse las siguientes: 1.^a En cuanto al *objeto material* nos encontramos con que en los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas la acción recae sobre bienes muebles, mientras que el delito de daños puede tener lugar tanto sobre cosas muebles como inmuebles (71); y 2.^a Por lo que respecta a la *dinámica de la acción* se advierte que en los delitos de hurto y robo ha de existir un desplazamiento patrimonial del sujeto pasivo al su-

(69) Cabe resaltar el importante antecedente histórico que en este tema se contempla en el Proemio del Título XV, de la Partida VII, al declarar que “Daños se fazen los omes unos a otros en si mesmos, o en sus cosas, que non son robos, nin furtos, nin fuerças”. A través de este sistema excluyente se trata de configurar y diferenciar el delito de daños de los otros delitos de apoderamiento que pueden considerarse afines.

(70) RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: ADPCP, 1961, pp. 234 y 235.

(71) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *ob. últ. cit.*, p. 236.

jeto activo —entendido dicho desplazamiento en el sentido apuntado por Pedrazzi (72) de que el provecho ha de conectarse a la posesión de la cosa que es objeto material del delito o al movimiento patrimonial que causa daño al sujeto pasivo, es decir, el provecho ha de ser correlativo a la pérdida—. Ese desplazamiento de riqueza o bienes falta en la conducta típica de daños (73), cuya clave interpretativa radica precisamente en su carácter extraeconómico y extrapatrimonial (74).

En la *dimensión subjetiva* de las figuras típicas mencionadas es donde tradicionalmente —de acuerdo con la clásica división formulada por Carrara (75) de los delitos patrimoniales— se ha considerado que existe un importante elemento diferenciador: «el ánimo de lucro» requerido en los delitos de hurto y robo; y el móvil de odio o de venganza» configurador del delito de daños (76). Esta clasificación, que tiene un marcado carácter criminológico (77), puede sustentarse a la luz de nuestro Derecho

(72) PEDRAZZI, C.: *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, 1955, p. 38, al cual sigue en nuestra doctrina RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *ob. ú.t. cit.*, p. 238.

(73) Vid. en la doctrina italiana BRICOLA, F.: *Enciclop. dir.*, XI, 1962, p. 606; y en la doctrina española RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *ADPCF* 1961, p. 237.

(74) En este sentido se manifiesta F. SGUBBI (en *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980, pp. 194 y 195), al señalar que la conducta de daño no consiste en un hecho de circulación intersubjetiva de cosas; ni se ajusta a un modelo de transferencia de cosas entre individuos; constituye una conducta que se mueve en una dimensión extraeconómica y extrapatrimonial, fuera de la lógica del mercado y del esquema contractual propios de las relaciones económicas y sociales en la sociedad capitalista.

(75) CARRARA (en *Programma*, P. Sp., IV, cit., parágrafo 2015), siguiendo a Erhard, distingue las infracciones contra la propiedad que se caracterizan por el ánimo de lucro (hurto, robo, etc...) y las que se configuran por el ánimo de venganza (daños).

(76) Esta clasificación ha tenido acogida favorable en la doctrina científica y jurisprudencial españolas. Vid. GROZARD, A.: *Comentarios al Código penal*, VII, cit., p. 342; VIADA, S.: *Código penal reformado de 1870*, 4.ª ed., III, 1890, p. 614; y recientes sentencias del T. S., que contraponen el “*animus lucrandi*” (delitos de apoderamiento) al “*animus danandi*” —como propósito de odio o de venganza— (delito de daños): 10-3-1981, R. 1096; y 26-11-1981, R. 4447.

(77) PEDRAZZI (en *Inganno ed errores*, 1955, pp. 37 y ss) admite la importancia de esta clasificación desde una perspectiva criminológica; sin embargo en el plano dogmático le reconoce sólo un interés secundario y complementario. Por su parte BRICOLA (*Enciclop. dir.*, XI, 1962, p. 607) pone en duda la validez de la clasificación incluso desde una perspectiva criminológica, al señalar que el fin de venganza no constituye una constante de carácter criminológico del daño. Estas críticas han de ser tenidas en cuenta sin olvidar las recientes observaciones formuladas por SGUBBI (en su excelente monografía *Uno Studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980, pp. 196 y ss.) que indica cómo el autor del delito de daños, con su conducta destructiva, no se revela como portador de una racionalidad económica antagonista: su peligrosidad se relaciona con valores o bienes distintos a los económicos y patrimoniales. Para SGUBBI la función real de la figura típica de daños —dentro de los delitos contra el

positivo desde el momento en que el C. p. español consagra expresamente la exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto —«el ánimo de lucro»— en el concepto de los delitos de hurto y robo, y no alude a tal exigencia en la definición del delito de daños (78). Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la famosa clasificación de Carrara y la posible distinción entre los delitos de hurto y robo, por un lado, y el de daños, por otro, sobre bases subjetivas están en crisis (79). En efecto, como señala cierto sector doctrinal (80), la conducta típica de daños es compatible con la finalidad de lucro, es decir, que se puede dañar con ánimo de lucro, y que se puede hurtar o robar con ánimo de venganza. De esta forma, se ponen en entredicho los criterios subjetivos determinantes a los efectos de distinguir los delitos de hurto y robo con relación al delito de daños (81). Veamos algún ejemplo clarificador de conducta delictiva de daños con ánimo de lucro: en el supuesto en que de un viejo sello existen dos únicos ejemplares, y el propietario de uno de ellos, para aumentar el valor, quema la colección de la que el otro forma parte, provocando su destrucción (81); el taxista que deja inservible el automóvil de su colega para procurarse un mayor trabajo y así ganar más (83); o el artesano que daña una cosa de su cliente con el fin de ser llamado para su reparación (84). La doctrina penal ha indicado que es posible mantener el criterio diferenciador subjetivo siempre que se distingan las categorías de «lucro directo» y «lucro indirecto» (85). Mientras en el delito de hurto y robo el lucro es directo

patrimonio— es la de crear una zona de privilegio penal para un autor socialmente no peligroso. Los rasgos que caracterizan al autor de la acción típica de daños son —según SGUBBI— los siguientes: 1.º El impulso ideal y no egoísta —se realiza el ilícito sin obtener un beneficio económico personal— del autor, el cual no incide inmediatamente en la propiedad como relación social; y 2.º Porque los motivos que impulsan al agente —como la venganza, el odio, el rencor, la envidia y similares— se orientan hacia una persona determinada, apareciendo el hecho como “una cuestión privada”. Un hecho y un autor que no ponen en peligro las relaciones sociales y de dominio. Estas son las razones que permiten explicar —según SGUBBI— el carácter residual, subsidiario, y el tratamiento punitivo privilegiado del delito de daños en el contexto de los delitos contra el patrimonio. Las interesantes reflexiones de SGUBBI vienen a destacar —desde una perspectiva crítica— la posible “ratio” de la figura típica del delito de daños y la importancia que siguen teniendo ciertas consideraciones criminológicas (impulsos del autor) para su comprensión.

(78) RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: ADPCP, 1961, cit., p. 236.

(79) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *ob. últ. cit.*, pp. 237 y 238.

(80) Vid. por todos, PEDRAZZI, C. *ob. últ. cit.*, p. 38.

(81) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado*, III, cit., pp. 517 y ss.

(82) PEDRAZZI, C.: *ob. loc. cit.*

(83) ANTOLISEI, F.: *Manuale*, P.: Sp., cit., p. 332.

(84) MANZINI, V.: *Trattato di Diritto Penale*, IX, Delitti contro il patrimonio, 4.ª ed., 1963, p. 528, nota (14).

(85) Vid. GROZARD, A. *Comentarios*, VII, cit., pp. 342 y 343; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *ob. últ. cit.*, pp. 517 y 518; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *ob. últ. cit.*, p. 238.

e inmediato, derivándose de la apropiación de la cosa ajena, en el delito de daños el lucro será indirecto y no proviene del patrimonio del sujeto pasivo (86). Volviendo al ejemplo del coleccionista de sellos se puede decir que el lucro del coleccionista se conecta a la pérdida del rival, como repercusión indirecta favorecida por las condiciones del mercado filatélico. Con otras palabras, se puede afirmar que las bases subjetivas siguen siendo válidas para distinguir los delitos de hurto y robo con respecto al delito de daños, matizando que los primeros se caracterizan por el denominado ánimo de lucro directo —el agente tiende a lucrarse a través de la utilización de la cosa objeto de la conducta de apropiación— mientras que en el delito de daños —en el caso de existir una finalidad lucrativa— sólo podrá concurrir un «lucro indirecto», el cual no está relacionado directamente con la cosa objeto del delito, sino con la destrucción, deterioro o inutilización de la misma (87). En definitiva, puede concluirse que la diferencia es preponderantemente objetiva: en el delito de daños no existe apropiación de la cosa, que sí se da en los delitos de hurto y robo.

IV. CONSIDERACIONES DE POLITICA CRIMINAL

La normativa vigente en el C. p. español sobre el delito de daños presenta importantes deficiencias, que no son suficientemente subsanadas en la reforma penal española de 1980 (88).

a) En cuanto a las principales objeciones formuladas a la configuración del delito de daños en el C. p. español vigente se pueden destacar las siguientes:

1.^a La desafortunada definición excluyente y negativa del delito de daños prevista en el artículo 557 del C. p. y confirmada en el artículo 563 del mencionado texto legal (89).

2.^a Desde un punto de vista sistemático son varias las consideraciones críticas a tener en cuenta: 1. El excesivo casuismo.—2. La inadecuada ubicación, dentro del capítulo de los daños (IX), del artículo 563 bis a) con alcance para todo el Título XIII del Libro II del C. p.—3. La criticable innovación de insertar en el capítulo dedicado a los daños la peculiar figura del daño en cosa propia de utilidad social, que en cierta medida contradice el elemento «ajenidad» imperante —con carácter general en los delitos contra el patrimonio— y precisa ser incluido en el ámbito de los delitos contra la economía nacional (90).—4. La falta de

(86) Vid. PEDRAZZI, C.: *ob. loc. cit.*

(87) Vid. MANZINI, V.: *Trattato*, IX, cit., p. 528.

(88) Proyecto de Ley orgánica de Código penal, BOCG, 17-1-1980.

(89) Vid. nota (11) de este trabajo.

(90) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal*, P. E., 1983, p. 368.

coordinación entre los delitos y contravenciones de daños (91).—
5. El no estar consagrada en el sistema español —sí recogida en el Derecho Comparado— la exigencia de la instancia de parte para la persecución de la mayor parte de estas conductas delictivas (92).

3.^a Con respecto a la incriminación imprudente del delito de daños, que es admitida en el plano de *lege data*, la doctrina penal dominante en nuestro país está de acuerdo (93) en que —de *lege ferenda*— los daños imprudentes deben quedar excluidos del ámbito penal y ser relegados al marco del Derecho civil. En este tema merece mención especial la posición sustentada por Quintano de mantener la incriminación imprudente de las conductas dañosas, siempre que presupongan un riesgo general y se reserven a los casos en que concurra imprudencia temeraria (94). La sugerente tesis de Quintano se fundamenta en el convincente argumento de que la tutela jurídica de la propiedad no puede quedar limitada en conductas imprudentes a la vía civil de nulo efecto intimidativo, ya que en la mayor parte de los supuestos los riesgos de esta clase serían cubiertos por pólizas de seguros (95). Cuando se propugna la exclusión de los daños imprudentes del ámbito del Derecho penal, debiendo constituir un mero ilícito civil (art. 1.902 C. c.) (96), no se puede dejar en el olvido dos datos fundamentales:

(91) Vid. por todos, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado*, III, 1978, pp. 533 y ss. Sobre la moderna reforma penal 1983 vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal*, P. E., 1983, p. 364.

(92) A favor del sistema de persecución de esta clase de delitos a instancia de parte se manifiestan en nuestra doctrina: GROIZARD, A.: *Comentarios*, VII, cit., p. 346 (“Nosotros creemos que en esta materia la virtud está en el término medio; que hay daños que es un error y un perjuicio dejar subordinado su castigo al interés privado, y que, por el contrario, hay otros de menos trascendencia que es también un error y puede ser un perjuicio el obligar a los Tribunales a investigarlos y reprimirlos sin excitación de los ofendidos”), y QUINTANO RIPOLLÉS, A.: RGLJ, 1954, p. 669 (“Su mantenimiento como delito público equivale a sentar el principio de la punibilidad del daño consentido, incongruencia jurídica en lo penal como lo es en lo civil y hasta en lo gramatical. En efecto, si la libre disposición de la cosa es la esencia indiscutida del derecho de propiedad, salvo en las limitaciones ya conocidas de utilidad social, es claro que el propietario puede consentir “a priori” o “a posteriori” su destrucción, es decir, en un empobrecimiento que en principio sólo a él incumbe. Otorgar a un tercero desinteresado una acción para perseguir el acto sin y hasta contra su voluntad, es un contrasentido que, aunque rara vez se dé en la práctica, puede darse con arreglo a la vigente sistemática del daño privado erigido en delito público en un inconcebible alarde de ilogismo jurídico”. Esta propuesta llevaría a reducir y racionalizar la intervención punitiva del Estado con respecto a determinadas conductas dañosas de escasa gravedad, cuyo tratamiento jurídico se canalizaría exclusivamente por la vía civil.

(93) Vid. por todos RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal*, P. E., 1983, p. 363, nota (11).

(94) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: NEJ, 1954, p. 215.

(95) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Rev. Der. Priv.*, 1949, cit., p. 871.

(96) Vid. CEREZO MIR, J.: *Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, cit., p. 216.

1. Las dificultades —por no decir la inviabilidad— de que las normas de responsabilidad civil puedan cumplir una función preventivo-punitiva (97); y 2. Las graves consecuencias que se pueden derivar de la impunidad, como por ejemplo un previsible aumento de conductas imprudentes en la circulación automovilista (98). Con estas críticas no se está propugnando una política criminal tendente a la inflación penal en el marco de los daños imprudentes, sino más bien, una revisión del problema. Siguiendo los principios de la política criminal moderna —como es el de intervención mínima— sería deseable, de acuerdo con Quintano (99), reducir la punibilidad de las conductas imprudentes de daños a los supuestos más graves, es decir, a los delitos de daños cometidos por imprudencia temeraria y que entrañen un riesgo general. Esta propuesta debería ser tenida en cuenta por la «moderna» reforma penal española (PCPE 1980) (100), que si bien acoge el sistema de incriminación cerrada de la imprudencia no soluciona el problema aquí planteado, sino más bien —como veremos de inmediato— lo empeora considerablemente.

b) El balance que ofrece el PCPE de «1980» en esta materia no es precisamente positivo, sino todo lo contrario. Dentro de las objeciones que se pueden formular a las propuestas del PCPE en materia de daños destacan —por su especial relevancia— dos: 1.^a Los graves defectos de orden sistemático; y 2.^a la desacertada regulación de los daños imprudentes.

1.^a En el plano sistemático se observan fallos tan importantes como los siguientes: 1. No desaparece el exceso de casuismo que impera en el C. p. vigente. En este sentido resulta significativo que Díaz Palos, que ha sido uno de los miembros encargados de la redacción del Anteproyecto del C. p. nos hable (101) de «leves retoques» de los daños cualificados (sustitución de los causados en «cuadrilla» por la actuación en «banda»; se suprime «el despoblado»; y se incorpora «el incendio de masas forestales o de grandes plantaciones arbóreas»).—2. En contra de lo postulado en la exposición de motivos del PCPE (102) no se prescinde de la cuantía

(97) Vid. por todos, PANTALEÓN PRIETO, F.: *Del concepto de daño*, 1981, I, pp. 117 y 118; II, pp. 769 y ss.

(98) En este sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: RGLJ, 1954, cit., p. 669.

(99) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: ob. últ. cit., p. 669.

(100) Al hablar de la «moderna» reforma penal española me refiero al importante Proyecto de C. p. de 1980, el cual —por razones básicamente políticas— quedó «aparcado» «sine die» en el Parlamento español. En la actualidad se ha publicado la Ley orgánica de Reforma urgente y parcial del C. p. («B. O. E.» 27-6-1983), que apenas afecta al delito, salvo indirectamente la supresión del criticado art. 514-3.º (supuesto que la doctrina calificó de «daños lucrativos»), y en reforma de cuantías, quedando pendiente el compromiso de un nuevo Proyecto del C. p. Cfr. nota 91 de este trabajo.

(101) DÍAZ PALOS, F.: *Infracciones contra el patrimonio*, en AAVV. El Proyecto de Código Penal. Barcelona, 1980, p. 70.

(102) La Exposición de Motivos nos habla de reducir en las infrac-

numérica del daño para señalar su penalidad. Así por ejemplo pueden citarse los supuestos previstos en los artículos 276 (tipo básico), 279, 282, 667 y 668 del PCPE. Con razón ha señalado Huerta Tocildo que «aquí queda especialmente comprometida la declaración de la Exposición de Motivos de reducir el papel de las cuantías en los delitos patrimoniales.—3. Se mantiene en el artículo 281 la figura del daño de cosa propia de utilidad social (hoy 562). Cabe reproducir aquí las críticas ya formuladas y destacar especialmente la de su inadecuada ubicación sistemática, siendo su lugar adecuado dentro del Título VIII del Libro II del PCPE que está dedicado a los «Delitos contra el orden socio-económico» (103).—4. La criticable restricción —que no aparecía en el anteproyecto— recogida en el artículo 278-5.º del PCPE, que al referirse —dentro de las figuras cualificadas— a los daños «en cosas declaradas de valor histórico o artístico» suscita la duda de si para apreciar esta cualificación será necesaria la previa declaración administrativa de ese valor o bastará que lo sea de facto y así lo estime el órgano judicial (104).—5. La falta de coordinación entre los delitos y las contravenciones de daños, observándose por ejemplo que los delitos de daños dolosos en cuantía inferior a 15.000 pesetas son atípicos mientras que se castigan como faltas los imprudentes de la misma cuantía (art. 667 PCPE).

2.ª No cabe duda que la parte más criticable del PCPE en esta materia es la que se refiere a la incriminación imprudente de los daños. Al incorporar el PCPE 1980 el sistema de incriminación cerrada o de «*numerus clausus*» en la regulación de la imprudencia (105), podía pensarse que era el momento de zanjar la espinosa cuestión de los daños imprudentes. En contra de la opinión de la doctrina penal dominante y de los datos aportados por el Derecho comparado, el Proyecto no sólo mantiene el castigo de los daños imprudentes (delito y falta) sino que también aumenta las deficiencias y contradicciones existentes. De ahí que la doctrina penal nos hable de que la regulación de esta materia en el PCPE

ciones contra el patrimonio el criterio de la cuantía a la función de servir de límite entre el delito y la falta o de base a modalidades calificadas cuando alcanza proporciones extraordinarias. Esta orientación no se cumple, por ejemplo, cuando para señalar la pena, en el caso de incendio o destrucción de papeles o documentos, se acude al criterio cuantitativo (15.000 ptas.) (art. 279 del PCPE). Cfr. HUERTA TOCILDO, S.: *Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código penal de 1980*, CPC, 15, 1981, p. 506.

(103) En este sentido se manifiesta la enmienda de supresión del artículo 281 del PCPE, presentada por el Grupo Socialista, por entender que el lugar sistemático adecuado para este tipo es el título octavo del Libro II.

(104) DÍAZ PALOS, F.: *ob. cit.*, p. 57. En contra de esta fórmula restrictiva se muestra la enmienda núm. 1.070, presentada por el Grupo Comunista (Se propugna la sustitución de «o en cosas declaradas de valor» por «o en cosas de valor histórico, artístico o científico»).

(105) El artículo 18 del PCPE «80» declara que: «Las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley».

de 1980 no deja de producir «extrañeza» (106) o de que «es aquí donde se alcanzan las mayores cotas de incoherencia» (107). En efecto, considero que en esta materia se puede hablar de contradicciones, errores e incongruencias del Proyecto, las cuales se pueden apreciar en los aspectos siguientes: 1. Resulta contradictorio con el principio de intervención mínima —que informa el PCPE de 1980— la incriminación no sólo de los daños de cierta entidad causados por imprudencia grave (art. 282) (108), sino también los ocasionados por imprudencia leve (arts. 667 y 668) (109). Esta contradicción es reconocida por el propio Díaz Palos, al afirmar que «la Ponencia, por su parte, es consciente, en tan debatida materia, que una regulación procesal ágil y económica de los daños culposos en vía civil, podría permitir alcanzar el desideratum de reservar sólo los dolosos al magisterio y sanción penales, de acuerdo con el principio de intervención mínima en que se inspira el proyecto. Pero, hasta tanto que tal cosa llegue, y dada la enorme importancia práctica que esta materia tiene (piénsese en los daños producidos cotidianamente por el tráfico), ha parecido oportuno llegar a esa vía media de compromiso recogida en el Proyecto» (110).—2. Las incongruencias en esta materia son evidentes si tenemos en cuenta que —según el art. 667 del PCPE «1980»— la causación por culpa leve de daño, cuyo importe no exceda de 15.000 pesetas, es punible mientras que son atípicos los daños de similar cuantía causados por imprudencia grave (111). Y todavía se pueden denunciar más incongruencias como la de que se castigan más gravemente los daños causados por culpa leve, cuya cuantía es inferior a las 15.000 pesetas que los cometidos con la misma modalidad de culpa, pero cuyo importe no excede de las 15.000 pesetas; o la de ser atípicos los daños dolosos, cuantía es inferior a 15.000 pesetas, y en cambio castigar los de la misma

(106) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Inobservancia de los principios básicos y reglas establecidas en la parte general del Proyecto de 1980 en su parte especial, con algunos otros defectos sobresalientes de ésta*, en AAVV, *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, p 164.

(107) HUERTA TOCILDO, S.: en CPC, 15, 1981, p. 507.

(108) Artículo 282: "Los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 15.000 pesetas serán castigados con multa de tres a seis meses, atendida la importancia de los mismos. Estos daños sólo serán perseguibles previa denuncia del perjudicado".

(109) Art. 667: "Los que causaren por culpa leve daños de los comprendidos en este Código, cuyo importe no exceda de 15.000 pesetas, serán castigados con las penas de arresto de tres a seis fines de semana o multa de quince días a tres meses, según la naturaleza del daño o la forma de su comisión".

Artículo 668: "Los que causaren por culpa leve daños de los comprendidos en este Código cuyo importe exceda de 15.000 pesetas, serán castigados, si reclamare el perjudicado, con la pena de multa de cinco a noventa días, fijada en atención a la cuantía del daño".

(110) DÍAZ PALOS, F.: *ob. cit.*, p. 69.

(111) Cfr. nota 108.

cuantía causados por culpa leve (112). Se ha destacado (113) que la confusión en esta materia proviene probablemente de una «errata» contenida en el artículo 667 del Proyecto, que castiga los daños causados por imprudencia leve —cuando debería aludir a conductas dolosas— cuyo importe no exceda de 15.000 pesetas. La «posible» errata es fácilmente demostrable al acudir al texto del anteproyecto de C. p. (1979), que en su artículo 657 (en el Proyecto 667) se refiere a «los que causaren *dolosamente* daños de los comprendidos en este Código, cuyo importe no exceda de 15.000 pesetas...» (el subrayado del texto es nuestro), y 3. Lo más criticable de la regulación de daños propuesta por el PCPE de «1980» es su opción favorable a la incriminación imprudente de los mismos tanto en el caso de imprudencia grave como leve; contradiciendo el principio de intervención mínima. Esta crítica no debe llevar a sustentar —como así se manifiesta la doctrina dominante en España— la supresión de los daños imprudentes del ámbito del Derecho penal, quedando en éste sólo los daños dolosos. La posición doctrinal de rechazo total a la incriminación imprudente del delito de daños resulta discutible pues —como ya he señalado anteriormente— no se han sopesado suficientemente dos datos muy importantes, y que a título de conclusión es preciso recordar: 1. El fundado escepticismo de un importante sector de la doctrina civilista acerca de la «posible» función preventiva punitiva de las normas de responsabilidad civil. Como consecuencia de ello cabe sostener que —en contra de la doctrina penal dominante en nuestro país— no es suficiente la vía del Derecho civil, y más concretamente el citado artículo 1.902 del C. c. español para hacer frente a las conductas dañosas imprudentes; y 2. Una vez señaladas las limitaciones del Derecho civil en esta materia, en la que no puede suplir al Derecho penal, queda por resolver hasta dónde ha de llegar la intervención punitiva del Estado. Partiendo del principio de «intervención mínima» considero que deberían ser objeto de tratamiento punitivo sólo los daños imprudentes de cierta entidad, es decir, aquellos constitutivos de delito, que se causen por culpa grave (de acuerdo con la terminología del PCPE de 1980) (114) y lleven consigo una situa-

(112) Cfr. nota 109.

(113) En este sentido se pronuncian HUERTA TOCILDO («Probablemente, toda la confusión se deba a que, por errata, en el artículo 667 del Proyecto, donde dice culpa leve debería decir intencionadamente...» en CPC, 15, 1981, p. 508, nota 152) y la enmienda núm. 810 del Grupo Socialista, que propone sustituir por «culpa leve» por «intencionadamente». El citado grupo parlamentario alega que: «Se pretende subsanar una, pensamos errata, toda vez que estando recogido en el artículo siguiente la falta culposa, nos encontraríamos, si no se acepta esta enmienda, con que no existe tipo que contemple las faltas dolosas».

(114) En el sentido de excluir los daños por imprudencia leve se pronuncia la enmienda núm. 1.276 el PCPE «80» del Grupo parlamentario comunista. Esta enmienda de supresión del artículo 668 se motiva en los términos siguientes: «Los daños por imprudencia leve no deben ser punibles. Este es el único medio de evitar un problema de triste reali-

ción de riesgo general. Con estas consideraciones —unidas a otras no menos importantes como la exigencia de persecución a instancia de parte en la mayor parte de esta clase de delitos (salvo aquellos daños que afecten a bienes de titularidad pública)— se trata de delimitar el ámbito de lo punible en los daños imprudentes a sus justos términos, teniendo en cuenta las aportaciones de Derecho comparado y las exigencias de política criminal. Son precisamente estas últimas exigencias las que me llevan a postular —en los términos anteriormente apuntados— la incriminación imprudente del delito de daños, atendiendo necesidades sociales que sólo pueden ser satisfechas por el ordenamiento jurídico-punitivo. La pretendida impunidad de los daños imprudentes y su relegación al campo del Derecho civil —postuladas por nuestra doctrina penal tradicional y más moderna (115)— nos conduciría a situaciones no deseables como la del posible aumento de accidentes de tráfico con graves repercusiones sociales.

Terminado este estudio sobre el concepto del delito de daños ha sido publicado el texto de propuesta de anteproyecto de C. p. español (1983), el cual supone en esta materia un importante avance con relación al criticado y criticable del PCPE de 1980. Como aspectos más relevantes de la propuesta de anteproyecto de 1983 sobre la regulación del delito de daños merecen ser destacados los siguientes: 1.º Desde un punto de vista sistemático la adecuada ubicación de los «daños en cosa propia de utilidad social» dentro del Título XII, dedicado a los delitos socioeconómicos (116). Sin embargo, existen ciertas deficiencias técnicas como la de no haber superado convenientemente el excesivo casuismo imperante en esta materia (117). 2.º Sobre todo en la delicada

dad: la infinidad de procesos —y de condenas— penales tramitados en todos los Juzgados de Distrito con un contenido casi exclusivo de reparación civil. Precisamente este momento legislativo, con la esperada reforma del proceso civil, de forma que éste sea ágil y poco oneroso, ofrece la ocasión adecuada para delimitar debidamente las esferas de la imprudencia punible y la culpa extracontractual civil, de forma que queden claramente deslindados el interés público y el privado que subyacen en una y otra figura”.

(115) En esta dirección se manifiesta recientemente HUERTA TOCILDO (en ob. cit., p. 507), al referirse al PCPE de 1980 en los siguientes términos: “Tras esta absurda regulación de los daños culposos por parte del Proyecto, la conclusión que extraigo es la de que deben desaparecer del ámbito del Derecho Penal, relegándose al del Derecho Civil, al menos, todos los supuestos de daños culposos constitutivos de falta; conservándose, todo lo más, el delito de daños causados por imprudencia grave del artículo 282, aunque en mi opinión también éste debería eliminarse, castigándose únicamente los daños dolosamente causados”.

(116) Se incorpora al Capítulo II (“De la sustracción de cosa propia a su utilidad social”), y dentro del artículo 287 (art. unico), que en su primer inciso se refiere al que “por cualquier medio destruyere, inutilizare o dañare una cosa propia de utilidad social..., será castigado con la pena de arresto de seis a veinticuatro fines de semana”.

(117) Esto se observa en las figuras delictivas calificadas. Así, el artículo 266 castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años y

problemática de la incriminación imprudente (118) del delito de daños se ofrece una normativa que debe ser acogida favorablemente, teniendo en cuenta las consideraciones que formulo en este trabajo. En efecto, se castigan como delitos sólo los daños por imprudencia grave y de cierta importancia (en cuantía superior a 500.000 pesetas) (119) y como faltas se sancionan únicamente las conductas que causen daños por imprudencia grave y en cuantía inferior a 500.000 pesetas (120). Por último, cabe señalar que tanto en el caso de los delitos como en el de las faltas imprudentes de daños su persecución queda sometida a la previa denuncia del perjudicado. Con estas aportaciones de la propuesta de anteproyecto de C. p. (1983) se superan errores y contradicciones del PCPE de 1980 en esta materia, ajustándose mejor su regulación a las exigencias de política criminal, y de acuerdo con el importante principio de intervención mínima (supuestos de imprudencia grave, daños en cuantía considerable, y persecución condicionada a la denuncia previa del perjudicado) del Derecho penal moderno.

multa de doce a veinticuatro meses al que cause daños en propiedad ajena no comprendidos en otros Títulos de este Código, concurriendo algunos de los supuestos siguientes: "1.º Que se realizaren para impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones, bien se cometiere el delito contra funcionarios públicos, bien contra particulares que, como testigos o de cualquier otra manera, hayan contribuido, puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las leyes o disposiciones generales. 2.º Produciendo por cualquier medio infección o contagio de ganado, o destruyendo por incendio masas forestales o grandes plantaciones arbóreas. 3.º Empleando sustancias venenosas o corrosivas. 4.º Actuando en banda. 5.º En un archivo, registro, museo, biblioteca, gabinete científico, institución análoga o bienes del patrimonio histórico, artístico, cultural o monumental. 6.º En puentes, caminos, paseos u otros objetos de uso público o comunal. 7.º Arruinando al perjudicado"

Por otra parte, resulta criticable el uso de expresiones ambiguas como la de "daño" o perjuicio estimables", que aparece recogida en la falta dolosa de daños prevista en el artículo 597-2º

(118) Conviene tener presente que la Propuesta de Anteproyecto del C. p. 1983 acoge en su artículo 15 ("Las acciones de omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley") el sistema de incriminación cerrada de la imprudencia.

(119) Artículo 267: "Los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a quinientas mil pesetas serán castigados con multa de tres a seis meses, atendida la importancia de los mismos. Estos daños sólo serán perseguibles previa denuncia del perjudicado, cuyo perdón extinguirá la responsabilidad criminal".

(120) Artículo 598: "Los que por imprudencia grave causaren daños en propiedad ajena en cuantía inferior a quinientas mil pesetas, serán castigados con la pena de multa de uno a tres meses. Estos daños sólo serán perseguidos previa denuncia del perjudicado, cuyo perdón extinguirá la responsabilidad criminal".

Código Penal Tipo para Latinoamérica (*)

Por ISIDRO DE MIGUEL PEREZ

Licenciado en Filosofía
Doctor en Derecho
Catedrático de Derecho Penal

Mi distinguido y querido amigo, el doctor Raúl F. Cárdenas, de Méjico, es uno de esos pocos profesores de Derecho penal que destacan en Ciencias Jurídicas. Bien conocido en Europa y especialmente en Iberoamérica, ha sido fundador y colaborador eficiente en las reuniones y trabajos de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica que comenzaron en Santiago de Chile en 1963. Su participación ha sido muy estimada y aleccionadora para cuantos le hemos acompañado en esas sesiones.

Considero muy merecido este acto y repito que el dar a conocer la obra cumple en la que estamos unidos tantos profesores de la materia en América, España y Portugal, es el mejor tributo que yo personalmente puedo brindar a mi amigo y maestro doctor Cárdenas. Sus desvelos constantes por tan inapreciable tarea, deben divulgarse.

Desde 1962 y por iniciativa del Instituto de Ciencias Penales de Chile que dirigía el profesor Emilio Novoa Monreal, se está trabajando en América en la redacción de un Código Penal Tipo para todos los países del Nuevo Continente.

A diferencia de otras instituciones, la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica no tiene carácter oficial y, por consiguiente, no está formada por delegaciones gubernamentales. Colaboran en esta empresa profesores de Derecho penal de las Universidades Iberoamericanas. En Santiago de Chile funciona el Comité Ejecutivo y en cada uno de los países del hemisferio americano se establecieron Comisiones Nacionales de Trabajo compuestas por unos diez profesores de Derecho penal.

El eminente profesor de esta materia, doctor Luis Jiménez de Asúa, radicado en Buenos Aires desde 1939, dedicó a esta importante empresa sus desvelos desde el principio hasta su fallecimiento.

(*) EL ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES se asocia al libro homenaje que en Méjico preparan los profesores de Derecho penal al maestro don Raúl F. Cárdenas. Con tal motivo, reproduce el presente trabajo que ha enviado el profesor De Miguel a dicho país.

to en 1970, por estar muy de acuerdo con la iniciativa de los profesores chilenos.

Tuvo lugar la primera reunión plenaria en Santiago de Chile del 4 al 16 de octubre de 1963. La segunda en Méjico del 19 al 23 de octubre de 1965. La tercera en Lima del 3 al 15 de abril de 1967. La cuarta en Caracas del 20 al 30 de enero de 1969. La quinta en Bogotá del 9 al 18 de marzo de 1970. La sexta en Sao Paulo del 12 al 18 de abril de 1971. La séptima en San José de Costa Rica del 10 al 18 de abril de 1972. La octava en Medellín (Colombia) del 6 al 14 de noviembre de 1973. La novena en Santiago de Chile del 1 al 10 de marzo de 1974. La décima en San Cristóbal (Venezuela) del 1 al 10 de diciembre de 1975. La undécima en Madrid del 21 al 30 de marzo de 1977. La duodécima en Buenos Aires del 23 de julio al 1 de agosto de 1979. La decimotercera estaba preparada en Méjico para 1980. Diferentes causas la han postergado. Cuando estas líneas se escriben no se conoce aún la fecha ni la ciudad.

La forma de trabajo es también muy diferente de otras reuniones de carácter internacional. El Comité Ejecutivo de Chile distribuyó al comienzo a cada Comisión Nacional de Trabajo un título del libro primero del Código Penal. Elaborada la ponencia respectiva en cada país es remitida a Chile, donde se distribuye a todas las demás delegaciones para que remitan las observaciones que resulten de las discusiones en cada reunión plenaria nacional.

El libro primero de este Código Tipo quedó terminado y fue aprobado en la sexta reunión de Sao Paulo, el 14 de abril de 1971, día de las Américas. Del libro segundo, esto es, el relativo a los delitos en especie, se han redactado ya los títulos correspondientes a los delitos contra las personas, contra la propiedad, contra la economía nacional, contra la libertad y contra el pudor y las buenas costumbres.

A la reunión de Venezuela de 1975 asistió como observador invitado el profesor de la Universidad de Madrid, doctor José María Rodríguez Devesa, quien ofreció la sede de la capital de España para la próxima reunión. En efecto, como ya dije, se ha celebrado en Madrid, la undécima que ha tenido la especial significación de darle a este ensayo de Código Penal una mayor importancia y alcance, puesto que han asistido como observadores, además de España, profesores de la especialidad de Portugal y de Alemania. En este último país, el Instituto de Ciencias Penales de Friburgo tiene un departamento especialmente dedicado al desarrollo del Derecho Punitivo en los países iberoamericanos. Han solicitado su incorporación a estos trabajos los profesores de España y de Portugal. También los profesores de Alemania han pedido poder asistir como observadores a las subsiguientes reuniones que se celebren en el futuro.

Ha de señalarse, por último, que el esfuerzo desinteresado de estos profesores ha comenzado a dar sus frutos. En Costa Rica y

otros países han reformado sus Códigos Penales y han tenido muy en cuenta la labor realizada por la Comisión Redactora de este Código.

Quienes trabajamos en la elaboración de las fórmulas penales que consideramos más adecuadas al momento que vive la humanidad no pretendemos ningún lucimiento personal, dominio o influencia de nuestro país sobre otros. Cada cual, simplemente aporta sus ideas que, libres de toda preponderancia, se unen a las de los otros. Analizadas y estudiadas a fondo, salen forzosamente de este crisol fundidos los pensamientos claros sin retórica ni pedanterías. El fruto mismo ha de surgir fresco y maduro. Lejos de ser un «instrumento diplomático» que obliga a los países signatarios —aunque a veces lo incumplan los firmantes— redactamos un modelo, un tipo que lleva la suma, la mezcla de nuestras diversas experiencias personales y nacionales. A nadie obligan, pero a todos se lo ofrecemos por si les puede servir de alguna base de discusión y adaptación en los diferentes países y en los adecuados momentos.

Desde el punto de vista de la técnica jurídica, hay que señalar, que, como se dijo anteriormente, la Parte General del Código Tipo, fue terminada prácticamente en la V Sesión Plenaria celebrada en Bogotá en marzo de 1970. Allí quedó perfilada la orientación seguida desde 1963. Los más distinguidos penalistas de la América de lengua española y portuguesa habían hecho hincapié en presentar, las líneas generales de un futuro proyecto de Código Penal. Entre otros muchos, el gran penalista madrileño, don Luis Jiménez de Asúa, trasplantado por azares de la guerra desarrollada en España de 1936 a 1939, Sebastián Soler, Francisco Laplaza y otros por La Argentina, Raúl Cárdenas, Raúl Carrancá, Ricardo Franci, Fernando Labardini, de Méjico, y otros muchos, que no citamos por no hacer demasiado numerosa esta lista, acordaron que el proyecto de Código Penal Tipo tuviera pocos artículos. Los únicamente necesarios para servir de orientación que es la finalidad máxima. Cada país quedaba en plena libertad de acoger para su territorio y la época correspondiente lo más adecuado. No hay que olvidar a los insignes penalistas de Chile, quienes además de iniciar la tarea han contribuido con sus labores al engrandecimiento de este proyecto. A título de ejemplo debe recordarse al fundador Emilio Novoa Monreal.

El Libro Primero o Parte General del Código Penal Tipo abre su Capítulo I con las afirmaciones breves, claras y tajantes de la territorialidad: «la Ley Penal nacional se aplicará a los delitos cometidos en el territorio del Estado y demás lugares sometidos a su jurisdicción».

Bajo el epígrafe de la Extraterritorialidad se extiende la apli-

cación de la ley penal a los delitos cometidos a bordo de naves o aeronaves nacionales y a los delitos cometidos por nacionales en el extranjero.

Se consideran delitos internacionales los incursos en las convenciones internacionales o principios del Derecho Internacional.

Los efectos de la sentencia dictada en el exterior no tendrán el valor de cosa juzgada aunque la pena o parte de ella cumplida habrá de computarse de acuerdo con la ley nacional. La sentencia absolutoria, pronunciada en el extranjero tendrán valor de cosa juzgada a los efectos legales de la ley nacional.

Respecto a la aplicación de la ley penal en el tiempo se establece el principio general de la *retroactividad*, artículo 7.º: «Los delitos se juzgarán de acuerdo con las leyes vigentes en la época de su realización».

La norma, generalmente aceptada, de retroactividad de las leyes penales cuando favorecen al reo, quedó establecida en el artículo 8.º con arreglo al siguiente texto: «Si se promulgare una nueva ley con posterioridad a la realización del hecho, éste será recogido por la ley cuya aplicación sea más favorable al imputado en el caso particular que se juzgue. Pero no se podrá recurrir a las leyes correspondientes a diversas épocas para lograr con su aplicación conjunta una regla más favorable».

En el Capítulo III se trata la igualdad de la ley penal con las excepciones relativas a los jefes de Estado extranjero que se encuentren en el Estado nacional, los agentes diplomáticos de otros Estados y quienes gocen de privilegio según los principios del Derecho Internacional. También quedan exceptuados, los que conforme a la Constitución Política del Estado tienen inviolabilidad o inmunidad en determinadas materias.

Quienes hemos asistido a las Sesiones Plenarias de la Comisión que nos ocupa y hemos trabajado en las Comisiones nacionales, hemos dado una importancia extraordinaria al hecho punible. Consideramos un acierto la forma en que después de muchas e interesantes discusiones ha quedado plasmado, a nuestro juicio con mucha claridad, lo relacionado con la forma, el tiempo y el lugar de comisión del delito.

El Título segundo trata del *delito*; se empieza por declarar en el Capítulo I que «el hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión». La debatida cuestión de los delitos de Comisión por omisión quedó tratada así: «Cuando la ley reprime el hecho atendiendo al resultado producido, responderá también quien no lo impidió si pudo hacerlo de acuerdo con las circunstancias, y si tenía el deber jurídico de evitarlo».

El *momento* de la acción u omisión es el que determina el delito aún cuando sea otro el tiempo del resultado. «La omisión se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida».

El *lugar* del delito es aquel en que se desarrolló total o parcial-

mente la actividad delictuosa de autores y partícipes. También donde se produjo o debió producirse el resultado. En los delitos de omisión, el hecho se considera realizado donde debió tener lugar la acción omitida.

El Capítulo II trata de las causas de justificación declarando que no comete delito el que obre en cumplimiento de un *deber legal* o en el *ejercicio legítimo de un derecho*. Tampoco el que actúa en defensa de la *persona o derecho*. Se exigen los requisitos físicos de la *legítima defensa*; agresión ilegítima y necesidad razonable de la defensa empleada para impedir la o repelerla. En el *estado de necesidad* se aclaran y perfilan las exigencias de la doctrina tradicional. Se dice que «no comete delito el que en situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, *lesionare otro bien para evitar un mal mayor*, siempre que concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

- 1.º Que el peligro sea actual o inminente.
- 2.º Que no lo haya provocado intencionalmente.
- 3.º Que no sea evitable de otra manera.

Esta disposición no comprende a quienes tienen el deber jurídico de afrontar el riesgo.

El exceso en la defensa o en el estado de necesidad no queda justificado. Únicamente el juez podrá atenuar la pena.

Tampoco es punible el exceso a causa de *excitación o turbación que las circunstancias hicieren excusable*.

El interesante y debatido tema de la *imputabilidad* se trata en el Capítulo III. Dice textualmente el artículo 19: «No es imputable quien, en el momento de la acción u omisión, y por causa de enfermedad mental, de *desarrollo psíquico incompleto o retardado*, o de *grave perturbación de la conciencia*, no tuviere capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión».

La fórmula empleada para la imputabilidad disminuida es la que el agente *no poseía plenamente* en el momento de la acción u omisión la *capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho*.

El *acto libera in causa*, o sea cuando el actor ha provocado la grave perturbación de su conciencia debe responder plenamente al dolo o culpa en el momento de colocarse en tal estado.

La misma orientación se sigue para quien ha ingerido bebidas alcohólicas, si fue accidental o fortuito. Si la ingestión de bebidas alcohólicas ha sido intencional o para facilitar la realización del hecho o procurarse una excusa se aumentará la pena.

Igual criterio se mantiene para cuando «la grave perturbación de la conciencia» resulta del uso de *sustancias estupefacientes, alucinógenas u otras semejantes*.

Se establece por último en este capítulo destinado a la imputabilidad que el *menor de edad* no es punible. El límite de los años se reserva a la ley respectiva.

La *culpabilidad* se divide en sus dos clásicas especies: *dolo* y *culpa*.

Para el *dolo* se requiere la voluntad del agente o aceptación del hecho si se prevenía como posible.

La *culpa inconsciente* queda reservada a las acciones por inobservancia del deber de cuidado que le incumbe al actor. También en el caso de representarse el hecho como posible y se conduce con la confianza de poder evitarlo; esto es la *culpa con previsión o consciente*.

Supera con claridad los *errores*: de hecho, por culpa, invencible con pena disminuida y por subsunción. Esto último queda redactado así: «Si por error del agente, el hecho realizado fue diferente del que se propuso, se le impondrá la pena correspondiente al hecho menos grave».

La fórmula para la inculpabilidad se reserva para quien realizare un hecho no justificable: No es culpable quien realizare un hecho no justificado para impedir un mal actual o inminente y *no evitable de otro modo*, a menos que tal hecho se estimare razonablemente excesivo en relación con el mal que se pretenda evitar.

La *coacción o peligro* de un mal actual y grave no provocado sirve de base para la «*no exigibilidad de otra conducta*».

La inculpabilidad en virtud de *obediencia jerárquica* necesita para ser apreciada que concurran los siguientes requisitos:

- 1.º Que la orden emane de autoridad competente para expedirla y reúna las formalidades legales.
- 2.º Que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expida la orden.
- 3.º Que la orden no revista manifiestamente el carácter de hecho punible.

En el capítulo destinado a los *autores y partícipes* se presentan las investigaciones doctrinales más aceptables relativas a los autores, los investigadores, los auxiliadores necesarios, los cómplices y los partícipes.

La *tentativa* tiene una rebaja de pena bien delimitada cuando se ha iniciado la ejecución de un delito por actos directamente encaminados a su consumación y éste no llegare a producirse por causas ajenas a él.

El *desistimiento* o *arrepentimiento* se configuran cuando se desiste voluntariamente de la ejecución del delito o se impide el resultado.

La pena señalada para la tentativa no se aplicará cuando fuera absolutamente imposible la consumación del delito; esto es, el *delito imposible*.

El Título tercero se ocupa de las sanciones: *penas y medidas de seguridad*. Las *penas* se han reducido a las principales *prisión y multa* y a las *accesorias*: *inhabilitación absoluta e inhabilitación especial*.

Para la pena de prisión se establece un máximo de veinticinco

años. La multa se aplicará por pagos al Estado de cantidades que se señalarán en días-multa.

«El importe del día-multa será equivalente a la entrada diaria del sentenciado y se determinará de acuerdo con la situación económica del condenado, atendidos especialmente su caudal, rentas, medios de subsistencia, nivel de gastos u otros elementos de juicio que el Juez considere apropiados.

Si el condenado viviere exclusivamente del producto de su trabajo, el día-multa no podrá ser inferior a la mitad de su entrada diaria ni exceder el tanto de ella.

El límite máximo de la multa es de quinientos días.»

Un día de trabajo equivale a un día-multa.

La conversión de la multa en prisión se indica de la siguiente manera: si el condenado no pagare la multa, ésta se convertirá a razón de un día de prisión por un día-multa, sin perjuicio de la facultad del Estado para ejecutarla en los bienes de aquél. En el caso de conversión, la prisión no excederá de un año.

La inhabilitación especial consistirá en la privación o restricción de uno o más de los derechos o funciones.

Para las medidas de seguridad se establece el principio de legalidad.

Estas medidas serán curativas, de internación y de vigilancia según casos y términos señalados en el texto.

Estas medidas no se extinguirán por amnistía o indulto.

En el capítulo destinado a la unidad y pluralidad de hechos y de delitos se recalca que el hecho no podrá ser considerado más de una vez para la imposición de la pena.

La ley especial prevalecerá sobre la general.

Cuando un sólo hecho sea constitutivo de dos o más delitos se aplicará una pena no menor del máximo de la prevista por la ley para el delito más grave; así claramente, se expresa el Concurso Ideal.

El Concurso Real se presenta así: «En caso de pluralidad de delitos reprimidos con penas de igual naturaleza, el mínimo será el correspondiente a la más alta de las penas previstas para los delitos concurrentes, y el máximo de la pena aplicable será el que corresponda a las dos terceras partes de la suma de los máximos previstos para tales delitos».

El orden de gravedad de las penas será el siguiente: «prisión superior a un año; inhabilitación absoluta por más de cinco años; inhabilitación especial superior a cinco años; prisión no superior a un año; multa que exceda de cien días-multa; inhabilitación absoluta no superior a cinco años; inhabilitación especial no superior a cinco años; multa que no exceda de cien días-multa.»

Para la reincidencia se adopta la postura intermedia de dejar en libertad al juez para que, según los casos, agrave o no la pena al cometerse el segundo delito.

Se excluyen de la reincidencia los delitos políticos y militares,

la sentencia extranjera por hechos que no son delitos en la ley nacional, las condenas anteriores cuando hayan transcurrido los términos respectivos de cada pena y un mínimo de tres años o un máximo de diez años.

La última excepción señalada se refiere a los géneros de la culpabilidad: «La condena anterior por delito doloso cuando el nuevo fuere culposo, o viceversa».

La potestad dejada al juez para apreciar la reincidencia se extiende hasta el extremo de tener en cuenta el género de vida observado por el delincuente en el tiempo que media entre los hechos punibles y su personalidad moral. Además se tendrán en cuenta los siguientes requisitos para lograr la más pura individualización judicial de la pena:

- 1.º Los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible.
- 2.º La importancia de la lesión o del peligro.
- 3.º Las circunstancias de modo, tiempo y lugar.
- 4.º La calidad de los motivos determinantes.
- 5.º Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito.
- 6.º La conducta del agente posterior al delito.

La *suspensión de la ejecución de la pena* ha sido motivo de muchos estudios en los últimos tiempos. El Código Penal Tipo la establece para aquellos delitos cuya pena de prisión no exceda de dos años y se llenen los siguientes requisitos:

- a) El condenado sea un delincuente primario.
- b) Haya evidenciado buena conducta positiva antes y después del hecho punible.
- c) Se presuma que no volverá a delinquir, según un pronóstico basado en las circunstancias y modalidades del delito, los motivos determinantes y el estudio integral de su personalidad.

La suspensión condicional no se extenderá a las penas accesorias.

Cuando se concede la suspensión de la ejecución de la pena el beneficiario ha de cumplir las siguientes obligaciones:

- a) Someterse a las medidas de tutela o patronato que se le fijen.
- b) Residir o abstenerse de hacerlo en lugar determinado y comunicar todo cambio de domicilio.
- c) Desempeñar en un plazo determinado profesión, oficio u ocupación lícitos.
- d) Abstenerse del empleo de sustancias estupefacientes, alucinógenos o que produzcan adicción.
- e) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes.
- f) Dar cumplimiento al compromiso de reparar el daño, dentro de los plazos y formas que se le fijen.

La observancia de estos deberes serán comprobados por enti-

dades técnicas no policiales y se mantendrán por un período de prueba que fijará el juez entre dos y seis años.

Por imperio de la ley será revocada la suspensión si el beneficiario cometiere un nuevo delito doloso antes de que finalice el período de prueba.

Por resolución del juez podrá ser revocada la medida si el beneficiario no cumpliera alguna de las condiciones impuestas o si cometiera un nuevo delito culposo cuando la suspensión condicional se hubiere concedido también por delito culposo.

El juez tiene facultad para no revocar la suspensión y prolongar el período de prueba sin exceder el máximo de seis años.

La pena se tendrá por cumplida si ha transcurrido el período de prueba sin que se hubiere revocado la suspensión condicional.

El juez podrá *convertir*, en favor del delincuente primario, la pena de prisión no mayor de seis meses por una pena de multa o trabajo obligatorio en beneficio del Estado.

La sentencia deberá expresar los fundamentos de esta decisión apreciando las condiciones personales del condenado, los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho; exigir que se garantice la reparación del daño según las posibilidades del condenado; y fijar el monto de la multa a razón de un día de prisión por un día-multa o la duración de la prestación del trabajo obligatorio hasta por seis meses tomando en consideración las aptitudes y condiciones personales del condenado.

La *libertad condicional* la tiene prevista el *Código Penal Tipo* que nos ocupa en la siguiente forma para los condenados a más de dos años de prisión, siempre que:

a) Hubiere cumplido la mitad de la pena si fuere primario, o los dos tercios de ella, si fuere reincidente.

b) Hubiere observado buena conducta, demostrada por hechos positivos durante la ejecución de la pena, y esté capacitado para desempeñarse en una ocupación u oficio lícitos.

c) Hubiere reparado el daño causado por el delito o se comprometá seriamente a hacerlo, según sus posibilidades.

d) Del estudio de la personalidad del condenado y otros elementos, pueda presumirse que está readaptado y que no volverá a delinquir.

Podrá ser revocada por ley o por decisión del juez en los mismos casos estipulados para la suspensión condicional de la pena.

Los requisitos para conceder la *rehabilitación* del condenado son los siguientes:

a) Después de seis años de haberse extinguido la pena principal impuesta; o de doce años, si se tratare de delincuente habitual o profesional.

Si se hubiere impuesto al condenado una medida de seguridad de internación subsiguiente a la pena, el plazo se contará desde el término de dicha medida.

b) Cuando el condenado hubiere evidenciado, de manera posi-

tiva, una conducta satisfactoria durante el tiempo indicado precedentemente.

c) Si hubiera reparado el daño causado por el delito o si estuviere completando la reparación, se comprometa seriamente a seguir haciéndolo, según sus posibilidades.

La responsabilidad civil derivada del delito la mantiene el Código Tipo en la forma tradicional:

Artículo 93. El delito origina la obligación de reparar todo daño que de él provenga. Esta obligación es de orden público respecto de los penalmente responsables.

Artículo 94. Todo el que haya sufrido daño que provenga del delito tiene derecho a su reparación.

Artículo 95. Deben reparar el daño a que se refiere el artículo 93 los penalmente responsables en forma solidaria, sus herederos y quienes, de acuerdo con la ley civil, están obligados a reparar.

Artículo 96. La extinción de la responsabilidad civil proveniente del delito se rige por la ley civil.

La iniciación del proceso penal suspende la prescripción de la acción civil. Tal suspensión durará hasta la terminación del proceso.

Las causas de extinción de la acción penal y de la pena no se extienden a las obligaciones civiles derivadas del delito.

Artículo 97. El delito determina la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellas tenga el ofendido o terceros.

También son tradicionales las causas por las que se *extinguen* la *acción penal* y la *pena*: La *muerte*, la *amnistía* y el *indulto*.

El perdón del ofendido extingue la acción penal por delitos de acciones privadas.

Se señala que la acción penal prescribe a los veinte años, si la pena fijada por el delito es de prisión que no exceda de quince años. También prescribe cuando ha transcurrido un tiempo igual al del máximo de la pena de prisión fijada para el delito, la que no podrá ser inferior a un año ni superior a quince.

Por último, para los delitos penados con multa o inhabilitación la acción penal prescribe a los tres años.

Se tienen en cuenta las causas normales para el comienzo de la prescripción, la suspensión del mismo y la interrupción.

La prescripción es individual para cada uno de los que han intervenido en el delito.

Asimismo, cuando haya varios delitos la prescripción se tomará en cuenta separadamente para cada uno de ellos según les corresponda.

La pena de prisión prescribe en un lapso equivalente al de la pena impuesta en la sentencia, aumentando en un tercio. En ningún caso podrá ser inferior a cinco años ni superior a veinticinco.

Las penas de inhabilitación y de multa prescriben en cinco años.

El texto, como se ve es breve, tiene cinco títulos, 18 capítulos y 112 artículos, pero se recogen en el texto las instituciones principales que están en vigor en los principales y más modernos Códigos penales.

Como se dijo anteriormente, el acto solemne de la firma del Código Penal Tipo para Latinoamérica (Libro Primero) tuvo lugar en Sao Paulo, Brasil, el día 14 de abril (día de las Américas) de 1971. Firmaron los Presidentes de las Comisiones de Trabajos Nacionales que figuran en primer término. También estuvieron presentes los relatores de cada país que figuran en segundo lugar.

Son los siguientes:

ARGENTINA. I SECCION

Francisco Laplaza.
Mario H. Pena.

ARGENTINA. II SECCION

Enrique Ramos.
Omar Lima.

BOLIVIA

Manuel Durán.
José Medrano, Nancy Romero.

BRASIL-RIO DE JANEIRO

Heleno Claudio Fragoso.
Rafael Cirigliano Filho.

BRASIL-SAO PAULO

Paulo José da Costa Jr.
Manoel Pedro Pimentel.

CENTRO AMERICA

Guillermo Padilla.
José E. Silva.

COLOMBIA

Jorge E. Gutiérrez A.
Alfonso Reyes.

CHILE

Alfredo Etcheberry.
Sergio Politoff.

ECUADOR

Jorge Cornejo Rosales.
Eduardo Ludeña.

MEJICO. I SECCION

Raúl Cardenas.
Raúl Carrancá y Rivas.

MEJICO. II SECCION

Ricardo Franco.
Fernando Labardini.

PERU

Luis Bramont.
Luis E. Roy Freyro.

URUGUAY

Adela Reta Sosa.
Ofelia Grezzi.

VENEZUELA

José A. Méndez.
Isidro De Miguel.

Madrid, agosto de 1983.

El movimiento de la teoría criminológica y evaluación de su estado actual

LOLA ANIYAR DE C.

Cuando uno intenta diseñar la línea seguida por el movimiento de la teoría criminológica se enfrenta a dos opciones: Hacer un recuento más o menos cronológico de las andanzas de la criminología, un elemental reportaje informativo, o, más bien, tratar de explicar las razones de orden epistemológico y político que han determinado sus manifestaciones. En todo caso, como más que de evaluación podríamos hablar de rupturas sucesivas, hemos optado por la segunda solución. Y ella pasa por estos tres niveles: 1) tratar de demostrar que la llamada «evolución» de la criminología, no es ajena a la posición que se ha asumido frente al concepto de Estado, al modelo sociológico que se proclame, ni a la ubicación epistemológica de la cual, a veces más inconsciente que conscientemente, todo criminólogo es portador. 2) Sugerir sus funciones políticas. Y 3) hacer algunas reflexiones sobre cómo la «evolución» referida pareciera, en estos momentos, consistir más bien en una involución hacia esquemas muy viejos: la desaparición de la Criminología positivista y liberal como instrumento de legitimación, para dar paso, de nuevo, a la antigua forma de legitimación por vía de las meras estructuras legales, y de otros medios ideológicos similares.

Algunas Explicaciones Operacionales:

1) En primer término, debemos dejar expresamente establecido nuestro criterio de que la criminología, como acabamos de indicar, ha sido un medio de legitimar el poder. Fue objeto de un trabajo distinto (Aniyar de C., 1981), explicar cómo lo hizo, pero podemos resumirlo diciendo que ella representa normalmente una forma, a veces explícita y a veces insidiosa, de control social, aun cuando nunca se haya auto-definido así.

2) Debemos también explicar que, cuando hablamos de control social, nos referimos a todos aquellos instrumentos utilizados para obtener la lealtad de las masas (o, en su defecto, su sometimiento) a un sistema de dominación, cualquiera que éste sea.

La expresión «legitimación» tiene, pues, para nosotros, ese sentido: búsqueda de consenso, de aprobación o, en todo caso, de aniquilamiento de intentos individuales de subvertir un orden, repetimos, cualquiera que éste sea.

3) Por cuanto la «novedad» ha sido una adjetivación recurrente en este campo, tendríamos también que definir qué es vieja y qué es nueva criminología, y esto supone que definamos cuáles son las grandes tendencias que en criminología se han disputado el terreno. (Aniyar de C., 1971, 65).

Estas serían:

- La Criminología Clásica.
- La positivista.
- La interaccionista.
- La organizacional.
- La Crítica Radical o Nueva Criminología.

Que la Escuela Clásica del Derecho Penal, que normalmente se ha asumido como pre-criminológica, sea también una criminología, tiene que ver con un concepto de criminología como el que hemos sugerido antes, es decir, «Criminología como conjunto de teorías y técnicas aplicadas al control social de los actos que agreden los intereses más valiosos del sistema».

Como Criminología consideraba Quintiliano Saldañas a la Escuela Clásica, ya en 1926, cuando tituló su libro de Criminología positivista «La Nueva Criminología», argumentando que la Clásica (que como todos sabemos se basa en el libre albedrío, la plucritud procesal, las garantías legales y la medida de la pena), era una criminología que tenía como características la de ser «vindicativa, humanitaria (enciclopédica), especulativa (jurídica) y práctica (administrativa)». (Saldañas, 1936).

También así la consideran Taylor, Walton y Young: Como una teoría del control social, como una criminología administrativa y legal, en un libro que es justamente lo contrario a un libro positivista, pues es crítico, pero también llamado, coincidentalmente, «La Nueva Criminología», el cual se publica en 1974 (Taylor, Walton, Young, 1974).

«Nueva Criminología», como vemos, era tanto la positivista a comienzos de siglo, como lo fue la Crítica en la década de los 70.

¿Cuál es la Nueva Criminología al comenzar la década de los 80? A una respuesta tentativa trataremos de llegar al final.

Toda exposición que en lo sucesivo haremos pecará por fuerza de lineal y esquemática. No puede ser de otro modo por el objetivo de este trabajo. Pero intentará asumir los grandes rasgos como características generales, dejándolo constancia de que en cada Escuela hay matices y, a menudo, contaminación recíproca.

La Criminología Clásica

Qué concepto de Estado; qué estilo de legitimación del poder y de la autoridad hay detrás de la Criminología Clásica?

Aun una rápida ojeada que intente captar la historia de la criminología, debe partir de la crisis del pensamiento helenístico-romano, es decir, de la concepción de la sociedad como hecho natural y la ordenación social como producto de la necesidad de asegurar la justicia en las relaciones sociales, mediante normas y la supervisión de éstas por parte de la autoridad. Esto estaba en la base de la *polis* griega; aquella entidad que, según Aristóteles, era el desdoblamiento natural de un proceso evolutivo (familia, aldea, *polis*), en la cual el hombre se realizaba como ser humano, y cuyas leyes, normas y autoridad introyectaba como parte de su naturaleza. El siglo V marca la incapacidad de autogobierno de la *polis* griega y el surgimiento de un cosmopolitismo ético y metafísico: los hombres tendrían dos ciudadanía, una local y una universal.

Habría un orden universal tanto en lo natural como en lo humano, y ello conduciría al Derecho natural, el cual sería «el que resulta naturalmente de la naturaleza de las cosas». De la misma manera que había armonía cósmica, habría siempre justicia universal, aunque ella no se hiciera siempre evidente concreto (Jaguaribe, 1974).

Con el Estado moderno surgen las formulaciones contractualistas: desde Hobbes, según el cual, del estado de terror de la Naturaleza se llegaría a la sociedad u ordenación civil, otorgándosele al soberano el monopolio de la violencia; pasando por Locke, quien elabora las bases del pensamiento liberal, en base a un contrato que legitimaría el poder, sólo en la medida en que éste sirviera para regular y supervisar los *derechos naturales*, para cuya definición se habría generado el pacto. Y culminando con Rousseau, para quien el pacto social no tiene como objeto la defensa de los intereses individuales, sino la sumisión a la voluntad general, la cual sería algo más que la suma de aquellos intereses individuales.

Se crea así el modelo sociológico del *consenso*.

Este consenso legitima el poder y legitima todas las manifestaciones de control de ese poder. Así, en lo que directamente atañe al tema tratado, el Código penal será un monumento incontestado e incontestable. Definidor supremo del bien y el mal. E, históricamente, la Criminología que de ello deriva es, por lo tanto, una Criminología acrítica y sumisa. Es el período que Weber denomina de la dominación legal, en el cual el Derecho y su ritual cumplimiento bastan para legitimar el poder.

Como apuntaría posteriormente Durkheim, las normas penales son el producto de esa conciencia colectiva. Pero lo criminal no lo es por naturaleza, sino en relación a la conciencia común. Lo único que sería común a todos los delitos es la reacción que ellos determinan, que sería siempre, para todos, la misma. La unidad del efecto revelaría

la unidad de la causa. La pena, por lo tanto, sería una reacción pasional ejercida mediante un cuerpo constituido. Una forma de vengar lo que es sagrado en la conciencia colectiva, y, por ello, debe consistir en la inflicción de un dolor. Siendo su función la de mantener intacta la cohesión social, mantiene en toda su vitalidad la conciencia común. (Durkheim, 1937).

Estamos, pues, en pleno apogeo de la metafísica idealista. Sin embargo, como veremos, aun durante el llamado período del Iluminismo apuntan algunos elementos de lo que será posteriormente el Positivismo.

Quien mejor representa el liberalismo de la fase industrial y madura de la revolución burguesa es Stuart Mill. Este rechaza la teoría del Derecho natural y del contrato social; pero acepta el concepto de derechos individuales en el sentido de Locke y no en el de Rousseau, que es, como hemos visto, más social. El poder encontraría su legitimidad, entonces, en la protección de esos derechos individuales (Lagaribe, 1974).

La Criminología de la Escuela Clásica, pues, tiene como marco de filosofía política las ideas liberales del contractualismo y como modelo sociológico el del consenso. Este es el mismo marco de la Criminología liberal llamada organizaciones, aquella, principalmente realizada en Estados Unidos y Canadá, en los últimos treinta años, que busca pragmáticamente mejorar el sistema de control social (policía, tribunales, servicios de asistencia social, etc.); formular, en definitiva, la Política Criminal a través de investigaciones evaluativas y proposiciones de reforma. Es la Criminología del «Gatopardismo»: cambiar las cosas para que nada cambie.

La Criminología Crítica

El modelo del *conflicto*, por oposición al del *consenso*, será iniciado por Hegel, quien retoma la crítica de la sociedad civil como expresión del predominio económico-político de los detentadores de la propiedad, que ya había hecho Rousseau y había abandonado el liberalismo. El Estado será para él la síntesis de la oposición familia-sociedad civil, y estaría sometido a la historicidad general del Espíritu. El Estado será despótico en la antigüedad oriental, democrático o autocrático en el mundo clásico, con los germanos se instauraría la monarquía constitucional, estadio perfecto para dirimir los conflictos, pues el monarca no pertenecería a la sociedad civil, sino que sería *transclasista* (Hegel, 1974).

Marx, como se sabe, por el contrario, denuncia el carácter clasista de todo Estado fundado en una sociedad de clases. La clase universal de Hegel (funcionarios neutros y racionales) no es para Marx sino representante de intereses dominantes, a cuyo servicio está. El proletariado sería, para este autor, la única *clase universal* porque su existencia no depende de la explotación de otras y, por lo tanto, los suyos son los únicos intereses que pueden considerarse generalizables.

En consecuencia, para este modelo, el Código penal no representa un consenso, sino los intereses garantizados con preferencia, de la clase dominante. La sociedad no tiene los mismos valores; es plural. Lo que es bueno para unos puede ser malo para otros. Una Criminología que derive de este punto de vista no debe, pues, partir a la búsqueda de los seres presuntamente anormales que violan la ley, para castigarlos, mejorarlos o readaptarlos, sino liberarse de la camisa de fuerza de los códigos penales y establecer autónomamente su objeto de estudio.

Este marco de referencia da sustento político a la Criminología crítica o radical, o Nueva Criminología, como la llamaron Taylor, Walton, Young.

La Criminología Positivista

Detrás de la Criminología positivista está también el modelo del consenso, aun cuando el positivismo rechaza expresamente cualquier encuadramiento socio-político. Su insistencia es una presunta neutralidad no puede engañar porque, aun cuando el positivismo, como filosofía, centró toda la autoridad y todo el poder en la ciencia, el positivismo como criminología no cuestionó el orden dado, y partió, código en mano, a perseguir lo que desde entonces se llamó delinuentes natos, locos morales, personalidades criminales, desorganizados sociales, inadaptados, etc. (las definiciones son tan variadas como las mismas variantes del positivismo criminológico), haciendo así tan poca ciencia como objetaba a los criminólogos que precedieron esta escuela. Considerando anormales o desviados a aquellos señalados por una decisión política (la ley), contradecía los postulados de su pretensión científica.

También el pensamiento positivista tiene sus orígenes en una necesidad política (Kolakowski, 1976). En varias, en realidad, según las épocas.

1) En el terreno cognitivo, los iluministas, precursores del positivismo, reconocían la impotencia de la condición humana para aprehender las sustancias ocultas a la experiencia inmediata. Esta incapacidad proclamada de descubrir la esencia detrás de la apariencia, pivote de toda la filosofía positiva, en esa época representaba una tentativa de igualar a todos los hombres a través de la teoría sensualista del conocimiento: todos habrían nacido «tabula rasa». Reemplazarán así las construcciones metafísicas, los llamados por Hume meros «procedimientos verbales», por el estudio metódico de las necesidades del hombre para su satisfacción colectiva.

2) Una nueva ideología se abre paso. Fue una forma de poner orden tras el caso de la revolución burguesa, e instaurar un fuerte poder unificado: acabando con la metafísica revolucionaria, ese poder sería la búsqueda de una *física social*.

3) Los positivistas pregonaban un orden orgánico. La cooperación entre los hombres no provendría de la ética utilitaria de los iluministas que suponía un pacto social para la salvaguarda de los intereses individuales, sino de un verdadero «instinto social». La sociedad, para el positivismo, no es sólo un instrumento que sirve para regular los conflictos, sino una entidad autónoma y orgánica (de allí las futuras formulaciones funcionalistas, como veremos, que tienen raigambre también positivistas). La sociedad del futuro, orgánica y racional estará basada en la Ciencia. De este enunciado, o mejor contra lo que él ha significado en la historia contemporánea, surgirá el núcleo de la nueva Teoría Crítica, o Escuela de Frankfurt, que por oposición será denominada del «pensamiento negativo», ya que su búsqueda estará orientada a liberar al hombre de esta «razón técnica» o «instrumental», de este imperio de la Ciencia como instrumento central de legitimación que va a producirse con más intensidad en el capitalismo postindustrial.

4) Como para los positivistas, básicamente para Comte, la humanidad tiene ciclos que van de lo que él llama «las épocas orgánicas a las épocas críticas», estos ciclos tienen un orden que sigue una línea ascendente hacia el progreso. El progreso será al final, la «sociedad positiva». Y este progreso no puede alterar los caracteres estructurales constantes de la vida colectiva, como sería, por ejemplo, la propiedad. Es el mantenimiento del «status quo» burgués. Todo orden supone progreso, a menos que sea subvertido.

5) El positivismo se resiste expresamente a las tentaciones utópicas de la «mejor de las sociedades», cuya perfección provendría de la imaginación. Sus proyectos, dicen, estarán basados en las propiedades naturales, necesarias, de la vida social. Es, pues, resistente al cambio.

6) Como el positivismo es el imperio del hecho, de la inducción, de las técnicas de investigación, de lo mensurable, de lo convalidable empíricamente, no se interroga más que por la correlación causal, no se plantea el *porqué*. Y es que el *porqué*, para el positivismo, no es válido interpretativamente, no es científico, a menos que se recurra al hecho, a la validación empírica, cosa que en ciencias sociales no es factible hacer.

Y sin embargo, la historia demuestra que el hombre se ha siempre interrogado por las causas últimas, por desvelar «el misterio», por aprehender la esencia oculta detrás de la apariencia, por la razón que la Escuela de Frankfurt llama «práctica» o moral —lo verdaderamente humano—, y no por la razón científica.

Esta búsqueda de la esencia, por el contrario, es lo que se propone el pensamiento dialéctico-materialista y la criminología que en él se basa.

7) El positivismo sustituye la Teoría del Conocimiento por una Teoría de la Ciencia. Y la crítica humanístico-revolucionaria implícita

en Hegel, y explícita en Marx, por la filosofía naturalístico-conservadora de Comte.

Reduce la conducta humana a un proceso objetivo, carente de subjetividad y de intencionalidad; a un fiscalismo antihumanista. Y sustituye «la realidad» por «lo que es susceptible de investigación en las ciencias».

Esta ideología de la desesperanza, como la llama Brzowski, al considerar que la ciencia es la continuación de la experiencia animal, pues no tiene más sentido que la totalidad de las experiencias sobre las cuales se funda, se ve obligada a reconocer que «la verdad», «el bien» «lo bello», por ejemplo, no son elementos de la experiencia. Así, pues, «el sufrimiento, la muerte, las luchas ideológicas, los antagonismos sociales, los conflictos de valores»..., todo ello ha sido rechazado por el principio de no verificabilidad de esos fenómenos (Kolakowski, 1976).

Poco puede hablarse de neutralidad política en el positivismo, como se ve

¿Qué ha dado el positivismo en Criminología? Algunos dicen que la Criminología, *tout court*, porque no creen que ni la clásica, ni la crítica, ni la interaccionista, sean criminología.

Las ramas más importantes del positivismo criminológico han sido la Criminología Clínica y la Antropología Criminal, y las corrientes sociológicas de origen norteamericano denominadas ecológica, culturalista y funcionalista, tanto como la Criminología General.

La Criminología positivista, lógicamente científicista, cuantitativa y fiscalista, se interesa básicamente por el quién (quién es delincuente), el cómo (se hace delincuente) y por cuánta (delincuencia hay). Es la Criminología causalista, llamada también del Paso al Acto.

Aplicando a las ciencias sociales el método de las ciencias naturales, en la búsqueda estéril de la unidad y universalidad del método, la Criminología positivista se orienta, bien hacia el estudio del hombre (Clínica), bien al de la sociedad (Sociología criminal: ecologismo, culturalismo, funcionalismo).

La Clínica es la medicina aplicada a los criterios penales: Klynos: cama. Es decir, enfermo, paciente. Su búsqueda es el diagnóstico. Su proyección el pronóstico, su dictamen el tratamiento, su enfoque el interdisciplinario, su objeto el caso individual. Pero como todo positivismo debe tender a la formulación de leyes generales, se tratan de inducir éstas a partir de la suma de los casos individuales. Los protocolos y los expedientes de los centros de información penitenciaria obedecen a este fin. Es la Antropología Criminal.

La Sociología Criminal y el Funcionalismo

La Sociología Criminal no es menos positivista. Los estudios de Shaw y Mac Kay sobre las áreas ecológicas de Chicago y la ubicación en ellos de zonas de desorganización social (sociedad igual a Superior-

ganismo, Distrito Central equivalente a la cabeza de ese organismo, comunidad biótica o interdependencia de las zonas; relaciones humanas simbióticas, no sociales; idea biológica de los agrupamientos sociales y un cierto determinismo geográfico) marcan con el lenguaje de la biología y la filosofía del positivismo, toda una formulación que abarcó la vida de veinte años de la sociología de Chicago, con investigaciones de gran sofisticación técnico-metodológica típica de los Departamentos de Sociología americanos y un proyecto de «saneamiento» de la ciudad que se denominó el Chicago Area Project. Su gran influencia en el diseño de políticas sociales, pues asesoraban la *policy making*, fue muy importante como instrumento de legitimación (Shaw-Mack Kay, 1492).

Los ecologistas, como bien informan Taylor, Walton y Young, hablaban de lucha por el espacio y de la ley del más fuerte, pero no descubrieron los mecanismos del mercado de viviendas, ni intentaron sospechar estructuras desigualitarias contra las cuales luchar. Su tautología era evidente: índice delictivo igual a desorganización social.

Por otro lado, las teorías culturalistas, las del aprendizaje, y la de las subculturas criminales de las bandas juveniles, parten de la idea de una comunidad de valores mayor y por eso dominante y en algunos casos, como en el de las teorías de Whyte (1937), Miller (1958,5-19) y Rodman (1936, 205-215) y en cierta forma también de Cohen (1955) insisten en el delito como expresión de la cultura de la clase obrera.

El positivismo se convierte en funcionalismo por mediación de la Antropología Cultural de Malinowski. Teoría que en Criminología se representó básicamente Merton (Merton, 1957) con su teoría de la Anomia y la explicación del delito como un modo de adaptación, que él llama innovación, a una situación que, en la sociedad norteamericana, es contradictoria con el llamado American Dream: Todos pueden ascender de la Cabaña del Tío Tom a la Casa Blanca; lo que no es cierto, dice Merton, pues a la proposición de metas culturales de éxito, léase riqueza, para todo el mundo, no hay una correspondencia de medios institucionalizados para lograrlas, que sean iguales para todo el mundo. Esta teoría, por supuesto, no explica por qué delinquen las clases sin problemas económicos.

El funcionalismo es organicista porque plantea la existencia de subsistemas en la sociedad que se sustituyen entre sí cuando alguno de éstos falla, de la misma manera que en el cuerpo humano un órgano se desarrolla para compensar las deficiencias de algún otro. Ello produce una función de reintegración: el desviado potencial se resocializa, se redistribuye en el sistema de roles sociales; eventualmente en el rol de enfermo si no puede sostener los roles anteriores. La sociedad sería, pues, un todo orgánico en el que las partes, a pesar de las contradicciones aparentes, funcionan en relación al todo.

Es también el modelo del «consenso». El modelo del mantenimiento del *status*, es decir, la negación del cambio y la negación de la lucha entre contrarios.

La Criminología Interaccionista

Por otra parte, la llamada Criminología Interaccionista, o del etiquetamiento, o *Labelling Approach*, o como se le ha también denominado, de la Reacción Social, se basa en un criterio relativista del conocimiento.

La realidad existe en la medida en que se la identifica y se la define. La realidad es *constructo* social, producto de lo que se sucede en las relaciones interpersonales y grupales. Es el Interaccionismo Simbólico. En criminología, ello significó un vuelco trascendental.

Para esta escuela no importa por qué alguien se vuelve delincuente. Lo importante es saber quién define y cómo se define la delincuencia y cómo se señala a alguien como delincuente (unos en vez de otros, de la misma manera como unas conductas, en vez de otras, aparecen criminalizadas en los códigos penales).

La delincuencia no existe hasta que no se la descubre y señala. El delincuente no existe hasta que se le identifica. La delincuencia y el delito son una construcción social (Luckman, Erikson, Gusfield, Kitsuse, Becker). La cifra negra (o delincuencia oculta) no es delincuencia. Los hechos dañinos de los poderosos no son delito porque no han sido incriminados (criminalizados), o si lo han sido, los autores no serían delincuentes porque no han sido etiquetados como tales (criminalizados). Es la criminología de los «procesos de criminalización».

Las normas penales ya no se consideran producto de la conciencia colectiva. Becker las atribuye, en sus inicios, a los que él llama los empresarios morales, verdaderos cruzados que, en buena fe y pagados de su propia eticidad, generarían campañas que con el apoyo del poder producirían normas prohibitivas y, por lo tanto, delincuencia (caso de la marihuana y el prohibicionismo).

En este punto, la política criminal se encuentra con que la delincuencia la crea la ley y con que eliminando leyes se reduce la delincuencia.

Se pone en el tapete, por primera vez, el modelo del conflicto en criminología. La sociedad es plural, aunque ese pluralismo no indica todavía lucha de clases. Quien tenga más poder coyuntural impondrá sus valores (los ricos, los blancos, los hombres, los adultos). Se cuestionará la sacralidad de los códigos penales y su afirmación maniquea del bien y del mal. El objeto de estudio será la criminalización (de conductas, de hombres, de carreras criminales). Allí se convierte en causal explicativo y también en evaluativo. La Criminología se libera, por primera vez, y va autónomamente en busca de su objeto. Las técnicas de investigación pierden su valor cientificista. Surgen la etnometodología, la observación participante, la empatía del investigador con el objeto investigado. No hay más distancia entre uno y otro. La *comprensión* es más importante que la *verificación*. Es la quiebra del positivismo. La ciencia interesa menos que el hombre. Es también el momento de la llamada Sociología de la Desviación.

Frente a todo este cuestionamiento copernicano, era fácil que se abriera el camino para una criminología más libre aún, más holística, más comprensiva de la totalidad social, es decir, que no fuera ajena a la totalidad económico-política (*estructural*) de un momento histórico determinado.

Surge así la primeramente llamada Criminología Radical en los Estados Unidos. No surge en un vacío histórico. No es un producto puro de la evolución teórica *interna* de la criminología. Es un punto de ruptura total en los cuadros conceptuales y políticos de referencia.

Se ha entendido su nacimiento por virtud de los sucesos sociopolíticos norteamericanos de los años 60 y de la década de los 70: la política exterior norteamericana (Vietnam, golpe chileno, proyecto Camelot, nacimiento de las contraculturas, toma de conciencia de los delitos de los poderosos (WCC, Watergate, delitos de las transnacionales, caso de la Thalidomida), la contestación de los años 60 y la violentísima contraofensiva policial; la rebelión en las cárceles (St. Quentin, Folsom, Les Tombs, Attica y Soledad), las rebeliones en liceos y universidades y la influencia de otros movimientos radicales como la antipsiquiatría. Muchos de estos nuevos criminólogos vienen de la Escuela Interaccionista. Surgen así el URC, en USA, el NDC en Inglaterra y el Grupo Europeo para el estudio del Delito y del Control Social. La NDC por su parte, nacería como reacción al pragmatismo de la criminología europea, a la criminología interdisciplinaria alejada de la sociología, al positivismo, a la posición reformista y correccional y a la socialdemocracia europea.

Todos se ubicarían en el modelo metodológico del materialismo histórico y dialéctico, y por lo tanto en el modelo sociológico del conflicto, para el cual, ahora más concretamente, las normas prohibitivas, como toda la estructura política (leyes, tribunales, policía, sistema administrativo y de gobierno) estarían fundamentalmente orientadas a la consolidación de los intereses de la clase que detenta los medios de producción.

Van así a la búsqueda de un objeto que comprenda, tanto la sociología del Derecho como la epistemología, la sociología de la práctica criminológica (revisión crítica del rol del criminólogo, de la enseñanza y de la aplicación de la criminología, como elementos de legitimación); y la crítica del rol y del funcionamiento de las instituciones penitenciarias y de tratamiento). La vieja criminología se convierte en objeto de la nueva criminología.

En un espacio intermedio entre el interaccionismo simbólico y la Criminología crítica, se encuentran los interaccionistas alemanes como Fritz Sack (1971, 384) y Dorothea Peters, Feest y Blackenburg (1972), hacen investigaciones críticas sobre el control social.

En realidad se trata de verdadera criminología crítica que surge de los postulados de interaccionismo y no de posturas socio-políticas puras, como es el caso de los llamados radicales.

En Inglaterra surge el libro, ya mencionado, de Taylor, Walton y Young (1974) «La Nueva Criminología». También aquí la «novedad aparece contestada (Werkentin, Hofferbert y Baurman (1978), Saldañas (1936), el primero que en forma orgánica analiza críticamente la historia de la criminología y propone un modelo de interpretación que parte de la Economía Política del Crimen y termina en la Economía Política de la Reacción Social, pasando por las determinaciones intermedias sociales e interpersonales de la criminalización; tomando también en cuenta el estudio del acto en sí, el cual se asume como producto de la racionalidad en la escogencia de la propia conducta.

Estando en un marco epistemológico concreto, todos estos movimientos, en mayor o menor grado, obedecen a sus postulados: categoría de la totalidad u holismo, búsqueda de la historia como resultado de la lucha entre contrarios que van superándose a sí mismos, dialéctica y no causalidad, análisis de clase estructural; rechazo del cientificismo positivista por su incapacidad de encontrar la esencia detrás de la apariencia, es decir, de desmontar la ideología mistificadora de la ley, de las instituciones, de los estereotipos, y de la ciencia convencional; a la cual acusa de enmascarar problemas trascendentes y esenciales del hombre, como lo son las relaciones de clase, la alienación y la falsa conciencia.

Niegan la objetividad de los crímenes, con lo cual rompen el vínculo con las técnicas de investigación. Elemento central de este método es que el conocimiento es praxis. No basta conocer el mundo, hay que transformarlo. Y es la búsqueda de esta realidad alternativa (lo que negaba el positivismo, porque esta realidad no está presente en el hecho, en la parcela de realidad mistificada que analiza), lo que hace que la teoría y la praxis criminológica se conviertan en subversivas. En su formulación más radical, si la ley es un acto político, el delito es un acto político y todo delincuente es un delincuente político (Aniyar de Castro, 1971). La búsqueda de concientizar a las masas para que la reacción inorgánica e irracional del delito se convirtiera en lucha estructurada contra el sistema, marcó el inicio de la represión contra esta criminología militante. Se cierra así la Escuela de Criminología de Berkeley: los profesores que no pudieron ser expulsados fueron dispersados. Sacados de la Universidad, se reúnen en torno a la revista «Crime and Social Justice»: «ella se orientó hacia: 1) el estudio económico del crimen en la sociedad capitalista; 2) investigaciones sobre la mujer y el crimen en un mundo caracterizado por la explotación de los sexos; 3) el análisis del comportamiento, como víctimas y victimarios a la vez, de los trabajadores del aparato de Justicia Penal; 4) el análisis de los distintos tipos de represión y legitimación que el Estado utiliza, empleados prioritariamente sobre la minorías, organizaciones políticas, sindicatos, negros y pobres; y, por último, estudios comparativos e históricos de los diferentes sistemas de justicia en el mundo» («Crime and Social Justice», núm. 4, 1975, 2-3).

Esta revista se publica actualmente, conjuntamente con «Issues in Criminology». De este movimiento quedan también centros privados de investigación, como el North American Congress in Latin America (NACLA), estudio centrado en el estudio de la política norteamericana hacia el llamado Tercer Mundo); y el Center for Research in Criminal Justice, cuyo tema central de interés ha sido el estudio de la policía.

Una evaluación

Nos encontramos claramente frente al derrumbe de varios movimientos teóricos en criminología. El que la vieja criminología positivista haya quedado relegada a los polvorientos archivos de los gabinetes penitenciarios y a las más tradicionales escuelas de criminología, mientras los más inteligentes intentan «cruzarla» con sangre nueva, representa una curva que es abiertamente descendente.

El interaccionismo, por su parte, aparece estancado, incapaz de plantear problemas nuevos. Habiendo descuidado, en su total relativismo, la realidad de conductas que producen un verdadero daño a grandes sectores populares, cerraron la vía a un análisis más rico.

En cuanto a los criminólogos radicales norteamericanos, hoy, se interrogan sobre el porqué del fracaso de su iniciativa, representado en el surgimiento aplastante de una nueva Derecha en los EE. UU. Platt lo atribuye al desconocimiento real de la teoría marxista de quienes se pretendieron criminólogos marxistas, los cuales, en condiciones de gran represividad académica no tuvieron la oportunidad de desarrollarse teóricamente. Allí la criminología quedó en la antítesis aun antes de producir un sistema teórico. Una nueva criminología (¿nueva?) se extiende hoy a lo largo de los Estados Unidos: por una parte, el regreso a la clínica, a la criminología médica, genética, biológica y aun morfológica, con una fuerza nueva: el poder de la sofisticada tecnología norteamericana que, hasta la fecha, había sido utilizada en las investigaciones meramente sociológicas sobre el delito. Se habla ahora de nuevo de la Black Box, o Boite Noire, o Caja Negra: el misterio del cerebro. La llamada Sociobiología interviene arrastrando a los investigadores a una búsqueda de las propiedades genéticas del más fuerte en la especie. Una suerte de regresión a la teoría atávica de Lombroso que no dará, tampoco, soluciones, porque es parcial.

Por otra parte, también la criminología liberal ha fracasado. Tomemos las palabras de un perfecto representante, más aún, motor y militante de la criminología liberal, u organizacional, Denis Szabo (Szabo, 1981, 12-13-14-15): «Ha habido un período de prosperidad sin precedentes, que Raymond Aron sitúa entre 1947 y 1974, que ha hecho retroceder los límites de lo posible hasta un nivel jamás alcanzado... La extrapolación de las curvas de productividad, de innovaciones tecnológicas, la civilización del tiempo libre... podíamos considerar, según la expresión de Marx, la posibilidad de cambiar el mundo

con nuestras investigaciones y nuestras reflexiones sin necesariamente prever ni desear el cambio revolucionario previsto por el mismo autor... la función burocrática (cita a Weber) simbolizaba el advenimiento de la gestión racional... ese crecimiento de efectivos fue particularmente dramático en América del Norte... gracias a la criminología (hubo) una legión de funcionarios encargados de administrar los servicios, los programas flamantes salidos directamente de los libros de los universitarios-investigadores-reformadores... la criminología, para mi generación (continúa Szabo), se integraba notablemente bien en el conjunto que se denominó civilización post-industrial... Por primera vez en la historia le fueron atribuidos recursos para ampliar sus investigaciones... las fundaciones privadas, los gobiernos no le regatearon su apoyo... La criminología optó abiertamente por la formación profesional. Definía su campo como el de la Administración de Justicia, la prevención del crimen y el tratamiento de delincuentes... Es comprensible que el triunfalismo de «todo funciona y todo es posible» de este período, haya ocultado la fragilidad de las hipótesis, la parcialidad de los postulados epistemológicos, haya subvalorado la capacidad de la sociedad a resistir el cambio...».

El testimonio de Szabo es dramático. En efecto, en USA y en Inglaterra se cierran las puertas para nuevos gastos en reformas de política social, con el advenimiento de Reagan y Thatcher al poder. En Estados Unidos se anula la LEAA (Law Enforcement Assistance Administration). El Home Office, en Inglaterra, reduce sus efectivos en más de 40 por 100.

Como dice Szabo: «La fe en los efectos de la burocracia como factor de racionalización de la gestión de los servicios públicos, ha conocido... desilusiones considerables»... «Otro punto de anclaje en las creencias de mi generación se desmoronó en el curso de la última década: se trata de la autoridad de la ciencia... lo que las ciencias sociales ganaron en influencia y en autoridad burocrática, lo pierden en términos de libertad y de independencia de criterio en el ejercicio de su función crítica».

¿Es la crisis fiscal de Occidente, como piensa Szabo, la que ha ocasionado la involución de la criminología organizacional, liberal, en beneficio de prioridades mayores del sistema? O ese regreso a la «mano dura contra el crimen», a la eficacia de los procedimientos sancionatorios, más que a la búsqueda de las causas, que representa un autor tan popular actualmente en los EE. UU., como James Q. Wilson, es un reconocimiento del fracaso conceptual de las posiciones reformistas de las ciencias sociales burguesas? Nada de tratamiento, menos de *probation* o parole. Se acabaron las consideraciones con los delincuentes. Así lo testimonia Edith Flynn (1978) en el 8.º Congreso Internacional de Criminología en Lisboa. Por otra parte, esta involución fue sustentada en EE. UU. por lo que se asumió como fracaso de la criminología positivista y reformista. Ni la *probation* reduce significativamente los índices de reincidencia. Ni ningún tipo de «tratamiento» (Martinson) se demostró eficaz, incidiendo solamente sobre

el hombre. (Sólo la castración funciona, parece ser, para los delitos sexuales).

Baratta (1978), explica un fenómeno similar en Europa, la involución de la reforma penitenciaria en Alemania e Italia, como una reacción contra el terrorismo político, como una necesidad de identificar al delincuente común con el político, como una urgencia de legitimar el Estado tardo-capitalista en crisis. Una interpretación parecida puede extenderse a la muerte de la criminología liberal en Estados Unidos, un país con fuerte crisis de legitimación, inmerso en manifestaciones de gran violencia interna y externa.

Si la criminología «Nueva» en los Estados Unidos es la muerte de la criminología liberal, el regreso a la mera legitimación por el Derecho, es decir, a la criminología, la más vieja, ¿qué queda en el mundo en la década de los 80 en este campo de batalla teórico-político?

En Italia el grupo llamado de Boloña, o de la fenecida revista «La Questione Criminale», hoy renacida bajo el nombre «Dei Delitti e delle Pene», matiza el planteamiento radical en virtud de lo que ellos mismos llaman el «Garantismo». Hay que salvar las reglas del juego de las garantías burguesas de los derechos humanos, como quiera que éstos sean entendidos. Es una estrategia, sin duda, pero también un convencimiento profundo en que el rescate del Estado de Derecho para el socialismo democrático, es esencial.

La revista «La Questione Criminale» (1975, 1/3) nace en 1975 con dos objetivos: uno teórico, individual, una criminología dentro de la teoría marxista del Estado y las instituciones, apoyada en dos polos muy italianos: uno teórico, Bobbio y Cerroni (y aunque no lo expresen, en la motivación, también Gramsci). Una criminología marxista estaba por hacerse, especialmente porque hay poco donde aferrarse en las obras tradicionales de Marx. Y uno práctico: desarrollar una Política Criminal del Movimiento Obrero, ya que éste adolece de un retardo frente a la cuestión criminal, en la medida en que su posición ha sido solamente defensiva frente al poder, a pesar de ser el más interesado en dilucidar un asunto que le concierne directa y violentamente.

La expresión *política criminal* tiene para la «Questione Criminale» un sentido nuevo: se opondrá a *política penal*, que es la que pasa a través de las sanciones del Derecho penal. La «Questione Criminale» piensa que de ellas no puede prescindirse. Pero también deben realizarse profundas reformas estructurales. La política criminal debería ser sólo una parte de la política social. Y la política penal, la *última ratio*, al contrario de lo que sucede actualmente.

La «Questione Criminales» tenía características propias:

Sus integrantes son básicamente juristas y se interesan centralmente por los problemas específicos del Derecho. Tienen un elevado nivel de información sobre teoría marxista, y su adaptación posible al siglo XX, lo que no ocurre con los radicales norteamericanos. Surge en un mo-

mento en el que la izquierda italiana tenía esperanzas tangibles de intervenir en la política social y criminal, a través de su acceso al poder en algunos entes regionales (prevención, en el campo de la droga: intervención en política penitenciaria, la participación popular en la administración de justicia a través del juez de paz. Los administradores regionales de la izquierda estaban dispuestos a ocuparse de política criminal o de los sustitutivos penales). Ciertamente, las expectativas de 1975 fueron parcialmente defraudadas por la historia. La realidad sociopolítica italiana desbordó con su complejidad las aspiraciones de un trabajo unilineal y de una toma de decisiones sin obstáculos.

Se interesarían básicamente por los siguientes puntos:

1) Desmitificar la línea oficial que ha hecho del problema criminal un problema de orden público. (Sin embargo, hemos visto que la invasión del terrorismo en Italia ha contribuido a acentuar esta identificación. Hay trabajos importantes en este sentido —Pavarini y Baratta—, que muestran los mecanismos de esa identificación).

Y es que cuando surge el movimiento obrero organizado en la escena italiana, ésta toma conciencia de que en la cuestión criminal se juegan espacios y acciones para la reforma de la sociedad. Allí se juega la libertad que es necesaria para sus luchas: porque la política del «orden público» hace delictivas y difíciles la asociación política, las huelgas, la crítica radical al sistema. Está claro que, como dice Sbricoli (1975), la hegemonía de la clase propietaria pasa por el Código penal.

2) Por lo tanto, el movimiento obrero debería construir una nueva imagen de la realidad, rompiendo los estereotipos burgueses del criminal, y generando lo que ellos denominaron una «contrainformación radical».

3) En las discusiones originarias, apareció el tema referido a la búsqueda de una base teórica para sustentar el poder posible del movimiento obrero. Sobre esto no parece haber acuerdo: Neppi Modona defiende la necesidad y el derecho del movimiento obrero a definir y concretar los lineamientos de su propia política criminal, y no a que se lo hagan, otra vez, los intelectuales (1975).

4) Baratta (1982) incide fuertemente en el Derecho penal y su atraso teórico frente al aporte de las teorías sociológicas que podrían modificar las teorías dogmáticas de la culpabilidad, y de la legitimidad. Aun cuando reconoce que en la estrategia del control social burgués el momento penal tiende a ser cada vez más secundario (como ha demostrado magistralmente Foucault), considera que la integración de la ciencia social y el Derecho penal no deberá ser la integración de dos ciencias, como propone Liszt, sino la relación entre la ciencia y su objeto: La *Ciencia Social Crítica*, por una parte, y el *sistema penal* como su *objeto*. En cuanto objeto, la llamada ciencia penal debería ser sólo una técnica.

«La Questione Criminale» cierra su primera etapa en 1981 y se reabre en 1983 con el nombre «Dei Delitti e Delle Pene, Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale», después de intensos debates sobre los objetivos que inicialmente se planteó, y la necesidad de reformularlos sobre la base de nuevos interrogantes y reflexiones, producto de las investigaciones de los últimos años. En efecto, según su papel de trabajo preliminar y preparatorio (1982), la revista intenta una crítica del *labelling approach*, tal como éste se había venido haciendo por el grupo, es decir, desde el interior de una lectura marxista de lo social, con la consecuencia de señalar el objeto de los procesos de criminalización, estigmatización, exclusión, etcétera, apriorísticamente, como perteneciente a una «clase obrera» de límites confusos, que sería el presunto autor principal del conflicto contra el sistema a través del «movimiento obrero organizado». Reconoce que, de esta manera, había identificaciones no siempre ciertas: movimiento obrero, igual a clase obrera; clase obrera igual a toda el área de la exclusión y marginalización: área de exclusión igual a objeto de criminalización y, en sentido inverso: objeto de criminalización, igual a área de exclusión, igual a clase obrera, igual a movimiento obrero. De esta manera el conflicto se centraba en sólo dos autores. Esto trajo los riesgos de simplificar excesivamente la etiología (causas socio-económicas del anticonformismo), y de identificar la desviación con todo el sector de potencial antagonismo al sistema. Es a partir de esta crítica que la nueva revista tratará de señalar todos los grupos, áreas, intereses y comportamientos implicados en los procesos selectivos de la justicia penal; cómo y por qué se producen.

Además, básicamente se plantea la difícil pero lúcida tarea de clasificar: 1) La cognoscibilidad de un «punto de referencia material» en la realidad social y comportamental, al cual pueda vincularse la construcción «subjetiva» de los problemas sociales. 2) El sentido y los límites con los cuales se puede hablar de «objetividad» en el estudio de la desviación. 3) El estatuto científico del conocimiento de este punto de referencia material.

La construcción de una política criminal alternativa, que había sido interés de «La Questione Criminale», se mantiene entre los objetivos, pero bajo dos nuevos acentos: 1) la inserción de esta revista en el movimiento en pro de la descriminalización y en favor de la reforma del sistema penal y del control; y 2) la lucha que fundamentaría estas investigaciones seguiría siendo «la opción ideal y política de una ampliación de la libertad y de la igualdad sustancial, para indicar formas alternativas dentro de una estrategia de antagonismo cultural y político entre las capas identificables de la sociedad actual».

El asunto del «punto de referencia material» de la desviación se manifiesta como lo más novedoso, tal vez, de la nueva publicación, particularmente por lo que significa como correctivo —más que una superación— del paradigma relativista del *labelling approach*, basado en «la construcción social de la realidad». Se pone, pues, de nuevo sobre el tapete, tanto el concepto de desviación, como la discusión

sobre el bien jurídico tutelado, a la vez que abandona una posición puramente «garantista» de la criminología crítica. De esta manera, ya no se excluirá la necesidad de repensar el problema de la reeducación y la terapéutica que había sido abandonado con la ruptura de paradigma.

La extrema honestidad del replanteamiento de la problemática crítica y la necesidad de investigar nuevas interrogantes, hace del grupo de sustenta a «*Dei Delitti e Delle Pene*» la más sólida esperanza europea de una criminología científica y crítica, adecuada a los requerimientos históricos, permanentemente en transformación, por lo tanto; *engagée* con las garantías institucionales de las libertades básicas y con un modelo perfeccionado de sociedad.

Queda también, por otra parte, el Grupo Europeo, el cual continúa reuniéndose anualmente, aunque su producción científica puede considerarse limitada.

Después de una larga tradición de positivismo, en América Latina acaba de formarse un nuevo grupo. No tiene nombre. Se instala en Méjico, en junio de 1981, sobre las bases de lo que aún es el Grupo Latinoamericano de Investigaciones Comparadas, que ha desarrollado una importante actividad investigativa en el continente con una orientación marcadamente crítica desde 1974.

El panorama latinoamericano es actualmente un mosaico, tanto culturalmente, como en los diversos modelos de producción su desigual grado de desarrollo económico y político. Como consecuencia, lo es también desde el punto de vista de la construcción teórica para las posibilidades de un poder alternativo.

Así, por ejemplo, los nicaragüenses presentes en el grupo, se interesan en construir sobre las ruinas del somocismo un sistema nuevo, y en este sentido, una criminología de este corte fue considerada por los representantes de este país, en la reunión de Méjico, en toda su potencialidad ilustrativa y orientadora. No habiendo participado previamente en las investigaciones comparadas que habían compactado la mayor parte de este grupo, podríamos evaluar incorporación como importante por su capacidad de agregar una experiencia y una realidad *sui generis* de cuya expectativa no son ajenos varios otros países latinoamericanos. Por otra parte, este sería el único esfuerzo serio de hacer criminología en Nicaragua, en el supuesto de que el hostigamiento bélico del que es permanentemente objeto desde Honduras por mandato americano, permitiera a ese país hacer algo más que organizarse para la defensa.

Cuba no está presente. Allí se ha sustituido, desde los inicios del actual régimen, la teoría criminológica por la práctica transformadora, la cual ha sido muy positiva en terrenos como el de la prostitución, la droga y la delincuencia juvenil, especialmente la de grupo. En realidad se conoce poco lo que está haciéndose en el Departamento de Criminología de la Universidad de La Habana.

De la criminología de Guatemala puede decirse que no existe. De los tres guatemaltecos que estaban incorporados a la investigación com-

parada en los últimos ocho años de vida que lleva hasta la fecha el Grupo Latinoamericano de Criminología Comparada (GLCC), dos fueron asesinados a tiros en 1981 por organismos paramilitares. El otro, después de haber quedado parcialmente incapacitado para caminar, como consecuencia de un atentado político, debió asilarse en Costa Rica. Los dos primeros eran hombres de mentalidad progresista, juristas que nunca manifestaron poseer una militancia ideológica definida y cuya única subversión fue trabajar críticamente sobre la violencia y el delito de cuello blanco en Guatemala. El tercero es demócrata cristiano. Todos profesores universitarios.

El único criminólogo de El Salvador debió huir del país como consecuencia de un atentado del cual fue víctima. Era el juez del sumario del asesinato del arzobispo Romero y también profesor universitario. Estas referencias parecen necesarias, para indicar el diferente grado de sensibilidad política que tienen ciertos regímenes y la trascendencia que la criminología tiene como instrumento de legitimación o de subversión en la medida en que señala funciones y motivos.

Así, la criminología se desarrolla o se embozala según las necesidades instrumentales de los diferentes sistemas de dominación. Ni en Honduras ni en Haití, por ejemplo, hay una criminología presentable de ningún tipo. Pero, a diferencia de lo que pasa en Argentina, Uruguay o Chile, donde hay abundancia de criminología positivista y organizacional, el problema en aquellos países es más bien de esquematismo de los medios de dominación, por no haberse vivido la experiencia transcultural y, de gran evolución del modelo de acumulación capitalista que se dio en los tres últimos. Ninguno de estos cinco países tienen representantes en el grupo crítico, con excepción de algunos exiliados que desempeñan su labor en otros países.

Hay, en cambio, criminólogos de Costa Rica, con acentuado carácter socialdemócrata, perteneciente a la Universidad, y también a ILANUD, y criminólogos de orientación marcadamente crítica de Brasil, un país donde la criminología abunda en matices y producciones de la más variada índole. En Venezuela, la criminología predominante en los institutos universitarios de criminología, amparados por la tradicional autonomía universitaria y un régimen de marcado carácter liberal democrático, es la crítica, y se han hecho trabajos de gran relevancia y publicaciones de prestigio que han marcado pautas en esta orientación, que ratifican, por medio de la investigación empírica, los postulados esenciales de una criminología alternativa. Varios investigadores de esos institutos integran el grupo. Colombia ha demostrado una gran fuerza creadora a través de investigadores de la Universidad Externado de Colombia, de Bogotá, y también de Universidades de Cali. Lo mismo sucede con otros dos países de régimen con mayores libertades democráticas: Panamá y Méjico. En el primero, profesores de la Universidad de Panamá, en el segundo, básicamente, de la Universidad Autónoma Metropolitana, forman parte del grupo.

¿Qué hacer en el terreno concreto de las alternativas para una política social y criminal orientada a la protección de los llamados

«intereses difusos», o colectivos, en un panorama, que, como hemos visto, va desde el fascismo más sangriento a la socialdemocracia, pasando por países de simple democracia formal, hasta países en guerra (El Salvador, Guatemala): y otros, en fin, que intentan construir un régimen más social a partir de cero (Nicaragua, Cuba)? Sería aventurado dar fórmulas únicas, evaluar las diversas situaciones con el mismo rasero.

Sus diferencias van aún más allá de lo político: en el interior de cada uno de esos países, a veces la historia, los sistemas de dominación, y la tradición han determinado distintos niveles en los modelos de acumulación y aún en los modos de producción. Existen, por ejemplo, algunas capitales con un elevado grado de sofisticación cultural y régimen de vida occidental, con características de aparente capitalismo avanzado, en contraste con un panorama de agricultura feudal, de analfabetismo, de sistemas de dominación carismática, de subculturas indígenas o de origen africano que perviven a los intentos etnocidas, que continúa presente en la provincia. Estos desniveles internos se producen también entre países diferentes.

La función de la criminología tradicional, permanentemente legitimadora, opera en América Latina de acuerdo a estas variables. Que el Derecho penal se ha desarrollado a expensas de esta criminología en los países dictatoriales, en tanto que la criminología florece en los sistemas de libertades formales, lo había ya enunciado García Méndez. Esta, en realidad, no ha sido sino una manera más refinada de hacer uso de medios productores de consenso, reforzando los niveles de la ideología y los instrumentos propios de la sociedad civil.

En cuanto a la criminología alternativa, sólo líneas generales de acción pueden ser comunes a los requerimientos de cada país. Líneas generales comprometidas con la liberación, entendida ésta dentro del marco de cualquier régimen sociopolítico.

Por ello, nuestra posición en Méjico fue la de proponer la construcción de una Teoría Crítica de Control Social. Una teoría que sea a la vez práctica social transformadora en la medida en que, difundida en la masa, contribuya a desmitificar las ideologías ocultadoras de los mecanismos de ese control social. Estaría enmarcada en las pautas metódicas del materialismo dialéctico e histórico, aunque no marxista en sentido ortodoxo, y enriquecida con algunos postulados de principio de la teoría crítica frankfurteriana: su autorreflexibilidad, su necesidad de permanente revisión, su resistencia a esclerosarse en un sistema teórico que sea generador de un nuevo orden de dominación, su compromiso moral con la emancipación humana. La denominación, en ese momento, Criminología de la Liberación (Bergalli, Aniyar de C., 1981). Esto podría ser, al menos, un cemento común para los diferentes intereses criminológicos presentes. Y basamento para entender las respectivas constelaciones sociales, étnicas y políticas.

La historia dirá lo que este grupo, en un continente cargado de violencia y sangre, pero también de imaginación y coraje, con carac-

terísticas muy diversas a las europeas, entre ellas la emergencia de la acción, puede construir.

Aspiramos a que sea una Criminología de los Derechos Humanos, entendidos en una dimensión más eficaz y generalizable de como están interpretando en las actuales democracias capitalistas. Que rescate el estado de derecho para la democracia socialista, y que esos sean los límites y exigencias de la legitimidad del control social.

La formación de estos criminólogos latinoamericanos ciertamente no es la misma. Pero todos han vivido una experiencia común:

1) *La Criminología* positivista de la miseria, de los indígenas, de los marginales, para justificar la composición monoclasista de la población penitenciaria y de las víctimas de la represión policial, mientras, paradójicamente, los códigos penales han continuado siendo clásicos.

2) *Y la Criminalidad* impone de los poderosos y de las transnacionales. La expoliación de las riquezas naturales, la manipulación de gobiernos títeres y de legislaciones y políticas oficiales, la mediatización cultural. La destrucción del ambiente, el desprecio al consumidor, la transgresión a la seguridad industrial por parte de las empresas, el asesinato y la tortura políticos impunes, la corrupción, el sometimiento de grandes mayorías, aborígenes o no, a formas inicuas de explotación, miseria e ignorancia. La farsa electoral, la violación de las reglas del juego institucional, entre otros ejemplos.

La tarea que el nuevo grupo se fija es, ciertamente, peligroso. Algunos como hemos visto, han muerto en el camino.

Una criminología así, más que criminología crítica sería crítica de la criminología. Y es una criminología provisional porque va en busca de una sociedad alternativa en la cual, una vez producida, deberá necesariamente asumir un rol diferente, que deberá ser siempre crítico y liberador.

BIBLIOGRAFIA

ANIYAR DE C., Lola: *Criminología de la Reacción Social*. Maracaibo, Ed. del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, 1971.

ANIYAR DE C., Lola: *Conocimiento y Orden Social: Criminología como Legitimación y Criminología de la Liberación*. Maracaibo, Ed. del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, 1981.

BARATTA, Alessandro: *Criminología Liberale e Ideologia della Difesa Sociale*, en *La Questione Criminale*, año 1, núm. 1, enero-abril 1975.

BARATTA, Alessandro *Criminologia Critica e Critica del Diritto Penale*, Bologna, II Mulino, 1982.

- BARATTA, Alesandro: *Comunicación presentada al 8.º Congreso Internacional de Criminología* (Lisboa, 1978). Cit. por ANIYAR DE C., Lola en *La Realidad contra los Mitos. Reflexiones Críticas en Criminología*, Maracaibo, Universidad del Zulia, 1982.
- BECKER, H.: *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, Ny. 1963.
- BERGALLI, Roberto: *Hacia una Criminología de la Liberación para América Latina*. Comunicación presentada en la instalación del Grupo Crítico Latinoamericano, México, 1980.
- BRICOLA, FRANCO, SBRICOLI, MARIO, MODONA, NEPPI, SEPPILLI, TULLIO, INGREGIO, PIETRO: *Per una Política Criminale del Movimento Operaio*, en *la Questione Criminale*, año 1/3, sep.-dic., 1975.
- COHEN, Albert: *Delinquent Boys: The Culture of the Gang*, Glencoe: The Free Press, 1955.
- FEEST Y BLANKENBURRG: *Die Definitionen macht der Polizei Strategien der Strafverfolgung und Soziale Selektion*, Dusseldorf, 1972.
- FLYNN, Edith: *Comunicación Presentada a la Sección Tratamiento del 8.º Congreso Internacional de Criminología*, Lisboa, 1978. Cit. por ANIYAR DE C., Lola, *La Realidad contra los Mitos. Reflexiones Críticas en Criminología*, Maracaibo, Universidad del Zulia, 1982.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio: *Criminología o Derecho Penal en América Latina*, en *Derecho Penal y Criminología*, *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*, vol. 2, número 7, 1979.
- HEGEL: *La constitution de l'Allemagne*, Paris, ed. Champ libre, 1974.
- JAGUARIBE, Helio: *Hacia la Sociedad no Represiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.
- KOLAKOWSKI, Leszneck: *La Philosophie Positiviste*. Paris, Dencel/Gonthier, 1976.
- MERTON, T.: *Social Theory Social Structure*. Glencoe III. The Free Press, 1957.
- MILLER, W.: *Lower Class as a generating Milieu of Gang Delinquency*, en *Journal of Social Issues*, 1958.
- PETERS, D.: *Die Soziale Herkunft der von der Polizei Aufgegriffenen Täter*, en *Die Polizei, Soziologische Studien Forschungsberichte*, ed. por Feest, Lautmann y Opladen, 1971.
- PLATT, Tony, TKAGI, Paul: *Criminología Biosocial: Una Crítica*, en *Crime and Social Justice-Issues in Criminology*, primavera-verano Berkeley, 1979.
- PLATT, Tony: *Los Intelectuales tradicionales: Una nueva derecha y una nueva izquierda*, en *Synthesis. Contradictions on Socialist Construction*, vol. III, número 1, fall 1979.
- SANCK, Fritz: *Selektion und Kriminalitat*, en *Kritische Justiz*, 1971.
- SALDAÑAS, Quintiliano: *La Nueva Criminología*, Madrid, Aguilar, 1936.
- SZABO, Denis: *Revolution Permanente ou Eternel Renouveau: La Criminologie en Situation*. Comunicación presentada al coloquio de «La So-

ciété Royale du Canadá»: *Continuité et rupture dans les Sciences Sociales au Québec*, oct. 1982.

SHAW-MAKL, Kay: *Juvenile Delinquency in Urban Areas*, Chicago, University of Chicago Press, 1942.

TAYLOR, WALTON,, YOUNG: *La Nueva Criminología*, Amorrotu.

WERKENTIN, HOFFERBERT y BAURMAN: *Criminology as Police Science, or How Old is the New Criminology?*, en *Crime and Social Justice*, Berkeley, 1978.

WHITE, W.: *Street Corner Society*. The University of Chicago Press, Chicago, 1937.

Hacia una Ley de contravenciones el modelo portugués (*)

MIGUEL BAJO FERNANDEZ
BLANCA MENDOZA BUERGO

SUMARIO: I. Derecho penal y Derecho administrativo sancionador.—II. La amplitud del poder sancionador de la Administración. Crítica y límites.—III. Límites constitucionales a la potestad sancionadora de la Administración.—IV. Necesidad de regular los poderes de la Administración. La utilidad del modelo portugués.

I. DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Junto a las sanciones previstas en el Derecho penal, hay otras que la Administración Pública utiliza en el desenvolvimiento de su potestad sancionadora, especialmente en su faceta de potestad «correctiva» o «gubernativa», sanciones que suscitan nuestro interés por su proximidad e incluso a veces identidad con determinadas penas establecidas en el Código penal. En ambos casos —y seguimos con ello la opinión mantenida por Rodríguez Mourullo (1)— se trata de penas en sentido material, ya que suponen privación o restricción de bienes y son impuestas como reacción por el hecho cometido. Algunas no se diferencian entre sí ni en denominación, ni en contenido, como ocurre con la multa penal y la multa administrativa (2).

La doctrina ve, cuando menos, problemática la distinción en un plano material, entre las penas «criminales» y las demás sanciones del Derecho administrativo sancionador y así, autorizados penalistas (3) y

(*) Trabajo escrito para el libro homenaje al profesor Piña y Palacios (UNAM, México).

(1) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Presente y futuro del delito fiscal*, Madrid 1974, p. 4.

(2) Argumentos a favor de esta postura se han encontrado tanto en el artículo 26 como en el artículo 603 del Código penal. En este sentido: CASABÓ RUIZ, J. R.: *Comentarios al artículo 26 del C. P.*; en CÓRDOBA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO Y CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona 1972, tomo II, pp. 70-71; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal, Parte General*, Madrid 1977, p. 28; del mismo autor: *Presente y...*, cit., pp. 11 y ss.

(3) CEREZO MIR, J., *Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo*, A. D. P. 1975, p. 160; en el mismo sentido, en su obra *Curso de De-*

administrativistas (4) concluyen que *penas criminales* y *sanciones administrativas* sólo se diferencian desde un plano puramente *formal*.

Entre otros autores, en cambio, se ha extendido la opinión de que cabe una diferenciación *cuantitativa*, en el sentido de que las penas que impone la Administración son de menor gravedad que las previstas en el Derecho penal y que imponen los tribunales. Siendo esto cierto en vía de principio, no lo es menos el hecho de que, muy frecuentemente, la Administración impone penas más graves cuantitativamente que las reservadas a los tribunales de lo penal. En efecto, como han señalado algunos autores (5), aunque el artículo 603 del Código penal intentaba poner un tope a la facultad de la Administración de establecer sanciones correctivas y que sólo por vía de excepción, a través de leyes especiales, permite la imposición de sanciones superiores a las que se establecen en el Libro III del Código penal para las faltas, lo cierto es que hoy las sanciones (especialmente las pecuniarias) impuestas por la Administración son, frecuentemente, mayores que las impuestas a las faltas penales, pasando la excepción a ser regla general. Por tanto, es nuestra opinión, a pesar de las voces discrepantes en este sentido (6), que no se puede establecer —de «lege data»— una barrera cuantitativa de distinción entre sanciones administrativas y penales (7).

Se rechaza también mayoritariamente, la posibilidad de hallar un criterio *cuantitativo* de distinción entre *sanción* penal y *sanción* administrativa (8), a pesar de los esfuerzos doctrinales para proceder a tal distinción.

Trasladando ahora nuestra atención del efecto jurídico (pena y sanción administrativa) a la *infracción*, se trata de saber si la ley, al atribuir determinado poder sancionador a la Administración Pública, lo

recho penal español, 2.^a edición, Madrid 1981, pp. 45-5-8; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, cit., p. 34.

(4) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, en «Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 10, julio-septiembre 1976; GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid 1966, T. II, p. 173.

(5) En el campo penal, entre otros, CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., pp. 167-168. En el terreno administrativo, MARTÍN RETORTILLO, L., *Sanciones penales y sanciones gubernativas*, en «Problemas actuales del Derecho penal y procesal», Salamanca 1971, pp. 13-14.

(6) Entre otros, CEREZO MIR, L., *Curso...*, cit., p. 56; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal, Parte General*, Univ. de Valencia 1980, tomo I, p. 54.

(7) Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico*, Madrid 1978, p. 92; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, cit., p. 34.

(8) Recientemente se ha vuelto a destacar la inexistencia de tal distinción. Vid., al respecto, las Ponencias de la Reunión preparatoria al IX Congreso Internacional de Criminología, Panamá 1982, de: MUÑOZ POPE, C. E., *La inflación del Derecho penal y administrativo*; de LA BARREDA SOLÓRZANO, L., *Evolución penal e inflación punitiva*. Sin embargo, también hay autores, especialmente en Alemania, que siguen insistiendo en la diferencia cualitativa y cuantitativa entre ambos ilícitos; así: LANGE, R., *Beteiligter und Teilnehmer*, en Maurach Festschrift, 1972, pp. 235-243; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Heidelberg 1983, pp. 16-19.

hace en función del carácter propiamente *administrativo* de la infracción.

Por ello, la doctrina se ha preocupado —desde que se planteó el problema del rápido crecimiento de la actividad administrativa, en toda su dimensión, después del advenimiento del Estado liberal— en buscar una diferenciación entre el *ilícito penal* y el *ilícito administrativo*. Así, el hallazgo de un criterio de distinción sustancial ha sido preocupación constante desde Feuerbach y Goldschmidt hasta hoy, preferentemente en las literaturas alemana e italiana. No podemos hacer aquí una exposición de las teorías desarrolladas por los distintos autores (9), simplemente ponemos de manifiesto que pese a que se han aportado algunos criterios pretendidamente cualitativos para efectuar la mencionada distinción, ninguno de ellos parece convincente (10).

Frente a lo que desde estas perspectivas se pretende, la razón por la que se recurre en unos casos a sanciones penales y en otros a sanciones administrativas no puede encontrarse, a nuestro juicio, en la naturaleza misma de la infracción. Lo contrario equivaldría a afirmar que hay hechos que son susceptibles de ser calificados, desde un punto de vista ontológico, como ilícitos penales y otros como ilícitos administrativos (11). Sin embargo, tal distinción sustancial no puede realizarse. El constante cambio de calificación efectuado cuando se penalizan lo que antes constituían infracciones administrativas o cuando se despenalizan conductas previstas hasta entonces en el Código penal, viene a confirmar lo que decimos (12). Y este cambio, como ha señalado acertadamente Rodríguez Mourullo, «no entraña un cambio sustancial del contenido de injusto de los hechos» (13); desde un punto de vista cualitativo, el contenido de ilicitud de los hechos sigue siendo igual (14). La pertenencia a una u otra rama del ordenamiento jurídico no responde, pues, a su contenido sustancial de ilicitud, ni a un cambio de éste, sino a la índole de la sanción que el ordenamiento jurídico anuda a cada uno de los hechos, penal en un caso y administrativo en otro. En definitiva, y como no existe tampoco una diferencia material

(9) Para una exposición sobre dichas posturas, vid.: MATTES, H., *Problemas del Derecho penal administrativo. Historia y Derecho comparado*, traducción castellana y notas por J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, Edersa 1979; del mismo autor: *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, T. II, Berlín 1982; CASABÓ RUIZ, J. R., *Comentario al art. 26 del C. P.*, cit., pp. 78 y ss.; CEREZO MIR, J., *Límites...*, cit., especialmente pp. 163 y ss.; del mismo autor, *Curso...*, cit., pp. 43 y ss.

(10) Así opinan también, entre otros, CEREZO MIR, J., *Límites...*, cit., p. 163; SERRANO ALBERCA, J. M., *Comentario al art. 25,1 de la Constitución española de 1978*; en GARRIDO FALLA y otros, *Comentarios a la Constitución*, Madrid 1981. Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico*, Madrid 1978, pp. 89 y ss.

(11) Así lo ha puesto de relieve RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Presente y futuro...*, cit., p. 20.

(12) En el mismo sentido la opinión de MERKL, A., *Teoría General del Derecho administrativo*, México 1980, pp. 348 y ss.

(13) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Presente y futuro...*, cit., p. 21.

(14) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Ob. últ. cit.*, pp. 20 y ss.; del mismo autor: *Derecho Penal*, cit., pp. 33-34.

entre las respectivas sanciones, la única distinción posible es puramente formal y va referida a los órganos y las atribuciones en virtud de los cuales se aplican las sanciones (15). Así, será ilícito administrativo el castigado con sanción administrativa por los órganos administrativos y en virtud de su facultad gubernativa (o, en su caso, disciplinaria); por el contrario, será ilícito penal, si está castigado con una pena y ésta se aplica por los tribunales de justicia en virtud del «ius puniendi» estatal (16).

El reconocimiento de que no cabe otra distinción que la formal (17) supone ya una contestación a la cuestión de si la atribución de determinado poder sancionador a la Administración se hace en función del carácter propiamente administrativo de la infracción (18). La contestación, a nuestro entender, ha de ser negativa, ya que hemos concluido que el carácter administrativo del ilícito depende en última instancia del órgano que impone la sanción, cuestión que decide previamente la ley. Así, en nuestra opinión, el poder sancionador que la ley otorga a la Administración Pública no tiene una justificación sustancial, ni aparece, desde luego, explicado por el carácter administrativo de la infracción castigada. A éstas tesis de que no existe criterio, ni cualitativo ni cuantitativo, que permita distinguir la infracción administrativa de la penal, se oponen Cobo y Vives (19), por considerarla una indeterminación que supondría renunciar a dotar de significado a la división de poderes, ya que la ley podría atribuir el poder sancionador libremente al Ejecutivo o al Judicial. En este sentido, entienden Cobo y Vives que el artículo 603 del Código penal representa «una concreción material de la división de poderes establecida en la Constitución», por lo que las excepciones al límite del artículo 603 deberían considerarse inconstitucionales. Sin embargo, esta tesis de Cobo y Vives, que defiende la existencia de una diferencia cuantitativa entre ambos ilícitos y sus respectivas sanciones, choca abiertamente con la vida práctica del

(15) Vid. en este sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., p. 399; GARRIDO FALLA, D., *Tratado...*, cit. p. 173; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, cit., p. 34.

(16) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho...*, cit., pp. 92-93. Ello no quiere decir, por supuesto, que los Tribunales de Justicia no impongan también, en algunos casos, sanciones administrativas.

(17) Tampoco en el terreno del ilícito se puede efectuar la distinción por un criterio «cuantitativo». Tal diferencia consistiría en que el ilícito penal lo integrarían los hechos antijurídicos más graves e intolerables para la vida social, mientras que el ilícito administrativo quedaría relegado para los hechos antijurídicos de menor entidad (las bagatelas, los asuntos balades). Sin embargo, una distinción de este carácter no encuentra confirmación en nuestro Derecho positivo y basta saber, a estos efectos, que algunas leyes facultan a la Administración para castigar la misma conducta que sancionan los Tribunales de Justicia. Nuestro Derecho, por tanto, no ha tomado en cuenta distinción alguna ni en la gravedad de la conducta ni en la de la sanción, y tal criterio de diferenciación no tiene más valor que el meramente indicativo de «lege ferenda».

(18) Sobre intentos jurisprudenciales y doctrinales de justificación del sistema, vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, Madrid 1981, T. II, pp. 154 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., p. 405.

(19) COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal*, cit., p. 54.

derecho, en la que se superan continuamente (legal y judicialmente) dichos límites; por ello no creemos que pueda sostenerse tal criterio de «lege data», sin que ello quiera decir que no sea conveniente defenderlo de «lege ferenda», como ha quedado apuntado en otro lugar d este trabajo.

II. LA AMPLITUD DEL PODER SANCIONADOR DE LA ADMINISTRACION, CRITICA Y LIMITES

1.—Las razones que explican que la Administración se hiciera con tan fuertes resortes sancionadores son, como ya han señalado algunos autores (20), una de carácter político —la conveniencia para las autoridades administrativas de disponer de un poder sancionador propio en el plano político—, y otra afincada en la inadecuación del sistema procesal común, por su rigidez e ineficacia para proceder contra la infracciones que directamente afectan a la Administración.

La adición de las dos razones expuestas ha llevado a nuestro sistema, como dice García de Enterría (21), a una «potenciación de las facultades administrativas represivas sin paralelo posible en ningún otro país de nuestra área cultural». También Cerezo (22) ha destacado que resulta inadmisibile desde el punto de vista de las exigencias del Estado de Derecho, la hipertrofia actual de la potestad sancionadora de la Administración en España.

En nuestra opinión, también ha contribuido a este desarrollo desmesurado el hecho de que el legislador aumentara cada día más la capacidad punitiva de la Administración por la creciente actividad de los órganos de la Administración, obligados en un Estado de «bienestar social» a velar por los más variados intereses. Y tal aumento ha producido una «quiebra» del tradicional principio de la división de poderes, ya que se ha realizado en desmedro de las atribuciones de los órganos jurisdiccionales.

La tendencia al acaparamiento de poder por parte de la Administración ha estado y está reconocida en gran medida por la legislación y aceptada en muchas ocasiones por la jurisprudencia. Sin embargo, la crítica de la ciencia penal a esta situación tomó cuerpo hace ya tiempo y más recientemente la doctrina administrativa ha adoptado un severo tono crítico, emitiendo juicios muy duros al respecto, como los vertidos en los importantes trabajos de Parada y García de Enterría, ya citados. Así, este último autor ha dicho que «... El capítulo de la actividad sancionatoria de la Administración es de los más imperfectos de nuestro actual Derecho público» y «... contraría abiertamente postulados ele-

(20) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., p. 405; PARADA VÁZQUEZ, J. R., *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en «Revista de la Administración Pública», núm. 67, enero-abril 1972, pp. 41 y ss. y 83 y ss.

(21) *El problema...*, cit., p. 405. En el mismo sentido se ha pronunciado PARADA VÁZQUEZ, J. R., *El poder...*, cit., pp. 41 y ss.

(22) CEREZO MIR, J., *Límites...*, cit., p. 167.

mentales del Estado de Derecho» (23). En efecto, el poder sancionador de la Administración en nuestro país se encuentra en franca colisión con principios jurídicos básicos de nuestro Ordenamiento.

Sin ningún ánimo de exhaustividad (24), sino simplemente de ejemplificación, podríamos comenzar por las violaciones al principio «non bis in idem». Del párrafo 2.º del artículo 603 del Código penal se deduce con toda claridad que las leyes no pueden encomendar el castigo de los delitos previstos en el Libro II del Código penal a la Administración (25); en cambio, en materia de faltas, el citado párrafo no parece tan claro. Sin embargo, el hecho de que en este artículo se diga que las disposiciones del Libro III del Código penal no excluyen ni limitan las atribuciones que las leyes otorguen a la Administración para corregir gubernativamente las faltas, no significa que estas últimas puedan castigarse de forma acumulativa. En este sentido, Garrido Falla ha puesto de relieve que el párrafo 2.º del artículo 603 del Código penal se limita a declarar competentes tanto a la jurisdicción penal como a los órganos administrativos. Lo cual implica que la atribución de competencias a una de las jurisdicciones no excluye, en efecto, la competencia de la otra; pero «hay que entender que la aplicación de la sanción de una de dichas vías impide que la misma persona sea sancionada en la otra»; en definitiva, «el que la competencia se haya querido atribuir a uno u otro organismo estatal, o incluso el hecho menos disculpable de que por una falta de coordinación de las competencias estatales se haya atribuido simultáneamente a las dos jurisdicciones, no puede redundar en perjuicio del ciudadano» (26).

Sin embargo, la realidad es que la potestad sancionadora de la Administración actúa con independencia de la jurisdicción penal común, de modo que una y otra pueden proceder sobre los mismos hechos sin coordinación ni vinculación de los pronunciamientos de una sobre la otra (27).

Se puede sostener, a nuestro juicio, la inconstitucionalidad de la doble sanción —a pesar de no estar el principio «non bis in idem» expresamente reconocido en nuestra Constitución— en la medida en que la Constitución concibe un modelo de Estado que parte del postulado de la división de poderes, que es incompatible con la ausencia de límites del poder sancionador del Ejecutivo. En este sentido, hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha concedido categoría constitucional al principio «non bis in idem» al considerar que «... va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las in-

(23) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., p. 430.

(24) Para una exposición más detallada sobre este problema, vid. PARADA VÁZQUEZ, J. R., *El poder...*, cit., pp. 41 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., pp. 409 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho...*, cit., pp. 93 y ss.

(25) A la misma conclusión llega GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., p. 416.

(26) GARRIDO FALLA, F., *Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas*, en «Revista de la Administración Pública», 28, 1959, pp. 40-41.

(27) PARADA VÁZQUEZ, J. R., *El poder...*, cit., p. 67.

fracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución» (28).

Aparte de la labor que en esta dirección hace la jurisprudencia, aparecen otros signos alentadores de reconocimiento expreso del mencionado principio. Así, en proyectos de ley posteriores a la Constitución se puede apreciar esta evolución (29).

De otra parte, en el Derecho administrativo sancionador, han tenido cabida técnicas y prácticas tales como la punición de infracciones no tipificadas legalmente, supuestos de responsabilidad objetiva, procedimientos sancionatorios no contradictorios ni públicos, presunción de legitimidad del acto administrativo que se impugna, pruebas por presunciones y carga de la prueba de su inocencia al inculpado, la posibilidad de la «reformatio in pejus» y la existencia de recursos condicionados al previo cumplimiento de la sanción («solve et repete»), etcétera. Habida cuenta, además, de que la acción carece de caducidad para la Administración y de la falta de una regulación expresa sobre la prescripción de las infracciones y sanciones, el cuadro final resulta desalentador e incierto para el presunto infractor. En suma, la ausencia de una regulación legal en Derecho administrativo sancionador de esas materias generales y la no aplicación en la mayoría de los casos de los principios generales que rigen en materia penal, permite decir, como muy certeramente ha puesto de relieve García de Enterría (30), que el Derecho administrativo sancionador «es un derecho represivo pre-bercario».

2. El hecho de que el Derecho administrativo sancionador establezca «penas», sustancialmente idénticas, en algunos casos, a las establecidas en Derecho penal y la ausencia de unos principios garantizadores al menos similares, hace necesaria y justifica la vigencia y aplicación en el primer sector jurídico aludido de ciertos principios básicos, formulados originariamente en el segundo. La aplicación de los principios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador, debe ser defendida, en nuestra opinión, sin reservas. No debe olvidarse, además, como ha destacado Rodríguez Mourullo, que muchos de los principios que se estiman —con frecuencia erróneamente— como principios específicos del Derecho penal, por lo imprescindible de su vi-

(28) *Sentencias del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981 (Sala 1.ª)* B. J. C., núm. 2, junio 1981. Un comentario a esta sentencia puede encontrarse en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional*, «Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 29.

(29) El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 añade un último párrafo al artículo 688 (correspondiente al actual 603 del vigente C. P.), en el que se establece la vigencia de dicho principio. Asimismo, la nueva propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, en su artículo 610 (correspondiente también al actual 603) hace lo propio. Por su parte, el Proyecto de Reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo (punto 66 art. 133, 2.ª) intenta incorporar también el mencionado principio, pero establece explícitamente la posibilidad de que una ley autorice la duplicidad de sanciones.

(30) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., p. 409. Igualmente, en su obra *Curso...*, cit., p. 161.

gencia en este sector del ordenamiento, «son en realidad postulados inherentes al Estado de Derecho, que deben regir también en ramas distintas a la penal» (31).

La jurisprudencia ha señalado, por su parte, que la falta de una «parte general» en la regulación de las infracciones y sanciones administrativas, no ha de suponer la posibilidad para la Administración de aplicar de forma arbitraria sus facultades sancionadoras y que tal laguna ha de integrarse necesariamente con las técnicas propias del Derecho penal común (32). Más recientemente, otras sentencias del Tribunal Supremo han seguido en esta línea de entender que la potestad sancionadora en general debe estar «sometida a los mismos principios rectores de las leyes penales ordinarias... por sujeción de ambas distintas materias a principios comunes rectores de todo el Derecho sancionador...» (St. Sala 4.ª del T. S. de 18 de febrero 1981) y que, «careciéndose en el ámbito jurídico administrativo sancionador de una completa y coherente doctrina general, han de ser en él atendidos aquellos principios fundamentales inspiradores de todo Derecho punitivo... (y) actuándose así la potestad administrativa... no a través del puro juego de la discrecionalidad, sino del estrictamente jurídico enmarcado por el principio de legalidad, que es decir los de tipicidad, antijuricidad e imputabilidad dolosa o culpable (sic.) quede marginada toda posible interpretación extensiva, analógica o inductiva» (St. Sala 4.ª del T. S. de 30 mayo 1981). En otros casos se han aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo determinados principios o institutos, como el de prescripción de las infracciones, a la materia punitiva asignada a la Administración Pública y ello en virtud de la «... común sujeción y adscripción teleológica de ambos órdenes represivos (Derecho administrativo sancionador y Derecho penal) a idénticos principios ahormantes de la actividad pública punitiva con respecto a fundamentales garantías del ciudadano» (St. Sala 4.ª del T. S. de 10 julio 1981) (33). Y tal común aplicación de determinados principios al Derecho administrativo y sancionador y al Derecho penal ha sido extendida a los principios y garantías constitucionales en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 julio 1982 (Sala 4.ª) al decir que «ambos sectores de típica represión punitiva de la antijuricidad responden a los mismos principios y garantías constitucionales contra el libre arbitrio o arbitrariedad en el ejercicio de facultades inherentes a la potestad estatal de castigar...» y ello a pesar de poner de relieve que «resulta evidente que ningún precepto define al Código penal como común y supletorio régimen jurídico del Derecho administrativo sancionador...».

El Tribunal Constitucional también ha venido a confirmar esta línea, aunque tal vez con menos rotundidad que la mostrada en ocasio-

(31) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Presente y futuro...*, cit., p. 14.

(32) Para una exposición más detallada de esta línea jurisprudencial, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., p. 410. En el mismo sentido, en su obra *Curso...*, cit., pp. 162 y ss.

(33) En el mismo sentido, vid. *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.ª)* de 13 de octubre de 1981.

nes por el Tribunal Supremo, al decir que «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambas son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado...» (St. del T. C. de 8 junio 1981) (34).

No cabe duda, a nuestro entender, que principios como el de legalidad, el principio de culpabilidad y el de jurisdiccionalidad —por sólo citar los más elementales— deben regir sin excepción en materia de infracciones y sanciones administrativas (35).

III. LIMITES CONSTITUCIONALES A LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION

1. En el terreno de los principios garantizadores y limitadores de la potestad sancionadora de la Administración, se puede decir que la situación anterior ha variado con la entrada en vigor en nuestro país de la Constitución de 1978, que si por algo se caracteriza es por seguir una línea protectora de las libertades y derechos individuales, pudiéndose hablar así ya de unos límites constitucionales a la potestad sancionadora de la Administración. En definitiva —como dicen Cobo y Boix (36)— «con la Constitución aparece una nueva concepción política y jurídica del Estado que vincula desde luego a la articulación que se haga de las facultades sancionadoras del Ejecutivo».

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la Constitución prevé la existencia de sanciones administrativas y, por tanto, parece reconocer en la Administración una potestad sancionadora propia y dirigida a la generalidad de los ciudadanos. Así se hace, aunque de manera indirecta, en el artículo 25 al decir en su apartado 1.º: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». Y también en el apartado 3.º del mismo artículo al prohibir expresamente que la Administración civil pueda imponer sanciones que impliquen privación de libertad.

(34) *Sentencia del Tribunal Constitucional* de 8 de junio de 1981 (Sala 1.º) B. J. C., núm. 3, julio 1981. Sobre esta sentencia puede verse un interesante comentario de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La incidencia de la Constitución...*, cit., así como de PRIETO SANCHÍS, L., *La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho*, Separata de «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 4, enero-abril 1982.

(35) Una explicación más amplia sobre la aplicación de estos principios al Derecho administrativo sancionador puede encontrarse en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema...*, cit., pp. 411 y ss.; el mismo y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, cit., pp. 161 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Presente y futuro...*, cit., pp. 14 y ss. (hay que tener en cuenta que estas obras fueron escritas antes de la elaboración de la Constitución de 1978). En el mismo sentido, y ya teniendo en cuenta nuestra Constitución, PRIETO SANCHÍS, L., *La Jurisprudencia constitucional...*, cit., páginas 110 y ss.

(36) COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en V.V.A.A. *Comentarios a la legislación penal*, T. I (Derecho Penal y Constitución), Madrid 1982, p. 192.

También en el artículo 45, al hablar de la protección del medio ambiente, se prevé la posibilidad de castigar este tipo de infracciones con sanciones administrativas.

2. Merece comentario aparte el párrafo 1.º del artículo 25 de la Constitución antes transcrito, en el que la doctrina ha querido encontrar recogido el principio de legalidad, referido tanto a los delitos y faltas penales como a las infracciones administrativas. Lo cierto es que este principio (37) no se halla formulado en este precepto de un modo completo (38), no al menos, en su sentido de reserva de ley (entendida en sentido estricto) y que lo que en realidad establece dicho artículo es el principio de irretroactividad en materia sancionadora. Este precepto remite la tipificación de delitos, faltas o infracciones administrativas a la «legislación vigente», término ambiguo que desde luego no parece que quepa entender como ley en sentido estricto (38 bis).

Sin embargo, pese a que en el artículo 25,1 de la Constitución no se haya establecido de manera clara una reserva de ley en materia penal, creemos que en otros artículos de la Constitución hay base suficiente para sostener que tal materia, en nuestro Derecho, está sometida a una reserva de ley en sentido formal. La base, como luego veremos, nos la proporcionan los artículos 53,1 y 81,1 de la Constitución, preceptos cuya interpretación ha dado lugar a diversas posturas dentro de la doctrina española, en torno a la existencia o no en Derecho penal de una reserva de ley orgánica (39) y a la admisibilidad o no de leyes ordinarias y decretos legislativos para regular materia penal (40).

El artículo 53,1 de la Constitución establece que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo 2.º del Título I sólo podrá regularse por ley, que en todo caso deberá respetar el *contenido esencial* de aquéllos. Por su parte, el artículo 81,1 de la Constitución prevé una reserva de ley orgánica y entre tal clase de ley incluye las

(37) Para una exposición pormenorizada sobre el principio de legalidad y las garantías que lo concretan, vid. CEREZO, J., *Curso...*, cit., pp. 190 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, cit., pp. 63 y ss. y pp. 72 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Principio de legalidad*, en N. E. J., XIV, 1971, pp. 882 y ss.; el mismo, *Derecho Penal*, cit., pp. 58 y ss.

(38) Así lo han hecho notar COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., en *Garantías constitucionales...*, cit., p. 192 y p. 195. Asimismo, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, cit., p. 72.

(38 bis) Cuando este trabajo estaba en prensa, el Tribunal Constitucional dictó una interesante Sentencia (23 febrero 1984), cuyas consideraciones no han podido tenerse en cuenta en el texto.

(39) Sobre el origen y significado de las leyes orgánicas y materias reservadas a tal categoría de ley, vid. PREDIERI, A., *El sistema de las fuentes del Derecho*, en V.V.A.A., *La Constitución española de 1978*, Madrid 1981, pp. 211 y ss.

(40) Cfr. las posturas de CASABÓ RUIZ, J. R., *La capacidad sancionadora de la Administración en el Proyecto de Código Penal*, en V.V.A.A., *La Reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela 1980, pp. 287 y ss.; CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., pp. 180 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, cit., pp. 75 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., *Garantías constitucionales...*, cit., p. 197; PREDIERI, A., *El sistema...*, cit., pp. 213 y 214; SERRANO ALBERCA, J. M., *Comentario al artículo 25,1 de la Constitución española de 1978*, en GARRIDO FALLA, F. y otros, *Comentarios a la Constitución*, Madrid 1980, pp. 318 y ss.

relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas. El establecimiento de delitos y faltas y de las correspondientes sanciones supone, en nuestra opinión, una delimitación del ámbito de lo lícito, de la libertad y en esta medida afecta al ejercicio de los derechos y a su contenido esencial. Por ello entendemos que la previsión de delitos y penas debe ser realizada a través de una ley en sentido estricto, ley que habrá de ser orgánica en la medida en que afecte a los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Se ha aducido, que la reserva de ley establecida en el artículo 53,1 afecta a las disposiciones relativas al «ejercicio» de los derechos y que, por otro lado, las leyes orgánicas son las relativas al «desarrollo» de los derechos fundamentales y libertades públicas, mientras que el establecimiento de delitos y penas no es ni lo uno ni lo otro. Estimamos que esto último no es sostenible; no cabe entender que sólo estén sometidas a reserva estricta de ley las disposiciones que regulen el ejercicio «positivo» de los derechos y que, en cambio, las normas restrictivas y limitativas de los derechos y libertades, no estén sometidas a tal garantía.

En nuestra opinión, las disposiciones punitivas suponen una limitación que afecta al ejercicio de los derechos y además es incuestionable que la mayoría de las penas afectan al «contenido esencial» de aquellos. Por otro lado, toda regulación en «desarrollo» de los derechos supone, en definitiva, una limitación de éstos y no existe en Derecho una limitación más radical y drástica de los derechos de la persona que la pena (41).

En el terreno específico del Derecho administrativo sancionador, se podría llegar a una conclusión similar, en el sentido de considerar que en materia sancionadora de la Administración existe una reserva de ley, ordinaria al menos. En este sentido se han pronunciado, entre otros, García de Enterría y Fernández, quienes opinan que al estar el principio de legalidad en el artículo 25,1, conjuntamente con el de los delitos y faltas penales, el alcance del principio en materia sancionadora administrativa es idéntico al alcance propio en materia penal; esta equiparación supone que la tipificación de las conductas sancionables «tenga que ser hecha por ley formal y que no alcance a producir ese efecto los simples reglamentos» (42). Consideran estos autores, por tanto, que esta materia está sometida a la reserva de ley del artículo 53,1 de la Constitución y que, además, esta conclusión sería fundamental para limitar la amplísima potestad sancionadora administrativa

(41) Vid. en este sentido, COBO DEL ROSAL, M. VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal*, cit., pp. 76 y ss.; PREDIERI, A.: *El sistema...*, cit., p. 213.

(42) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso...*, cit., p. 164. Vid. también, CASABO RUIZ, J. R.: *La capacidad sancionadora*, cit., pp. 288 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Garantías constitucionales...*, cit., p. 197 y ss., en el sentido que se expone más abajo; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso...*, cit., pp. 164 y ss.; PRIETO SANCHÍS, L.: *La jurisprudencia constitucional...*, cit., p. 108; SERRANO ALBERCA, J. M.: *Comentario al artículo 25,1 de la Constitución*, cit., p. 322.

hasta ahora existente, construida en su mayor parte por meras normas reglamentarias.

Por su parte, Cobo y Boix opinan que la traslación del principio de legalidad al ámbito de la potestad sancionadora de la Administración exige una reserva de ley ordinaria en esta materia según lo dispuesto en el artículo 53,1, pero llegan aún más lejos, al decir que tal reserva será de ley orgánica cuando afecte a derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección primera del Capítulo segundo del Título I de la Constitución, tal como dispone el artículo 81,1 (43). Esto supone la imposibilidad de delegación legislativa en materia reservada a ley orgánica, en virtud de lo establecido en el artículo 82,1 de la Constitución (44); solamente en materia regulable a través de ley ordinaria (aquella que no afecte a derechos y libertades de la Sección 1.ª del Título I) cabría la posibilidad de utilizar Decretos-legislativos, pero no Decretos-leyes (45) y menos aún Reglamentos (46).

Se acepte o no la tesis de la reserva de ley en materia sancionadora de la Administración (lo cual en nuestra opinión sería adecuado, sin llegar a exigir ley orgánica, y no supone necesariamente negar la posibilidad de regulación a través de Reglamentos en aquella materia que no afecte de un modo esencial a los derechos y libertades del Capítulo 2.º del Título I de la Constitución), lo que parece claro es que existe una incompatibilidad entre la regulación constitucional en el tema de fuentes y lo dispuesto en el artículo 603 del Código penal (47). En efecto, dicho artículo permite establecer penas iguales a las previstas en el Libro III del Código penal para las faltas, en disposiciones administrativas de rango inferior al de ley, penas que, entre otras, pueden ser privativas de libertad (arresto menor) o pecuniarias como la multa.

La posibilidad de que la Administración imponga penas privativas de libertad está vetada expresamente por el artículo 25,3. Aun en el caso que se interpretara este precepto constitucional en el sentido de que lo que impide a la Administración es «imponer» tales penas, pero

(43) COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Garantías constitucionales...*, cit., p. 198.

(44) Vid. en este sentido, CASABO RUIZ, J. R.: *La capacidad...*, cit., pp. 288 y 289; SERRANO ALBERCA, J. M.: *Comentarios al artículo 25,1 de la Constitución*,

(45) Así, SERRANO ALBERCA, J. M.: *lug. últ. cit.*

(46) Sobre este punto es interesante la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.ª)* del 21 de octubre de 1981, que anula una sanción por previa anulación de la norma de cobertura, un Decreto sin rango de ley y por ser la materia en él regulada de las sometidas a ley formal «por representar una específica y grave limitación al principio de libertad de comercio... declarándose por ello que tales preceptos por su carácter reglamentario contradecían el principio de legalidad y el de jerarquía normativa proclamados y garantizados ambos en el texto constitucional...».

(47) Así lo ha señalado CASABO RUIZ, J. R.: en *La capacidad...*, cit., pp. 288 y 290. También hablan de su —parcial— inconstitucionalidad, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal*, cit., p. 54 (en nota a pie de página). Asimismo, SERRANO ALBERCA, J. M. (*Comentarios al art. 25,1 de la Constitución*, cit., p. 233) es de la opinión de que en materia de infracciones administrativas de protección del orden general, no cabe aplicar el artículo 603,1 del C. P.

no «establecerlas», tendría que hacerlo, en todo caso e inexcusablemente, en virtud de una ley orgánica.

Respecto a las penas pecuniarias, bastará su establecimiento a través de ley ordinaria, pero no nos parece adecuado, como ocurre ahora, que puedan establecerse con carácter general sanciones pecuniarias de elevadísima cuantía por simples Reglamentos y cuya imposición, además, no está reservada a los tribunales.

La mencionada incompatibilidad entre el artículo 603 del Código penal y la regulación constitucional en materia de fuentes podría entenderse, en principio, debido a que la redacción del precepto del Código penal es anterior a la redacción y entrada en vigor de la Constitución; pero es totalmente incomprensible que después de la Reforma urgente y parcial de junio de 1983 operada en el Código penal, tal precepto siga con la misma redacción (48).

En conclusión, aunque no se encuentra en el artículo 25,1 de la Constitución una reserva de ley en sentido estricto en materia de infracciones y sanciones administrativas, sí consagra el principio de legalidad, aunque sólo sea en su sentido limitativo, consistente en «no sufrir sanciones, sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas» (49).

Pero, a pesar de las insuficiencias con que está recogido el principio de legalidad en este precepto, lo cierto es que de él derivan un doble orden de garantías y límites en lo que al Derecho administrativo sancionador se refiere. Por un lado, están los límites propiamente constitucionales a la potestad sancionadora de la Administración y, por otro, las exigencias de tipo técnico-jurídico derivadas del principio de legalidad.

En cuanto a lo primero, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1983 («B. O. E.» 7 noviembre 1983) es muy clara y precisa al decir que los «límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el artículo 25,1 de la Constitución son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de penas privativas de libertad...; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24

(48) Hay que señalar que el Proyecto de C. P. de 1980 no cambiaba el tenor del actual artículo 603 (art. 688 del Proyecto) —salvo en el inciso final del segundo párrafo—, sino que le añadía acertadamente, un tercer párrafo en el que se consagraba el necesario principio «non bis in ídem», no recogido inexplicablemente por la Reforma de junio de 1983. Tampoco en la nueva propuesta de Anteproyecto de C. P. de 1983 se atempera el contenido del correspondiente precepto (art. 610) a la reserva de ley establecida por la Constitución, aunque sí se introducen modificaciones importantes —claramente impuestas por la regulación constitucional—, como la expresa prohibición para la Administración de imponer sanciones privativas de libertad, el principio «non bis in ídem» y la preferente competencia judicial sobre la vía administrativa, aunque confusamente establecidos estos últimos.

(49) Así se expresa la *Sentencia del Tribunal Constitucional* de 3 de octubre de 1983 («B. O. E.» 7 de noviembre de 1983).

de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones (50); y d) finalmente, la subordinación a la autoridad judicial».

En lo que se refiere a las exigencias de orden técnico-jurídico derivadas del principio de legalidad, la primera de ellas es la exigencia de tipificación de las infracciones. El principio de tipicidad, como concreción o consecuencia técnica del principio de legalidad exige la determinación clara, concreta y exhaustiva de la conducta y la determinación de la sanción a imponer (51). Esto supone la prohibición de normas punitivas de contenido indeterminado y excluye la utilización de la técnica de reenvío o remisiones a normas de rango inferior (salvo cuando la propia naturaleza de las cosas impone tal técnica) y la interpretación analógica para fundamentar una responsabilidad (52).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala 4.ª) ha tomado en cuenta estos criterios en recientes sentencias, como la del 23 de enero de 1981, al sostener que la exigencia de tipicidad requiere que «el acto o la omisión que se castiga se hallen claramente definidos como falta administrativa..., debiendo, por tanto, rechazarse la interpretación extensiva o analógica de la norma». Así, también, la Sentencia de 13 de octubre de 1981 considera que «el legítimo ejercicio de la potestad sancionadora presupone la existencia de una infracción concreta; que la conducta esté tipificada...» y continúa más adelante diciendo que «aun sin desconocer que la tipicidad de la infracción administrativa no se construye con la misma rigidez que la penal, sin embargo, ello no puede llegar a justificar el empleo de interpretaciones extensivas o analógicas...» (53). Por último, es sumamente interesante la declaración de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.ª) de 15 de julio de 1982: «... la Administración carece de competencia para ampliar por vía reglamentaria el ámbito normativo de una ley sancionadora...».

3.—Por otra parte, el párrafo 3.º del artículo 25 de la Constitución («La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad») supone, en primer lugar, una importante y necesaria limitación a la potestad sancionadora de la Administración ya que exige la intervención de un órgano judicial para la imposición de penas privativas de libertad. En un Es-

(50) Sobre este punto, cfr. las *Sentencias del Tribunal Constitucional* de: 8 de junio de 1981 (B.J.C. núm. 3, 1981); 1 de abril de 1982 (B.J.C., núm. 12, 1982); 12 de mayo de 1982 (B.J.C. núm. 14, 1982).

(51) Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Garantías constitucionales...*, cit., p. 201, que deducen la exigencia de taxatividad en la conformación legal de las infracciones administrativas de la idea de certeza jurídica, contenida a su juicio en el artículo 25,1 de la Constitución.

(52) En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal*, cit., pp. 58 y 61 y ss.; SERRANO ALBERCA, J. M.: *Comentario al artículo 25,1 de la Constitución*, cit., pp. 322-323.

(53) Vid. también en este sentido, las *Sentencias del Tribunal Supremo* (Sala 4.ª), de 14 de febrero de 1981; 4 de marzo de 1981; 30 de mayo de 1981 y 28 de diciembre de 1981.

tado de Derecho la privación de libertad de los ciudadanos sólo debe corresponder a los Tribunales de Justicia (54).

En definitiva, dicho artículo supone la imposibilidad, por un lado, de que la Administración dicte reglamentos en que se prevea tal sanción y, por otro, de que una ley autorice a la Administración para imponer sanciones privativas de libertad.

El artículo 25,3 ha de entenderse, en opinión de Cobo y Boix (55) como un «límite al proceso de administrativización de la potestad de castigar, que originariamente reside en los jueces y tribunales y cuyo ejercicio por otros órganos habrá de someterse a un control judicial inmediato y efectivo».

4.—El artículo 105 de la Constitución que también incide en la actividad sancionadora de la Administración declara: «La ley regulará: ... c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado».

Los actos administrativos que suponen la imposición de una sanción se forman a través de un procedimiento, fruto de la cada vez mayor «juridización del actuar administrativo» y a través del cual se persigue garantizar los derechos e intereses de los afectados y también la garantía del interés público (56). Justamente en salvaguardia de los derechos de los afectados por el procedimiento administrativo, el mencionado artículo de la Constitución garantiza «cuando proceda, la audiencia del interesado». La expresión subrayada parece querer introducir un elemento de cautela en esta materia, cautela que, a juicio de Garrido Falla (57) es acertada, ya que el principio de audiencia tiene sentido cuando se trata de decidir sobre derechos de los administrados (entre otros, el procedimiento sancionador, pero no puede ser, a juicio de este autor, una regla de inexcusable exigencia para dictar cualquier resolución administrativa.

En cualquier caso, la aplicación del principio de audiencia del interesado en el procedimiento sancionador viene impuesto, como ha declarado la jurisprudencia (Sentencia Sala 4.º del Tribunal Supremo, de 30 de mayo de 1981) «en virtud del principio general informador de toda la normativa procedimental de que nadie debe ser condenado sin ser oído, determinando la conversión de este requisito en esencial...». También la jurisprudencia ha puesto en conexión dicho principio de audiencia con el artículo 24 de la Constitución, diciendo que la omisión del trámite de la audiencia del interesado produce una «evidente indefensión del mismo, con infracción notoria del párrafo 1.º del artículo 24 de la Constitución que protege contra esta omisión en cual-

(54) GARRIDO FALLA, F.: *Comentario al artículo 25,3 de la Constitución*, en GARRIDO FALLA, F. y otros: *Comentarios a la Constitución*. Madrid, 1980, p. 330.

(55) *Garantías constitucionales...*, cit., p. 231. En el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES, T. S.: *Derecho Penal*, cit., p. 50.

(56) GARRIDO FALLA, F., *Comentario al artículo 105 apartado c) de la Constitución*, en GARRIDO FALLA, F. y otros: *Comentarios a la Constitución*, Madrid 1980, p. 1057.

(57) GARRIDO FALLA, F., *op. últ. cit.*, p. 1057.

quier procedimiento...» (Sentencia Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1981). Esta Sentencia pone de relieve la aplicación de las garantías reconocidas en el artículo 24 de la Constitución a los procedimientos sancionatorios de la Administración, aplicación también reconocida por el Tribunal Constitucional (58) y que nos parece muy acertada.

En nuestro país, la legislación general sobre procedimiento administrativo está constituida por la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, que apenas le dedica un pequeño capítulo al procedimiento sancionador, a nuestro juicio insuficiente.

5.—Por último, otro importante precepto constitucional en la materia que tratamos, es el artículo 106,1 de la Constitución, que alude al control judicial de la Administración con la siguiente fórmula: «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». De los diversos controles judiciales a que la Administración puede verse sometida según lo establecido en este artículo, el que mayor interés suscita a los efectos del presente comentario es, precisamente, el control judicial de las sanciones impuestas por órganos administrativos, aunque el resto sea también de indudable importancia.

La sujeción de la Administración (y demás poderes públicos) a la Constitución, proclamada en el artículo 9,1, es completada por el precepto que comentamos, al someter a control por parte de los Tribunales la actuación de la Administración y la subordinación de ésta a los fines que la justifican. Tal control se explica porque el principio de división de poderes suponía originariamente el monopolio de los jueces en la potestad represiva y punitiva y más tarde, por las razones aludidas en otro lugar, hubo una asignación de competencias sancionadoras a la Administración que necesita de un control por parte de quien originariamente gozaba de esa potestad.

Actualmente, en nuestro país y a pesar de la terminante declaración del artículo 117,3 de la Constitución («El ejercicio de la potestad jurisdiccional en *todo* tipo de procesos... corresponde *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales...») no podemos concluir que exista un monopolio judicial de la potestad punitiva, puesto que, en otros lugares de la Constitución se atribuye, o mejor dicho, se reconoce, una potestad sancionadora a la Administración (59).

En cualquier caso, el principio de exclusividad de la función jurisdiccional del artículo 117,3, impide considerar la potestad sancionatoria de la Administración como alternativa o cumulativa de la propia de los jueces (60). La conclusión podría ser, como dice Casabó (61),

(58) Vid. *Sentencias del Tribunal Constitucional* de: 8 de junio de 1981 (B. J. C. núm. 3, 1981); 1 de abril de 1982 (B. J. C. núm. 12, de 1982); 12 de mayo de 1982 (B. J. C. núm. 14, 1982); 3 de octubre de 1983 («B. O. E.» 7 noviembre 1983).

(59) Vid. en este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, cit., pp. 153 y ss.; CASABÓ RUIZ, J. R., *La capacidad...*, cit., p. 105.

(60) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, cit., p. 164.

(61) CASABÓ RUIZ, J. R., *La capacidad...*, cit., p. 293.

que el sistema adoptado por la Constitución es el de partir del principio de competencia judicial para la imposición de castigos, pero que de modo excepcional se reconoce la potestad sancionadora de la Administración. «La idea de restringir al máximo la capacidad sancionadora de la Administración, devolviendo a los jueces el poder que les corresponde la plenitud de la potestad jurisdiccional a que se refiere el artículo 117,3— se convierte en claro principio constitucional...» (62).

Esto también supone, como ya se ha puesto de relieve (63), que la actuación de la Administración en el terreno sancionatorio sólo puede legitimarse como una actuación subordinada y auxiliar a la judicial, subordinación, no sólo en lo relativo a posibilidad de revisión de sus actos, sino también en lo que respecta a las reglas de fondo por las que se rige aquélla. Este papel subordinado y la preferencia de actuación de la autoridad judicial ha sido reconocida y destacada en una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de gran interés que incluye entre sus fundamentos jurídicos, el siguiente: «La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial, exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control «a posteriori» por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellas (lo cual no ocurre ahora y que desde luego no parece estar impedido —en cuanto a las faltas— por el segundo párrafo del artículo 603 del Código penal); c) la necesidad de respetar la cosa juzgada (64).

En materia de revisión jurisdiccional de los actos de la Administración, sigue vigente la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, que ha sido afectada con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 de manera que, como ha señalado Garrido (65), determinados preceptos de esta ley han de ser modificados o han quedado derogados. En opinión de este autor, dicho artículo 106,1, en relación con el artículo 24 de la Constitución, viene a establecer una «cláusula general» de fiscalización judicial sin excepción posible, excepciones que, sin embargo, se prevén en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Después de la Constitución y en virtud de su artículo 24,1, debe tenerse la posibilidad de una «tutela efectiva» ante los Tribunales,

(62) CASABÓ RUIZ, J. R., *Ob. últ. cit.*, p. 294.

(63) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, R. D., *Curso...*, cit., p. 164; PRIETO SANCHÍS, L. *La jurisprudencia constitucional...*, cit., p. 117.

(64) *Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª)* de 3 de octubre de 1983 («B. O. E.» 7 de noviembre de 1983).

(65) GARRIDO FALLA, F., *Comentario al artículo 106 de la Constitución*, cit., p. 1067.

frente a decisiones sancionatorias de la Administración, que permita la posibilidad de un enjuiciamiento directo por parte del juez y con las debidas garantías procesales. Esto supone desterrar determinadas prácticas de la justicia administrativa e instaurar otras. En cuanto a esto último, sería necesario, como han señalado García de Enterría y Fernández (66), que el recurso contra la decisión sancionatoria tuviera carácter suspensivo, requisito básico cuando se trata de derechos reconocidos constitucionalmente como fundamentales, frente a los simples intereses gestores de la Administración. Además, el principio de la presunción de inocencia, establecido en el artículo 24,2 de la Constitución, ha de ser de inexcusable aplicación en el Derecho administrativo sancionador, como ha reconocido el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones (67). Esta presunción de inocencia supone que no se puede dar un desplazamiento en la carga de la prueba, como a menudo se produce, debido a la presunción de legalidad de los actos de la Administración (68).

Asimismo, ha de eliminarse la común práctica del «solve et repete» que supone una intolerable barrera económica para obtener esa «tutela efectiva» de los Tribunales de que habla el artículo 24,1 y que es por tanto totalmente inconstitucional (69). Igualmente rechazable es la utilización de la técnica de la «reformatio in pejus», así como la conculcación del principio «non bis in idem», prácticas todavía presentes en nuestro Derecho, aunque cada vez más rechazadas por los Tribunales y cuya eliminación hay que defender.

IV. NECESIDAD DE REGULAR LOS PODERES DE LA ADMINISTRACION. LA UTILIDAD DEL MODELO PORTUGUES

1.—Se puede decir que, hasta ahora, en nuestro país la Administración Pública ha gozado de un poder (sancionador y normativo) fuera de lo que es común en los países que asumieron el principio político de la división de poderes. Ciertamente, la prohibición establecida en el artículo 25 de la Constitución a la Administración Pública para la imposición de sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad, el traslado de la Administración Pública a la de Justicia, de la competencia para la persecución y castigo de los delitos monetarios y, fundamentalmente, los límites que la Constitución impone al Poder sancionador de la Administración Pública según la última doctrina del Tribunal Constitucional, son los primeros pasos de un camino que no se puede andar a ciegas.

(66) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, cit., p. 156.

(67) Vid. *Sentencias del Tribunal Supremo* de: 8 de junio de 1981 (B. J. C. núm. 3, junio 1981); 1 de abril de 1982 (B. J. C. núm. 12 1982); 12 de mayo de 1982 (B. J. C. núm. 14, junio 1982).

(68) Vid en este sentido, las *Sentencias del Tribunal Supremo* (Sala 4.ª) de 17 de febrero de 1981 y 30 de mayo de 1981.

(69) En este mismo sentido se pronuncian GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., p. 184. Vid también la interesante *Sentencia del Tribunal Supremo* (Sala 4.ª) de 9 de junio de 1981.

Pese a que penalistas y administrativistas han tomado conciencia de la situación y han esbozado caminos a seguir, la clase política española parece mostrarse insensible al problema. En este sentido consideramos especialmente oportuna la traducción de esta Ley de Contrordenaciones portuguesa en cuanto que servirá de ayuda inestimable para el conocimiento de la cuestión a la vista de la solución «ius comparantista». No tiene que extrañarnos que Portugal, cuya Constitución de los claveles influyó tan notablemente en nuestra Constitución de 1978, haya producido una norma jurídica que necesariamente ha de servirnos de modelo a la hora de regular el Poder sancionador de la Administración. En cualquier caso, los españoles debemos ser conscientes que los modelos que Francia y Alemania, fundamentalmente, nos han proporcionado hasta ahora, pueden dejar de ser punto de referencia en cuanto que las novedades más importantes en el campo jurídico pueden encontrarse sin dificultad en la creación propia de la comunidad iberoamericana a la que pertenecemos.

Nuestra pretensión consiste en decidir, a la vista del modelo portugués, el rigor con que ha de entenderse el principio de división de poderes y, por tanto, si la Administración debe de conservar algún poder normativo, jurisdiccional o sancionador. Toda esta materia debe ser objeto específico de una Ley de Contravenciones o de una Ley de Régimen jurídico de la Administración —sobre cuya urgencia no se parece tener conciencia clara en la clase política (70)— que deberá de pronunciarse claramente sobre un auténtico Derecho administrativo penal o un simple Derecho contravencional o de policía que trate de infracciones de escasa gravedad, si el procedimiento ha de ser común al que rige en la Justicia penal o debe de haber un procedimiento penal administrativo, si han de crearse instituciones como la compensación, el pago voluntario, la transacción, etc. Las fuentes de información sobre esta problemática y las posibles soluciones se encuentran en la propia bibliografía jurídica española, pero habrá que añadir no sólo el estudio general del Derecho comparado, sino específicamente el estudio de esta Ley de Contrordenaciones portuguesa que en estos momentos queremos aportar como modelo.

2.—Pecaríamos de ligereza y de falta de realismo si preconizáramos la supresión de todo poder sancionador de la Administración Pública, sin tratar de evitar las causas que consintieron que, tras la Revolución Francesa, aquélla se hiciera con tan fuertes resortes sancionadores. No podemos colocar a la Administración Pública en una situación de ine-

(70) Hasta el momento no se ha producido ninguna iniciativa legislativa en este sentido —que nosotros conozcamos—. Sólo existe una alusión, que por ahora no se sabe qué visos de realidad puede tener, a un Proyecto de Ley sobre la Potestad Sancionadora de la Administración en la disposición final 2.ª de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983, en el sentido de que el Gobierno se compromete a remitir dicho Proyecto en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor del nuevo Código penal. Pero con la larga marcha que lleva la reforma penal en nuestro país es difícil prever cuánto tiempo más habrá que esperar para que se haga realidad tal proyecto.

ficacia frente a tareas y sectores encomendados a su competencia y cuidado, ineficacia cuya trascendencia no puede soslayarse cuando se trata de ámbitos tales como sanidad, disciplina de mercado, prensa, turismo, navegación aérea, orden público, régimen local, comercio exterior, etc.

Pues bien, fórmulas para evitar que la Administración Pública quede desarmada en el cumplimiento de sus funciones dirigidas al bien común han sido aportadas por Parada: posibilidad de condenas sin proceso, posibilidad de enervar la acción penal mediante una solución conciliadora, presencia privilegiada de los funcionarios en el proceso penal, reconocimiento de valor probatorio a los documentos administrativos de constatación de infracciones, etc. Con estos correctivos se trata de conseguir que, en la práctica, las sanciones impuestas por la Administración funcionen con la misma eficacia, pero con la diferencia de que el administrado tiene siempre la posibilidad de acudir a los Tribunales de Justicia, siendo aplicable a todo el sistema sancionador los principios propios del Derecho penal como el de legalidad y retroactividad, culpabilidad, etc. (71).

En primer lugar, parece evidente que la Administración Pública debe tener ciertas prerrogativas en orden a la incoación de expedientes o iniciación de procedimientos sobre todo en materia de delitos económicos aunque luego fueran trasladados al juez ordinario para su conocimiento y fallo. Piénsese en la dificultad que entraña la persecución de los delitos relativos a control de cambios, contrabando de mercancías, comercio interior, crédito, financiación, etc., sin la colaboración de los funcionarios técnicos especializados de la Administración Pública. Téngase en cuenta además que actualmente en materia de delitos monetarios, de disciplina de mercado, de infracciones laborales y de delito fiscal, se producen ya estas prerrogativas en favor de la Administración Pública.

En segundo lugar, debe valorarse la posibilidad de otorgar un papel probatorio especial a los expedientes administrativos por la importancia que revisten a la hora de configurar un proceso criminal. El Ministerio Fiscal no representa en el proceso ninguna situación de privilegio para la Administración Pública, ya que aquél, más que defensor de los intereses del Estado, lo es de la sociedad, del interés general comunitario. La defensa del Estado, encomendada al Abogado del Estado, tampoco cumple con la eficaz defensa de la Administración, ya que carece de todo privilegio procesal. En este sentido reviste importancia realzar la posición de la Administración en el proceso, y, por apuntar instituciones ya ensayadas en otros países, podríamos recordar aquí la concesión de un especial valor probatorio a las pruebas aportadas por funcionarios. Un ejemplo nos lo proporciona el Código francés de Aduanas, estableciendo que el expediente redactado por un agente de Aduanas hace fe, salvo prueba en contrario, limitándose esta prueba a los documentos de fecha anterior a la indagación efectuada por el agente. Y si el expediente es redactado por dos agente hace fe, salvo

(71) CEREZO MIR, *Límites...*, cit., p. 169. Vid. también BAJO FERNÁNDEZ, M, *Derecho...*, cit., pp. 104 y ss.

prueba en contrario, de la sinceridad y exactitud de las confesiones y declaraciones que aportan, y hacen fe de las constataciones materiales que relatan, sin otra excepción que la falsedad.

Una prerrogativa procesal de esta clase aparece en nuestro Derecho positivo cuando se concede presunción de veracidad a ciertas actas levantadas por Inspectores de Trabajo. Ahora bien, tales prerrogativas resultan recusables mientras el poder sancionador lo ostenta, como es el caso, la Administración Pública. Si, por el contrario, como es el caso francés, en el que también se otorgan presunciones de veracidad a ciertas actuaciones de los Inspectores de Trabajo, el poder sancionador permanece en manos del Poder Judicial, tal prerrogativa procesal queda justificada en razón de la defensa de la función pública encomendada a la Administración.

Por último, debemos referirnos a la transacción penal como institución propia de las infracciones castigadas con multa. La transacción penal en sus diversas manifestaciones es una institución muy extendida que tiene en algunos países una honda raíz histórica (72). Su fundamento jurídico se cifra en el hecho de que la investigación judicial del delito y de la responsabilidad de su autor, resulta suéflua, en el caso concreto, en razón de la evidencia objetiva del hecho o del reconocimiento implícito o explícito de la responsabilidad del sujeto y, si se trata de infracciones leves, en el hecho de que la interposición de las garantías procesales no puede entenderse indispensable sólo para el interés público general cuando el interés privado no lo invoca en defensa de su propio derecho.

Las ventajas que se atribuyen a esta institución son, fundamentalmente, que implica un beneficio tanto para el infractor que evita la condena criminal, como para la Administración, que ve así, de modo rápido, compensado su daño; constituye una sanción moderada, pero eficaz por su rapidez y libera a los Tribunales de los casos baladíes, lo que juega en favor de la dignidad de la justicia penal, que puede dedicar más eficazmente sus esfuerzos a casos de mayor interés social.

Indudablemente es cierto que la transacción reviste una serie de peligros que deben ser conjurados mediante una regulación específica. Hay que evitar, por ejemplo, que, en la práctica, se esté obligando al presunto infractor a transigir, aunque se considere inocente, que marque diferencias en función de las disponibilidades económicas de cada individuo —ya que la transacción implica un acuerdo de pago en dinero— y que se utilice la transacción por parte del funcionario de modo arbitrario y en atención a consideraciones personales.

Estos peligros deben ser evitados estableciendo el carácter facultativo de la transacción para el infractor y su carácter obligatorio y reglado para la Administración, estableciendo un máximo en la cuantía

(72) N. T. Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho...*, cit., pp. 104 y ss.

pecuniaria objeto de transacción y ajustando la cuantía en función de las disponibilidades económicas del infractor.

3.—El Decreto Ley de Contravenciones portugués de 27 de octubre de 1982 constituye un instrumento inestimable para la futura reforma del poder sancionador de la Administración Pública en España. Las propuestas que hemos hecho en relación a la corrección de los defectos del poder sancionador de la Administración Pública en España coinciden en gran parte con las soluciones que el Decreto Ley de Contraordenaciones portugués ha consagrado normativamente.

Reviste especial interés el hecho de que en el Decreto Ley portugués el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal aparecen como normas supletorias para colmar las lagunas. Paralelamente se trasladan al Decreto Ley de Contraordenaciones los principios básicos del Derecho penal sustantivo liberal entre los que hay que destacar, sin duda alguna, el principio de legalidad (art. 2) la consagración del principio «non bis in idem» (arts. 16,3, 33 y ss. y concordantes), la regulación minuciosa de la culpabilidad, del error, de las formas imperfectas de ejecución y de la participación criminal (arts. 8 y ss.) y la determinación de la pena («Coima») en función de la culpabilidad del autor y de la situación económica del mismo, lo que conducirá necesariamente a conseguir una sanción proporcionada a los principios básicos que constituyen el fundamento de un derecho sancionador. En este sentido, la proporcionalidad de la sanción aparece como una de las preocupaciones más importantes del legislador portugués en los artículos 17 y siguientes.

Constituye también mérito en la norma portuguesa que comentamos, la regulación específica de la vigencia espacial y temporal de la Ley (arts. 3 a 6). Por lo que respecta a las penas, aparte de recoger el principio de proporcionalidad con una regulación minuciosa, previendo incluso el sistema de pago aplazado de la sanción (art. 88), hay que destacar también la determinación estudiada de las sanciones accesorias tales como el comiso (arts. 21 y ss.) y las medidas de seguridad como sanciones accesorias. La regulación del concurso de infracciones (arts. 19 y ss.), de la prescripción de la acción procesal y de las sanciones (arts. 27 y ss.) y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 7) constituye otra prueba de la regulación minuciosa que el Decreto Ley portugués hace de todas las cuestiones claves del Derecho administrativo sancionador.

En el aspecto procesal se toman en cuenta los principios vigentes en un Derecho procesal moderno relativo a la imposición de sanciones penales; se regulan, en defensa de todos los intereses que entran en juego dentro del campo propio del Derecho administrativo sancionador, instituciones tales como el derecho de audiencia del administrado, el derecho de defensa, los recursos administrativos, el principio de la cosa juzgada, la eliminación del principio «solve et repete» (art. 93,2) y la obligación de motivar las sentencias condenatorias, etc.

Pero, sin duda ninguna, el aspecto más interesante de la regulación del procedimiento sancionador lo constituye la exhaustiva regulación

del recurso del condenado ante los Tribunales de Justicia (arts. 59 y siguientes). El sometimiento del poder sancionador de la Administración al control de los Tribunales de Justicia coloca al Derecho administrativo sancionador portugués dentro de unos términos de Derecho sancionador moderno. Un eficaz control de la Administración de Justicia sobre las sanciones impuestas por la Administración entraña la defensa de los principios liberales que consagra nuestro ordenamiento jurídico, sin que tenga que implicar necesariamente una merma notable de las funciones que la comunidad encomienda a la propia Administración Pública. Ciertamente es preocupación constante de los gobernantes conseguir una regulación del poder sancionador de la Administración Pública que le permita o le facilite el cumplimiento de las tareas que le están encomendadas y cuya importancia no puede soslayarse. Pero esto no autoriza a convertir el poder sancionador de la Administración en un poder más parecido al sistema punitivo del Antiguo Régimen que a un sistema penal moderno. Una regulación del poder sancionador de la Administración con control del Poder judicial, teniendo en cuenta los intereses del administrado a la vez que la importancia de la labor encomendada a la Administración Pública, es un objetivo inexcusable de la futura reforma del Derecho administrativo sancionador. La Ley de Contraordenaciones portuguesa que estamos comentando, sin duda, hace un esfuerzo de realismo otorgando a la Administración ciertos mecanismos compensatorios de las limitaciones que la norma le impone.

Algunos de estos mecanismos podrán ser, sin duda, discutibles y discutidos, pero responden a la necesidad de no desarmar a la Administración Pública, a la que por otro lado se le encomiendan funciones de tutela sumamente importantes para la comunidad. Consideramos que el papel instructor que se concede a la Administración Pública implica, a nuestro juicio, un acierto como mecanismo compensatorio de la pérdida de poder sancionador por parte de la misma. Y constituye también un acierto que las facultades de iniciación del procedimiento y de instrucción del mismo sean trasladadas a las propias autoridades policiales como dispone el artículo 54 del Decreto Ley portugués. Tímidamente se consagra la posibilidad de la condena sin proceso al establecer el artículo 25 la posibilidad de decretar el comiso sin previo conocimiento o, incluso, sin condena.

Otras disposiciones nos parecen de valor más dudoso. El artículo 1 en su párrafo 2 parece admitir la posibilidad de una responsabilidad objetiva («la Ley determinará los casos en que una contraordenación pueda ser imputada independientemente del carácter reprochable del hecho»). A nuestro juicio la admisión de esta posibilidad constituye una puerta excesivamente amplia que puede llevar al traste con el esfuerzo del legislador por trasladar al ámbito sancionador de la Administración Pública los principios liberales de un Derecho penal moderno. Por otra parte, aunque el Decreto Ley portugués de contraordenaciones quiere responder a los principios liberales de un Derecho sancionador moderno, no puede evitar, en ocasiones, referirse a los prin-

principios de economía, celeridad y eficacia propios de la Administración Pública. Hay que reconocer que estos principios de economía, celeridad y eficacia no se consagran como básicos de la regulación del poder sancionador de la Administración, pero en algunas ocasiones necesariamente tiene la Ley que referirse a ellos por ser los principios que explican el funcionamiento de la Administración Pública (véase artículo 37, último párrafo).

Hay otras disposiciones que a nuestro juicio no merecen siquiera el mérito de la duda. En este sentido nos parece criticable que en el artículo 16 se haga una regulación distinta de la participación distinguiendo si se trata de delito o de simple contraordenación y, por otra parte, la regulación del error (arts. 8 y 9) nos parece especialmente confusa. No creemos que exista ninguna justificación para regular de forma distinta la participación según la índole de la infracción. Tampoco tiene explicación que el artículo 58 admita la «*reformatio in peius*», lo que constituye, a nuestro juicio, un atentado no admisible contra principios elementales del Derecho sancionador moderno. Tampoco merece alabanzas el excesivo margen de discrecionalidad otorgado a los jueces en la fijación de la cuantía de las multas, lo que implica un marco penal excesivamente amplio (véase art. 68,2).

DECRETO-LEY DE CONTRAVENCIONES PORTUGUES (*)

MINISTERIO DE JUSTICIA

Decreto-Ley núm. 433/82, de 27 de octubre

1.—Después de la publicación del Decreto-Ley núm. 411-A/79, de 1 de octubre, el régimen de las contraordenaciones (1), introducido por el Decreto-Ley núm. 232/79, de 24 de julio, quedó desprovisto de cualquier eficacia directa y propia

Las transformaciones entretanto operadas, tanto en el plano de la realidad político-social y económica como en el ordenamiento jurídico portugués, hicieron más urgente la necesidad de reafirmar la vigencia del derecho de «ordenación social», introduciendo, al mismo tiempo, algunas alteraciones.

Son conocidas las necesidades de índole político-criminal a que esta específica rama del Derecho procura dar respuesta. Por otra parte, fueron expuestas con cierto detenimiento en la Exposición de Motivos que precedía al Decreto-Ley número 232/79 en términos que conservan plenamente su pertinencia. En resumen, la aparición del «derecho de contraordenaciones» tuvo su origen en la tendencia crecientemente intervencionista del Estado contemporáneo, que va progresivamente extendiendo su acción conformadora a los dominios de la economía, la salud, la educación, la cultura, el equilibrio ecológico, etc. Tal característica, común a la generalidad de los Estados de las modernas sociedades tecnificadas, alcanza entre nosotros una particular intensidad debido a las profundas y conocidas transformaciones de los últimos años, de las que se hizo eco la Ley Fundamental de 1976. La necesidad de dar consistencia práctica a las prescripciones derivadas de este nuevo y creciente intervencionismo del Estado, convirtiéndolas en reglas efectivas de conducta, postula naturalmente el recurso a un cuadro específico de sanciones. Pero tal cosa no puede hacerse, como unánimemente reconocen los estudiosos más cualificados de las ciencias criminológicas y penales, extendiendo la intervención del Derecho penal, con la consiguiente o irreparable pérdida de su fuerza de persuasión y prevención, la imposibilidad de dedicar los recursos disponibles preferentemente a las tareas de prevención y represión de la criminalidad más grave. Y precisamente es ésta, la que de forma más drástica pone en cuestión la seguridad de los ciudadanos, la integridad de sus vidas y bienes y, de un modo general, su calidad de vida.

2.—En el mismo sentido, es decir, en la urgencia de conferir efectividad al derecho de «ordenación social», distinto y autónomo del Derecho penal, apuntan

(*) Traducción de BLANCA MENDOZA BUERGO y MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ.

(1) N. T. hemos preferido traducir el término portugués «contra-ordenação» como *contraordenación*, en lugar del más usual en castellano de «contravención», para evitar posibles equívocos; éstos surgirían debido a que en Derecho portugués «contravención» («contravenção») no es un ilícito administrativo, sino un ilícito penal equivalente, más o menos, a las faltas de nuestro Código penal. Por ello, hablar en este caso de la ley de contravenciones portuguesa podría llevar a confundirla con el «Código de contravenciones» portugués, que es una ley penal y no administrativa.

las transformaciones operadas o en vías de concretización en el ordenamiento jurídico portugués, comenzando por las transformaciones del cuadro jurídico-constitucional.

Por un lado, con la revisión constitucional aprobada por la Asamblea de la República, el derecho de contraordenaciones recibirá expreso reconocimiento constitucional (cf., v. g., los textos aprobados para los nuevos artículos 168, núm. 1, párrafo d) y 282, núm. 3). Por otro lado, el texto aprobado para el artículo 18, núm. 2 consagra expresamente el principio en virtud del cual la doctrina penal viene sustentando el principio de subsidiariedad del Derecho penal. Según éste, el Derecho penal debe ser utilizado sólo como la «última ratio» de la política criminal, destinado a castigar las ofensas intolerables a los valores o intereses fundamentales para la convivencia humana, no siendo lícito recurrir a él para sancionar infracciones de entidad penal no demostrada.

También el nuevo Código penal, al optar por una equilibrada política de despenalización deja abierto un vasto campo al derecho de ordenación social en aquellas áreas en que las conductas, a pesar de ser socialmente intolerables, no alcanzan entidad penal.

Pero son, sobre todo, las necesarias reformas en campos como las prácticas restrictivas de la competencia, las infracciones contra la economía nacional y el medio ambiente, así como la protección de los consumidores, las que convierten el régimen de las contraordenaciones en verdaderamente imprescindible.

Sólo éste, efectivamente, hará viable una política criminal racional, permitiendo diferenciar entre los tipos de infracciones y los respectivos repertorios de sanciones.

3.—Para lograr estos objetivos hacía falta introducir algunas modificaciones en el régimen general de las contraordenaciones. Se trataba, fundamentalmente, de colmar una importante laguna, estableciendo las normas necesarias para la reglamentación sustantiva y procesal del concurso entre delito y contraordenación, así como las contingencias procesales impuestas por el cambio de calificación en el curso del proceso de una infracción como delito o como contraordenación.

Además de esto y de las alteraciones introducidas en cuanto a las autoridades competentes para aplicar en primera instancia las multas (2) (retirando tal competencia a los secretarios de las cámaras municipales), se mantiene inalterada, en lo esencial, la ley de contraordenaciones. A pesar de tratarse de un «diploma de enquadramento» (2 bis), se manifiesta la voluntad de caminar progresivamente en el sentido de construir efectivamente un ilícito de mera ordenación social.

Se mantiene, igualmente, la fidelidad a la idea de fondo que preside la distinción entre delito y contraordenación. Una distinción que no olvida que aquellas dos categorías de ilícito tienden a separarse, ya por la naturaleza de los respectivos bienes jurídicos, ya por la desigual resonancia ética. Pero una distin-

(2) N. T. En Derecho administrativo portugués, la sanción pecuniaria específica de esta rama del ordenamiento recibe el nombre de «coima», diferente de la palabra «multa» prevista como sanción penal; diferencia análoga a la existente en Derecho alemán entre «Geldbusse» y «Geldstrafe». En nuestro Derecho, en cambio, no contamos con dos vocablos diferentes, por lo que nos hemos visto obligados a traducir «coima» por multa, dejando claro aquí que se trata de una multa administrativa.

(2 bis). N. T. Equivale aproximadamente a «ley-marco». Pero al no ser ésta la traducción exacta, hemos preferido conservar la expresión original en portugués.

ción que tendrá que ser, en última instancia, jurídico-pragmática y, por ello, también necesariamente formal.

Así, haciendo uso de la facultad conferida por la ley núm. 24/82, de 23 de agosto, el Gobierno decreta, en los términos del párrafo b) del núm. 1 del artículo 201 de la Constitución, lo siguiente:

PARTE I

La contraordenación y la multa en general

CAPITULO I

Ambito de vigencia

Artículo 1.—Definición.

1. Constituye contraordenación todo hecho ilícito y reprochable que cumpla un tipo legal en el que se prevea una multa.

2. La ley determinará los casos en que una contraordenación puede ser imputada independientemente del carácter reprochable del hecho.

Artículo 2.—Principio de legalidad.

Sólo será castigado como contraordenación el hecho descrito y sancionado con una multa por ley anterior al momento de su perpetración.

Artículo 3.—Vigencia temporal.

1. La multa se determina por la ley vigente en el momento de ejecución del hecho o del cumplimiento de los presupuestos de que depende.

2. Si la ley vigente en el momento de la ejecución del hecho fuera posteriormente modificada, se aplicará la ley más favorable al acusado, salvo si ya fuese firme la decisión de la autoridad administrativa o de un tribunal.

3. Lo dispuesto en el número anterior no se aplica a las leyes temporales, a no ser que éstas determinaran lo contrario.

4. El régimen previsto en los números anteriores se aplica, con las debidas adaptaciones, a los efectos de las contravenciones.

Artículo 4.—Vigencia espacial.

La presente ley es aplicable:

a) A hechos ejecutados en territorio portugués, sea cual fuere la nacionalidad del sujeto;

b) A hechos practicados a bordo de navíos o aeronaves portuguesas, salvo convenio internacional en contrario.

Artículo 5.—Momento de comisión del hecho.

El hecho se considera ejecutado en el momento en que el sujeto actúe o, en caso de omisión, cuando debiera haber actuado, independientemente del momento en que el resultado típico se haya producido.

Artículo 6.—Lugar de comisión del hecho.

El hecho se considera ejecutado en el lugar en que, total o parcialmente y bajo cualquier forma de participación (3), actúe el sujeto o, en caso de omisión,

(3) N. T. Utilizamos aquí la palabra «participación» en su acepción vulgar y no con el significado técnico-jurídico que tiene en nuestro Código penal. La palabra utilizada en el texto portugués es «complicação», que se refiere a cualquier forma de intervención en la infracción y no a lo que en Derecho penal español llamamos «participación» en el hecho punible. De aquí en adelante siempre que aparezca la palabra «participación», deberá ser entendida en el sentido vulgar del término.

debiera haber actuado, así como en aquél en el que el resultado típico se haya producido.

CAPITULO II

La contraordenación

Artículo 7.—La responsabilidad de las personas jurídicas o asimiladas.

1. Las multas pueden aplicarse tanto a personas físicas como a personas jurídicas, así como a asociaciones sin personalidad jurídica.

2. Las personas jurídicas o asimiladas serán responsables por las contraordenaciones cometidas por sus órganos en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 8.—Dolo e imprudencia.

1. Sólo es punible el hecho ejecutado con dolo o, en los casos especialmente previstos por la ley, por imprudencia.

2. El error sobre elementos del tipo, sobre la prohibición, o sobre aquellas circunstancias que, de existir, afectarían a la ilicitud del hecho o a la culpabilidad del sujeto, excluye el dolo.

3. Queda a salvo la punibilidad de la imprudencia en los términos generales.

Artículo 9.—Error sobre la ilicitud.

1. Obra sin culpabilidad quien actúa sin conciencia de la ilicitud del hecho, si el error fuera invencible.

2. Si el error fuera vencible, la multa podrá ser atenuada.

Artículo 10.—Inimputabilidad por razón de la edad.

A los efectos de esta ley, se consideran inimputables los menores de dieciséis años.

Artículo 11.—Inimputabilidad por razón de anomalía psíquica.

1. Es inimputable quien, debido a una anomalía psíquica, es incapaz, en el momento de realizar el hecho, de apreciar su ilicitud o de conducirse de acuerdo con esa apreciación.

2. Puede ser declarado inimputable quien, debido a una anomalía psíquica grave no accidental, cuyos efectos no domina y sin que ello le fuera reprochable, tiene en el momento de la ejecución del hecho sensiblemente disminuida la capacidad para apreciar la ilicitud de éste o para conducirse de acuerdo con esa apreciación.

3. La imputabilidad no se excluye cuando la anomalía psíquica hubiera sido provocada por el propio sujeto con intención de cometer el hecho.

Artículo 12.—Tentativa.

1. Hay tentativa cuando el sujeto realiza actos ejecutivos de una contraordenación que ha decidido cometer sin que ésta llegue a consumarse.

2. Son actos de ejecución:

a) Los que constituyan un elemento integrante de un tipo de contraordenación;

b) Los que sean idóneos para producir el resultado típico;

c) Los que, según la experiencia común y salvo circunstancias imprevisibles, sean de tal naturaleza que resulte previsible que de ellos se deriven actos de los indicados en los párrafos anteriores.

Artículo 13.—Punibilidad de la tentativa.

La tentativa sólo puede ser castigada cuando expresamente lo determine la ley.

Artículo 14.—Desistimiento.

1. La tentativa no es punible cuando el sujeto voluntariamente desiste de proseguir la ejecución de la contraordenación o impide la consumación o, no obstante la consumación, impide la verificación del resultado no incluido en el tipo de la contraordenación.

2. Cuando la consumación o la verificación del resultado sean impedidas por un hecho independiente de la conducta del que desiste, la tentativa no será punible, si éste se esfuerza por evitar una u otra.

Artículo 15.—Desistimiento en caso de participación.

En caso de participación, no es punible la tentativa del que voluntariamente impide la consumación o la verificación del resultado, ni del que se esfuerza seriamente en impedir una u otra, aunque los partícipes prosigan en la ejecución de la contraordenación o la consumen.

Artículo 16.—Participación (4).

1. Si varios sujetos participan en el hecho, cualquiera de ellos incurre en responsabilidad por contraordenación aun cuando la ilicitud o el grado de ilicitud del hecho dependan de ciertas cualidades o relaciones especiales del agente y éstas sólo se den en uno de los partícipes.

2. Cada partícipe será castigado según su propia culpabilidad, independientemente de la punición o del grado de culpabilidad de los otros partícipes.

3. Si la ley determina que un hecho en principio calificado como contraordenación debe ser considerado como delito debido a ciertas cualidades o relaciones especiales del agente, sólo se aplicará la ley penal al partícipe o partícipes que posean esas cualidades o relaciones especiales.

CAPITULO III

La multa y las sanciones accesorias

Artículo 17.—Cuantía de la multa.

1. La cuantía mínima de la multa será de 200 escudos y la máxima de 200.000, si no resultara lo contrario de la ley.

2. Si la ley, en lo relativo a la cuantía máxima, no distinguiera el comportamiento doloso del imprudente, éste sólo podrá ser sancionado hasta la mitad de la cuantía máxima de la multa prevista.

3. Las multas aplicadas a las personas jurídicas podrán elevarse hasta las cuantías máximas de:

a) 3.000.000 de escudos en caso de dolo.

b) 1.500.000 escudos en caso de imprudencia.

Artículo 18.—Determinación de la multa.

1. La determinación de la multa se hará en función de la gravedad de la contraordenación, de la culpabilidad y de la situación económica del sujeto.

2. Sin perjuicio de los límites máximos fijados en el artículo anterior, la

(4) N. T. Véase nota 3.

multa deberá exceder del beneficio económico que el sujeto obtuvo con la comisión de la contraordenación, siempre que ello sea posible.

Artículo 19.—Concurso de contraordenaciones.

1. Cuando el mismo hecho infringiera varias leyes que lo castigan como contraordenación, o una de ellas varias veces, se aplicará una única multa.

2. Cuando fueran infringidas varias leyes, se aplicará la ley que imponga la multa más elevada, pudiendo, además, ser aplicadas las sanciones accesorias previstas en la otra ley.

Artículo 20.—Concurso de infracciones.

Cuando el mismo hecho constituyera simultáneamente delito y contraordenación, el sujeto será siempre castigado por el delito, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones accesorias previstas para la contraordenación.

Artículo 21.—Sanciones accesorias.

1. En los casos en que la ley lo determine podrá imponerse como sanción accesoria de una contraordenación el comiso de los objetos.

2. El comiso sólo será permitido cuando:

a) En el momento de la decisión, los objetos pertenezcan al sujeto;
b) Representen un peligro para la comunidad o para la práctica de un delito o de otra contraordenación;

c) Habiendo sido enajenados o transmitidos a título oneroso a tercero, éste conociese o debiera razonablemente conocer las circunstancias determinantes de la posibilidad de su comiso.

3) Simultáneamente con la multa, la ley podrá también determinar, entre otras, las siguientes sanciones accesorias:

a) Inhabilitación para ejercer una profesión o una actividad;
b) Privación del derecho al subsidio otorgado por entidades o servicios públicos;
c) Privación del derecho a participar en ferias o mercados.

4. Las sanciones referidas en el número anterior tendrán una duración máxima de dos años, contados a partir de la decisión condenatoria definitiva.

5. La ley podrá además determinar los casos en que deba darse publicidad al castigo por contraordenación.

Artículo 22.—Principio de subsidiariedad del comiso.

1. No habrá lugar al comiso fuera de los casos previstos en el párrafo b) del número 2 del artículo anterior cuando sea manifiestamente desproporcionado a la gravedad de la contraordenación y a la culpabilidad del agente o del tercero.

2. El comiso será suspendido siempre que sus finalidades puedan ser debidamente conseguidas a través de medidas menos gravosas para las personas afectadas.

3. Cuando fuera posible, el comiso se limitará a una parte de los objetos.

Artículo 23.—Comiso del valor equivalente.

1. Cuando el sujeto frustre dolosamente, por cualquier medio, el comiso del objeto que le pertenecía en el momento de la realización del hecho, puede ser ordenado el pago de una cantidad en dinero nunca superior al valor del objeto.

2. Lo dispuesto en el número anterior se aplicará respectivamente cuando el sujeto haya imposibilitado parcialmente el comiso.

3. Se aplicará el mismo régimen a los casos en que el comiso haya devenido

total o parcialmente impracticable después de que éste haya sido decidido.

Artículo 24.—Efectos del comiso.

1. La firmeza de la decisión de comiso determina la transmisión de la propiedad al Estado o a la entidad pública que la ley determine.

2. Serán nulos los negocios jurídicos de enajenación de los objetos posteriores a la firmeza de la decisión de comiso.

Artículo 25.—Comiso sin multa.

1. Si, por cualquier motivo, no pudiera procederse contra una persona o no pudiera aplicársele una multa, se podrá ordenar el comiso de los objetos o del valor equivalente si se verifican los presupuestos de comiso total o parcial.

2. Lo dispuesto en el número anterior se aplicará también en los casos en que la autoridad competente para el procedimiento desista de él o el juez mande archivar la causa.

Artículo 26.—Indemnización.

1. Cuando el comiso referido en el párrafo b) del número 2 del artículo 21 recaiga sobre objetos pertenecientes a un tercero, éste tendrá derecho a una indemnización según las normas de la ley civil, salvo si los hubiese adquirido de mala fe.

2. La obligación de indemnización compete al Estado o a la entidad pública a la cual haya sido transmitida la propiedad de los objetos decomisados.

CAPITULO IV.

Prescripción

Artículo 27.—Prescripción del procedimiento.

1. El procedimiento por contraordenación se extingue por efecto de la prescripción una vez que desde la realización de la contraordenación hayan transcurrido los siguientes plazos:

a) dos años, cuando se trate de contraordenaciones a las que sea aplicable una multa superior a 100.000 escudos;

b) un año, en los restantes casos.

Artículo 28.—Interrupción de la prescripción.

1. La prescripción del procedimiento por contraordenación se interrumpe:

a) con la comunicación al acusado de las resoluciones, las decisiones o medidas que contra él se hayan tomado, o con cualquier notificación;

b) con la realización de cualesquiera diligencias de prueba, en especial interrogatorios y registros, o con la petición de auxilio a las autoridades policiales o a cualquier autoridad administrativa;

c) con cualesquiera declaraciones que el acusado haya proferido en el ejercicio del derecho de audiencia.

2. En los casos de concurso de infracciones, la interrupción de la prescripción del procedimiento criminal determina la interrupción de la prescripción del procedimiento por contraordenación.

Artículo 29.—Prescripción de la multa.

1. Las multas prescriben en los plazos siguientes:

a) cuatro años en el caso de una multa superior a 100.000 escudos;

b) tres años en los restantes casos.

2. El plazo se contará a partir de la firmeza de la decisión condenatoria.
 Artículo 30.—Suspensión de la prescripción de la multa.

La prescripción de la multa se suspende durante el tiempo en que:

a) por imperativo legal la ejecución no pueda comenzar o no pueda seguir realizándose;

b) la ejecución fuera interrumpida;

c) fueran concedidas facilidades de pago.

Artículo 31.—Prescripción de las sanciones accesorias.

Se aplicará a las sanciones accesorias el régimen previsto en los artículos anteriores para la prescripción de la multa.

CAPITULO V

El Derecho supletorio

Artículo 32.—Derecho supletorio.

En todo lo que no fuere contrario a la presente ley, se aplicarán subsidiariamente las normas del Código penal en lo que respecta a la fijación del régimen sustantivo de las contraordenaciones.

PARTE II

El procedimiento de contraordenación

CAPITULO I

La competencia

Artículo 33.—Principio de competencia de las autoridades administrativas.

El procedimiento de contraordenación y la aplicación de las multas competen a las autoridades administrativas, exceptuando las particularidades previstas en el presente decreto-ley.

Artículo 34.—Competencia por razón de la materia.

1. La competencia por razón de la materia pertenecerá a las autoridades determinadas por la ley que prevé y sanciona las contraordenaciones.

2. Si la ley no dispusiese nada al respecto, serán competentes los servicios designados por el miembro del Gobierno responsable de la tutela de los intereses que la contraordenación se proponga defender o promover.

Artículo 35.—Competencia territorial.

1.—Es territorialmente competente la autoridad administrativa municipal en cuya circunscripción:

a) fuera realizada o descubierta la infracción;

b) el acusado tuviera su residencia al tiempo del inicio o durante cualquier fase del proceso.

2. Si la infracción fuera cometida a bordo de navío o avión portugués, fuera del ámbito de eficacia espacial de esta ley, será competente la autoridad en cuya

circunscripción esté situado el puerto o aeropuerto en el que por primera vez se hiciese escala después de cometerse la infracción.

Artículo 36.—Competencia por conexión.

1.—En caso de concurso de contraordenaciones será competente la autoridad a quien corresponda conocer de cualquiera de las contraordenaciones, según los preceptos anteriores.

2. Lo dispuesto en el número anterior se aplicará también a los casos en que por un mismo hecho pueda imponerse una multa a varias personas.

Artículo 37.—Conflictos de competencia.

1. Si de las disposiciones anteriores resultara la competencia de varias autoridades, el conflicto será resuelto a favor de aquella que, por orden de prioridades:

a) primero hubiera tomado declaración al acusado por la comisión de la contraordenación;

b) primero hubiera requerido su declaración por las autoridades policiales;

c) primero hubiera recibido de las autoridades policiales los autos en que conste la declaración del acusado.

2. Las autoridades competentes, sin embargo, podrán acordar atribuir la competencia a una autoridad distinta de la que resultaría de la aplicación del número 1, por razones de economía, celeridad o eficacia procesales.

Artículo 38.—Competencia del Ministerio Público y de las entidades competentes para la instrucción criminal.

1. Cuando se produzca concurso de delito y contraordenación, o cuando, por el mismo hecho, una persona deba responder a título de delito y otra a título de contraordenación, el procesamiento por contraordenación corresponderá a la autoridad competente para la instrucción criminal.

2. Cuando se verificaran los presupuestos del número anterior y así lo justificaran razones de economía procesal o relativas a la prueba, la autoridad competente para la instrucción del proceso penal podrá reclamar para sí la competencia en el proceso por contraordenación si aún no hubiera habido lugar a la aplicación de la multa.

3. Cuando, en los casos previstos en los números 1 y 2, el Ministerio Público archive la causa penal pero entienda que subsiste la responsabilidad por la contraordenación, remitirá el proceso a la autoridad administrativa competente.

4. La decisión del Ministerio Público sobre si un hecho debe ser perseguido o no como delito, vincula a las autoridades administrativas.

Artículo 39.—Competencia del tribunal.

En los casos referidos en los números 1 y 2 del círculo anterior, la aplicación de la multa corresponderá al juez competente para el enjuiciamiento del delito.

Artículo 40.—Remisión de la causa al Ministerio Público.

1. La autoridad administrativa competente remitirá la causa al Ministerio Público siempre que considere que la infracción constituye un delito.

2. Si el Ministerio Público considera que no ha lugar a responsabilidad penal, devolverá la causa a la misma autoridad.

CAPITULO II

Principios y disposiciones generales

Artículo 41.—Derecho supletorio.

1. Siempre que no resulte lo contrario de esta disposición, serán aplicables, debidamente adaptados, los preceptos reguladores del procedimiento criminal.

2. Siempre que no resulte lo contrario de esta ley, en el proceso de aplicación de la multa, las autoridades administrativas competentes gozan de los mismos derechos y están sometidos a los mismos deberes que los órganos competentes para la instrucción criminal.

Artículo 42.—Medidas cautelares.

1. No está permitida la prisión preventiva, la intervención en la correspondencia o en los medios de comunicación ni la utilización de pruebas que impliquen la violación del secreto profesional.

2. Las pruebas que colisionen con el Derecho a la intimidad, así como los exámenes corporales y las pruebas de sangre, sólo serán admisibles si media el consentimiento del titular del derecho.

Artículo 43.—Principio de legalidad.

El proceso de contraordenación obedecerá al principio de legalidad.

Artículo 44.—Testigos.

A los testigos no se les hará prestar juramento.

Artículo 45.—Examen de los autos.

1. Si la causa corresponde a las autoridades competentes para la instrucción criminal, las autoridades administrativas normalmente competentes, podrán examinar los autos, así como los objetos decomisados.

2. Los autos serán remitidos a las autoridades administrativas para su examen cuando así lo soliciten.

Artículo 46.—Comunicación de resoluciones.

1. Todas las decisiones, resoluciones (5) y demás medidas tomadas por las autoridades administrativas serán comunicadas a las personas a las que se dirigen.

2. Tratándose de una medida que admita impugnación sujeta a plazo, la comunicación revestirá la forma de notificación, que deberá contener las aclaraciones necesarias sobre admisibilidad, plazo y forma de impugnación.

Artículo 47.—La notificación.

1. La notificación será dirigida al acusado y comunicada a su representante legal, si lo hubiere.

2. La notificación será dirigida al defensor elegido cuyo poder conste en el proceso, o al defensor nombrado.

3. En el caso referido en el número anterior, el acusado será informado a través de una copia de la decisión o de la resolución.

4. Si la notificación tuviera que ser hecha a varias personas, el plazo de impugnación sólo comienza a correr después de notificada la última persona.

(5) N. T. En portugués «despacho». Utilizamos «resolución» en su sentido más amplio y no en el específico, que no siempre coincide con el término portugués «despacho».

CAPITULO III

La aplicación de la multa por las autoridades administrativas

Artículo 48.—La policía y los agentes de fiscalización.

1. Las autoridades policiales y fiscalizadoras deberán encargarse de todos los hechos o circunstancias susceptibles de implicar responsabilidad por contraordenación y tomar las medidas necesarias para impedir la desaparición de pruebas.

2. En la medida en que no resulte lo contrario de esta ley, las autoridades policiales tienen derechos y deberes equivalentes a los que tienen en materia penal.

3. Las autoridades policiales y los agentes de fiscalización remitirán inmediatamente a las autoridades administrativas el informe y las pruebas recogidas.

Artículo 49.—Identificación por las autoridades administrativas y policiales.

1. Las autoridades administrativas competentes y las autoridades policiales pueden exigir al autor de una contraordenación la respectiva identificación.

2. Si ésta no fuera posible inmediatamente, en caso de flagrante delito las autoridades policiales pueden detener al individuo durante el tiempo necesario para su identificación.

3. Esta debe verificarse en el espacio más breve de tiempo, no pudiendo exceder nunca la detención de 24 horas.

Artículo 50.—Derecho de audiencia del acusado.

No será permitida la aplicación de una multa sin antes haber asegurado al acusado la posibilidad de pronunciarse sobre el caso.

Artículo 51.—Procedimiento de amonestación.

1. En caso de contraordenación leve las autoridades administrativas competentes podrán decidir imponer una amonestación acompañada de la exigencia del pago de una suma pecuniaria nunca superior a 500 escudos.

2. Este procedimiento sólo tendrá lugar cuando el acusado, informado del derecho a impugnarlo, se conformara con él y se dispusiera a pagar la respectiva suma pecuniaria inmediatamente o en el plazo de cinco días.

3. En los casos referidos en los números 1 y 2 el hecho no puede volver a ser apreciado y sancionado como contraordenación.

Artículo 52.—Deberes de los testigos y peritos.

1. Los testigos y los peritos están obligados a obedecer a las autoridades administrativas cuando les fuera solicitado comparecer y a pronunciarse sobre la materia del procedimiento.

2. En caso de negativa injustificada, las autoridades administrativas podrán aplicar sanciones pecuniarias de hasta 10.000 escudos y exigir la reparación de los daños causados con su negativa.

Artículo 53.—El defensor.

1. El acusado de la práctica de una contraordenación tiene el derecho de hacerse acompañar por un abogado, escogido en cualquier fase del procedimiento.

2. Las autoridades administrativas nombrarán defensor de oficio siempre que la inactividad del acusado o la gravedad de la infracción y de la sanción lo justifiquen.

Artículo 54.—De la iniciación y la instrucción.

1. El procedimiento se iniciará de oficio, mediante comunicación de las autoridades policiales o fiscalizadoras o también mediante denuncia particular.

2. La autoridad administrativa procederá a su investigación e instrucción, concluida la cual archivará el sumario o aplicará una multa.

3. Las autoridades administrativas podrán confiar la investigación e instrucción, en todo o en parte, a las autoridades policiales, así como solicitar el auxilio de otras autoridades o servicios públicos.

Artículo 55.—Impugnación de las medidas de las autoridades administrativas.

1. Las decisiones, resoluciones y demás medidas tomadas por las autoridades administrativas en el curso del procedimiento, son susceptibles de impugnación judicial por parte del acusado o de la persona contra la cual se dirigen.

2. Lo dispuesto en el número anterior no se aplica a las medidas que se destinen sólo a preparar la decisión final de archivo o la aplicación de la multa y que no colisionen con los derechos o intereses de las personas.

3. Para decidir sobre el recurso es competente el tribunal previsto en el artículo 61, que decidirá en última instancia.

Artículo 56.—Procedimiento realizado por las autoridades competentes para la instrucción criminal.

1. Cuando el procedimiento sea llevado a cabo por las autoridades competentes para la instrucción criminal, las autoridades administrativas están obligadas a prestarles toda la colaboración asistiéndoles, en general, los derechos y deberes de las autoridades policiales en relación con el proceso penal.

2. Siempre que la acusación se refiera a una contraordenación, ésta será igualmente comunicada a las autoridades.

3. Las mismas autoridades serán oídas por el Ministerio Público si éste archivara la causa.

Artículo 57.—Extensión de la acusación a la contraordenación.

Cuando en los casos previstos en el artículo 38, el Ministerio Público acusara por delito, la acusación comprenderá también a la contraordenación.

Artículo 58.—Decisión de aplicación de la multa.

1. La decisión que aplica la multa debe contener:

- a) la identificación de los acusados y de los eventuales partícipes;
- b) la descripción del hecho imputado y de las pruebas obtenidas, así como la indicación de las normas según las cuales se castiga;
- c) la multa y las sanciones accesorias.

2. En la decisión debe además constar que:

a) la condena adquiere firmeza y se hace ejecutiva si no fuese judicialmente impugnada en los términos del artículo 59;

b) en caso de impugnación judicial, el tribunal puede decidir en juicio oral o, en caso de que el acusado y el Ministerio Público no se opongan, mediante simple resolución;

c) no tiene vigor la prohibición de la «reformatio in peius».

3. La decisión contendrá además:

a) el orden de pago de la multa en el plazo máximo de dos semanas, después de adquirir firmeza;

b) la indicación de que en caso de imposibilidad de pago en plazo debe comunicar el hecho por escrito a la autoridad que aplicó la multa.

CAPITULO IV

Recurso y proceso judiciales

Artículo 59.—Forma y plazo.

1. La decisión de la autoridad administrativa que aplica una multa es susceptible de impugnación judicial.

2. La impugnación podrá ser interpuesta por el acusado o por su defensor.

3. El recurso se hará por escrito y se presentará a la autoridad administrativa que aplicó la multa, en el plazo de cinco días después de su conocimiento por el acusado, debiendo constar las alegaciones sumarias y las conclusiones.

Artículo 60.—Renuncia al recurso.

En cualquier momento, durante el plazo previsto en el artículo anterior, los recurrentes podrán renunciar al recurso.

Artículo 61.—Tribunal competente.

1. Es competente para conocer del recurso el juez de primera instancia en cuya área tenga su sede la autoridad que aplicó la multa.

2. El juez decide singularmente.

Artículo 62.—Remisión de los autos al Ministerio Público.

1. Recibido el recurso, y en el plazo de 48 horas, la autoridad administrativa debe enviar los autos al Ministerio Público, que los presentará al juez, valiendo este acto como acusación.

2. Hasta el envío de los autos, la autoridad administrativa puede revocar la decisión de aplicación de la multa.

Artículo 63.—No aceptación del recurso.

1. El juez rechazará, por medio de resolución, el recurso hecho fuera de plazo o sin respetar las exigencias de forma.

2. Contra esta resolución cabe recurso, que se eleva inmediatamente.

Artículo 64.—Decisión por resolución judicial.

1. El juez decidirá sobre el caso mediante juicio oral o a través de simple resolución.

2. El juez decidirá por resolución cuando no considere necesario el juicio oral y el acusado o el Ministerio Público no se opongan a ello.

3. La resolución puede ordenar el archivo de la causa, absolver al acusado o mantener o alterar la condena.

4. En caso de mantenimiento o alteración de la condena, el juez deberá fundamentar sumariamente su decisión, tanto en lo que concierne a los hechos como al derecho aplicado y a las circunstancias que determinaron la medida de la sanción.

5. En caso de absolución, el juez deberá indicar por qué no considera probados los hechos o por qué no constituyen una contraordenación.

Artículo 65.—Señalamiento del juicio.

1. Al aceptar el recurso y fuera de los casos referidos en el artículo anterior, el juez señalará el juicio.

2. En cualquier momento y hasta la comunicación de la decisión judicial al acusado, el Ministerio Público podrá retirar la acusación con el acuerdo del acusado.

Artículo 66.—Derecho aplicable.

Salvo disposición en contrario de esta norma, el juicio en primera instancia obedecerá a las normas del Código de Procedimiento Penal (6) relativas al proceso de faltas leves, no habiendo lugar, sin embargo, a la presentación de la prueba por escrito.

Artículo 67.—Participación del acusado en el juicio.

1. El acusado no está obligado a comparecer en el juicio, salvo si el juez considera necesaria su presencia para el esclarecimiento de los hechos.

2. En los casos en que el juez no ordenase la presencia del acusado, éste podrá hacerse representar por un abogado con un poder escrito.

3. El tribunal puede solicitar la audiencia del acusado por otro tribunal, debiendo ser comunicada la realización de esta diligencia al Ministerio Público y al defensor y siendo el respectivo auto leído en el juicio.

Artículo 68.—Ausencia del acusado.

1. En los casos en que la presencia del acusado no fuera ordenada por el tribunal y éste no compareciera ni se hiciera representar por un abogado, se tomarán en cuenta sus declaraciones que hayan sido obtenidas en el sumario o se registrará que nunca se pronunció sobre la materia de los autos, no obstante haberle sido concedida la oportunidad para hacerlo, y se juzgará.

2. Si el acusado, cuya presencia fuera ordenada, no comparece ni justifica su ausencia, el juez podrá:

- a) rechazar el recurso, si no se opone a ello el Ministerio Público;
- b) decidir en los términos previstos en el número anterior;
- c) aplicar al acusado una sanción pecuniaria nunca inferior a 200 escudos ni superior a 30.000 escudos.

3. Las decisiones del juez referidas en los números 1 y 2 no admiten recurso.

Artículo 69.—Participación del Ministerio Público.

1. El Ministerio Público no está obligado a estar presente en el juicio oral.

2. Si el juez considerase conveniente la presencia del Ministerio Público, deberá comunicarlo.

3. Si el Ministerio Público no toma parte en el juicio, no será necesario su consentimiento para la retirada del recurso en los términos del artículo 71.

Artículo 70.—Participación de las autoridades administrativas.

1. El tribunal concederá a las autoridades administrativas la oportunidad de aportar al juicio los elementos que reputen convenientes para una correcta decisión del caso, pudiendo un representante de aquellas autoridades participar en el juicio.

2. El mismo régimen se aplicará a los casos en que el juez decidiera archivar el sumario, en los términos del artículo 64, núm. 3.

3. En conformidad con lo dispuesto en el número 1, el juez comunicará a las autoridades administrativas la fecha del juicio, salvo si considerase que sus conocimientos específicos no son indispensables.

4. En cualquier caso, el tribunal comunicará siempre la sentencia a las referidas autoridades, así como las demás decisiones finales.

Artículo 71.—Retirada de la acusación y del recurso.

1. Tanto la acusación como el recurso pueden ser retirados hasta que recaiga sentencia en primera instancia o hasta que sea pronunciada la resolución prevista en el artículo 64.

(6) Equivalente a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. Después del inicio del juicio oral la acusación sólo podrá ser retirada si media acuerdo del acusado, y sólo se podrá retirar el recurso mediante el acuerdo del Ministerio Público.

3. Antes de retirar la acusación el Ministerio Público deberá oír a las autoridades administrativas competentes, salvo si entiende que ello no es indispensable para una adecuada decisión.

Artículo 72.—Prueba.

Compete al juez promover de oficio la prueba de todos los hechos que considere relevantes para una correcta decisión.

2. Compete igualmente al juez el derecho de determinar el ámbito de la prueba a presentar, rechazando la aceptación de medios de prueba que juzgue innecesarios para la formación de su convicción.

Artículo 73.—Decisiones judiciales que admiten recurso.

1. Puede recurrirse ante el Tribunal de segunda instancia (7) la sentencia o la resolución judicial pronunciados en los términos del artículo 64 cuando:

- a) fuera aplicada una multa superior a 50.000 escudos;
- b) la condena del acusado incluya sanciones accesorias, salvo si éstas consistieran en prestaciones pecuniarias inferiores a 50.000 escudos;
- c) el acusado fuera absuelto o la causa fuera archivada en casos en que la autoridad administrativa haya aplicado una multa superior a 50.000 escudos o en que tal multa haya sido reclamada por el Ministerio Público.
- d) la impugnación judicial fuera rechazada.
- e) el tribunal decidiese por medio de resolución no obstante haberse opuesto a ello el recurrente.

2. Además de los casos enunciados en el número anterior, el tribunal de segunda instancia, a requerimiento del acusado o del Ministerio Público, podrá aceptar el recurso a la sentencia cuando ello parezca manifiestamente necesario para mejorar la aplicación del derecho o para promover la uniformidad de la jurisprudencia.

3. Si la sentencia o la resolución recurridas son relativas a varias infracciones o a varios acusados y al menos respecto a alguno de los acusados se verificaran los presupuestos necesarios, el recurso se elevará con esos límites.

Artículo 74.—Régimen del recurso.

1. El recurso deberá ser interpuesto en el plazo de cinco días a partir de la sentencia o de la resolución o de su notificación al acusado, en el caso de que la decisión se haya producido en su ausencia.

2. En los casos previstos en el número 2 del artículo 73, la petición debe acompañar al recurso, antecedéndolo.

3. En estos casos, la decisión sobre la petición constituye cuestión previa, que será resuelta por resolución no motivada del tribunal, equivaliendo su denegación a la retirada del recurso.

4. El recurso seguirá la tramitación del recurso en materia penal, teniendo en cuenta las especialidades que resultan de esta disposición.

(7) N. T. En Portugal, el tribunal que decide en segunda instancia sobre esta materia recibe el nombre de «Relação». Como sus competencias no se ajustan exactamente a las de ningún tribunal español, nos ha parecido más conveniente no traducirlo por el nombre de ningún tribunal español concreto, sino simplemente hacer referencia a su carácter de segunda instancia.

Artículo 75.—Ambito y efectos del recurso.

1. Si no resultara lo contrario de esta disposición, la segunda instancia sólo conocerá de la materia de derecho, no cupiendo recurso contra sus decisiones.

2. La decisión del recurso podrá:

- a) alterar la decisión del tribunal recurrido sin ninguna vinculación a los términos y al sentido de la decisión recurrida;
- b) anularla y devolver la causa al tribunal recurrido.

CAPITULO V

Proceso de contraordenación y proceso penal

Artículo 76.—Conversión en proceso penal.

1. El tribunal no está vinculado a la apreciación del hecho como contraordenación, pudiendo, de oficio o a requerimiento del Ministerio Público, convertir el proceso en proceso penal.

2. La conversión del proceso determinará la interrupción de la instancia y el comienzo de un interrogatorio preliminar o instrucción preparatoria, según los casos, aprovechándose, en la medida de lo posible, las pruebas ya presentadas.

Artículo 77.—Conocimiento de una contraordenación en el proceso penal.

1. El tribunal podrá apreciar como contraordenación una infracción que hubiera sido calificada como delito.

2. Si el tribunal sólo aceptara la acusación a título de contraordenación, el proceso pasará a obedecer a los preceptos de esta ley.

Artículo 78.—Proceso relativo a delitos y contraordenaciones.

1. Si el mismo proceso versara sobre delitos y contraordenaciones y hubiera infracciones que solamente deban considerarse contraordenaciones, se aplicará, en lo que a ellas se refiere, los artículos 42 a 45, 50 y 70, núm. 1, párrafos a), b) y c), y número 2.

2. Cuando, en los casos previstos en el número anterior, se interpusiera simultáneamente recurso en relación a la contraordenación y al delito, los recursos se elevarán conjuntamente.

3. El recurso se elevará en los términos del Código de Procedimiento penal, no aplicándose lo dispuesto en el artículo 66, ni dependiendo el recurso relativo a la contraordenación de los presupuestos del artículo 73.

CAPITULO VI

Cosa juzgada y revisión

Artículo 79.—Alcance de la cosa juzgada.

1. El efecto de cosa juzgada de la decisión de la autoridad administrativa o de la decisión judicial sobre el hecho, como contraordenación o como delito, preclude la posibilidad de nuevo conocimiento de tal hecho como contraordenación.

2. El efecto de cosa juzgada de la sentencia judicial o de la resolución, sobre el hecho como contraordenación, en los términos del artículo 74, preclude igualmente su nuevo conocimiento como delito.

Artículo 80.—Admisibilidad de la revisión.

1. La revisión de las decisiones pronunciadas en materia de contraordenaciones y con efecto de cosa juzgada obedecerá a lo dispuesto en los artículos 673 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, siempre que no resulte lo contrario de la presente ley.

2. La revisión de la causa a favor del acusado, con base en nuevos hechos o en nuevos medios de prueba no será admisible cuando:

a) el acusado sólo fuera condenado a una multa inferior a 5.000 escudos o, si hubo lugar a una sanción acesoria, ésta fuese de naturaleza patrimonial y no excediese de aquel límite;

b) ya hubieran transcurrido dos años después de ser firme la decisión a revisar.

3. La revisión contra el acusado sólo será admisible cuando persiga su condena por la comisión de un delito.

Artículo 81.—Régimen del procedimiento de revisión.

1. La revisión de la decisión de la autoridad administrativa será de la competencia del tribunal de comarca (8) competente para la impugnación judicial.

2. En tales casos, cuando la revisión haya sido requerida por el acusado o la autoridad administrativa haya tenido conocimiento de circunstancias que hagan posible la revisión, la autoridad administrativa deberá remitir los autos al representante del Ministerio Público del tribunal competente.

3. En los demás casos, la revisión será competencia del tribunal de segunda instancia, aplicándose, con las necesarias adaptaciones, lo dispuesto en el artículo 676 del Código de Procedimiento Penal.

Artículo 82.—Caducidad de la aplicación de la multa por efecto de la decisión en el proceso penal.

1. La decisión de la autoridad administrativa que aplicó la multa caduca cuando el acusado sea condenado en un proceso penal por el mismo hecho.

2. El mismo efecto tendrá la decisión final del proceso penal que, no consistiendo en una condena, sea incompatible con la aplicación de una multa.

3. Las cuantías pecuniarias que hubieran sido pagadas a cuenta de la multa serán aplicadas, por orden de prioridades, a la multa (9), a las penas que impliquen un pago en dinero y, por último, a las costas procesales.

4. Deberá constar la referencia de la sentencia o las demás decisiones del proceso penal mencionadas en los números 1 y 2, a los efectos previstos en los números 1, 2 y 3.

CAPITULO VII

Procedimientos especiales

Artículo 83.—Procedimiento de comiso.

1. Cuando la autoridad administrativa decidiera, en el proceso de aplicación de una multa, decomisar cualquier objeto, la misma autoridad será competente para:

(8) N. T. En portugués «tribunal da comarca». Hemos preferido dejar en este caso la denominación original porque no hay un tribunal español equivalente con competencias similares.

(9) N. T. En este caso, se trata de multa penal.

- a) decidir sobre la participación en el proceso de las personas interesadas;
- b) decidir sobre la necesidad de un defensor de oficio y nombrarlo;
- c) decidir sobre la indemnización.

2. En tales casos la autoridad administrativa deberá notificar la decisión en que consta la orden de comiso a las personas cuya participación procesal ordenó.

3. A partir de la notificación, aquellas personas pasan a considerarse como partes, gozando de una posición procesal igual a la del acusado, si no resultara lo contrario de esta disposición.

Artículo 84.—Procedimiento de comiso autónomo (10).

1. En los casos de comiso «autónomo», la respectiva decisión de la autoridad administrativa deberá obedecer al régimen previsto en el artículo 58, números 1, 2, párrafo a), y 3, debidamente adaptado.

2. La competencia para decidir sobre el comiso se regirá por los criterios que fijan la competencia para la aplicación de una multa, siendo, además de eso, competente la autoridad en cuya área se encuentren los objetos a decomisar.

Artículo 85.—Impugnación judicial del comiso.

La impugnación judicial del comiso obedecerá al régimen de impugnación de la decisión de aplicación de una multa, no siendo admisible, sin embargo, recurso contra la demisión del tribunal de comarca cuando el valor de los objetos decomisados no exceda los 50.000 escudos.

Artículo 86.—Procedimiento extraordinario de impugnación.

1. Será admisible, a requerimiento del interesado, la impugnación extraordinaria de la decisión de comiso después de adquirir firmeza, cuando el requirente sustente que:

a) en el momento en que adquirió firmeza la decisión, era titular de un derecho sobre el objeto, que fue obtenido o se extinguió en virtud del comiso.

b) no pudo participar en el proceso que antecedió a la respectiva decisión, o tener conocimiento de él, sin que ello le sea imputable.

2. El requerimiento deberá ser presentado ante la autoridad administrativa que decidió el comiso en el plazo de quince días después de conocer la firmeza de la decisión y nunca más de un año después de su firmeza.

3. La decisión será de la competencia del tribunal de comarca en cuya área tenga su sede la autoridad que ordenó el comiso, aplicándose lo dispuesto en el artículo 62.

4. Antes de la decisión, el tribunal podrá revocar la orden de comiso, con el acuerdo del representante del Ministerio Público, siempre que crean que el coste del proceso pueda ser claramente desproporcionado.

5. Contra la decisión del tribunal cabe recurso ante el tribunal de segunda instancia, según los términos de la presente ley, cuando el valor del objeto exceda de 50.000 escudos.

Artículo 87.—Procedimiento relativo a las personas jurídicas o asimiladas.

1. Las personas jurídicas o asociaciones serán representadas en el proceso por quien legal o estatutariamente las deba representar.

2. En los procedimientos a que se refiere el número anterior será también competente para la aplicación de la multa la autoridad administrativa en cuya área tenga su sede la persona jurídica o asociación.

(10) El comiso «autónomo» hace referencia al que se decreta sin la imposición de una multa, en el sentido que se menciona en el artículo 25 de este Decreto-ley.

CAPITULO VIII

La ejecución

Artículo 88.—Pago de la multa.

1. La firmeza de la decisión de aplicación de una multa hace a aquélla ejecutable, no pudiendo, sin embargo, promoverse la ejecución antes de transcurridas dos semanas del efecto de cosa juzgada.

2. El pago deberá ser hecho durante esas dos semanas en la Caja General de Depósitos, contra recibo, cuyo duplicado será entregado a la autoridad administrativa o tribunal que haya adoptado la decisión que hace exigible el pago de la multa.

3. En caso de pago parcial y salvo indicación en contra del acusado, el pago será aplicado, por orden de prioridades, a la multa, a las sanciones accesorias y, por último, a las costas.

4. Siempre que la situación económica lo justifique, la autoridad administrativa o el tribunal podrán autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de un año.

5. La autoridad administrativa o el tribunal podrán, además, autorizar el pago en plazos, no pudiendo el último de ellos vencer después de los dos años siguientes a la firmeza de la decisión; la falta de pago de uno de los plazos implica el vencimiento de todos ellos.

6. Dentro de los límites referidos en los números 4 y 5 y cuando motivos sobrevenidos lo justifiquen, los plazos inicialmente establecidos pueden ser alterados.

Artículo 89.—De la ejecución.

1. La falta de pago en conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior dará lugar a la ejecución, que será promovida ante el tribunal competente, según el artículo 61, salvo cuando la decisión que da lugar a la ejecución haya sido adoptada por el tribunal de segunda instancia, caso en que la ejecución podrá ser también promovida ante el tribunal de comarca del domicilio del sujeto pasivo de la ejecución.

2. La ejecución será promovida por el representante del Ministerio Público del tribunal competente y obedecerá a los términos de la ejecución para el pago de las costas, aplicándose, debidamente adaptado, lo dispuesto en el artículo 640 del Código de Procedimiento Penal.

3. Cuando la ejecución tuviera por base una decisión de la autoridad administrativa, ésta remitirá los autos al representante del Ministerio Público competente para promover la ejecución.

4. Lo dispuesto en este artículo se aplica, con las debidas adaptaciones, a la sanción pecuniaria prevista en el artículo 52, número 2, así como las sanciones accesorias que obliguen al pago de una suma pecuniaria.

Artículo 90.—Extinción y suspensión de la ejecución.

1. La ejecución de la multa se extingue con la muerte del acusado.

2. Debe suspenderse la ejecución cuando, después de adquirir firmeza la decisión de la autoridad administrativa que aplicó la multa, fuera presentada acusación en causa penal por el mismo hecho.

3. El tribunal que realice la ejecución deberá tomar las decisiones a que se

refiere el artículo 82, de oficio o a requerimiento del Ministerio Público, cuando no hubieran sido tomadas en la causa penal de acuerdo con el número 4 de ese artículo.

Artículo 91.—Tramitación.

1. El tribunal ante el cual se promueva la ejecución será competente para decidir sobre todos los incidentes y cuestiones suscitadas en la ejecución, especialmente:

- a) la admisibilidad de la ejecución;
- b) las decisiones tomadas por las autoridades administrativas en materia de facilidades de pago;
- c) la suspensión de la ejecución según el artículo 90.

2. Se admite, sin embargo, recurso ante el tribunal de segunda instancia en los siguientes casos:

- a) admisibilidad de la ejecución de la multa aplicada por vía judicial;
- b) en los casos referidos en el párrafo b) del número anterior, cuando las decisiones fueran de la competencia del tribunal de comarca.

3. Las decisiones referidas en los números 1 y 2 serán tomadas sin necesidad de vista oral, asegurándose al acusado o al Ministerio Público la posibilidad de fundamentar sus pretensiones en petición por escrito.

CAPITULO IX

Las costas

Artículo 92.—Principios generales.

1. Si no resultara lo contrario de esta ley, las costas del proceso de contraordenación se regulan por lo dispuesto en los artículos 171 y siguientes del «Código de Costas Judiciales».

2. Las decisiones de las autoridades administrativas que decidan sobre la materia del proceso deberán fijar el montante de las costas y determinar quién las debe soportar.

3. Las costas abarcan, en los casos normales, las tasas judiciales, los honorarios de los defensores de oficio, los emolumentos a pagar a los peritos y los demás cargos resultantes del proceso.

Artículo 93.—Las tasas judiciales.

1. La causa por contraordenación que se desarrolle ante las autoridades administrativas no dará lugar al pago de las tasas judiciales.

2. Está también exenta de tasas la impugnación judicial de cualquier decisión de las autoridades administrativas.

3. Darán lugar al pago de las tasas todas las decisiones judiciales desfavorables al acusado.

4. Las tasas judiciales no serán inferiores a 100 escudos ni superiores a 50.000 escudos, debiendo ser fijado su montante en razón de la situación económica del infractor, así como por la complejidad de la causa.

5. La prosecución de cualquier recurso ante el tribunal de segunda instancia dependerá del pago de las tasas, que ascenderán a 200 escudos y deberán ser liquidadas antes de las 48 horas siguientes a la presentación del recurso.

Artículo 94.—Las costas.

1. Los honorarios de los defensores de oficio y los emolumentos debidos a los peritos se ajustarán a las tarifas del Código de Costas Judiciales.
2. Las costas deberán cubrir, entre otros, los gastos efectuados con:
 - a) el transporte de los defensores y peritos;
 - b) las comunicaciones telefónicas, telegráficas o postales, especialmente las que se relacionen con las notificaciones;
 - c) el transporte de bienes decomisados;
 - d) la indemnización de los testigos.
3. Las costas serán soportadas por el acusado en caso de aplicación de una multa por la autoridad administrativa, de desistimiento o rechazo de la impugnación judicial o de los recursos, de resolución o sentencia condenatoria.
4. En los demás casos, las costas serán a cargo del erario público.

Artículo 95.—Impugnación de las costas.

1. El acusado podrá impugnar, en los términos normales, la decisión de la autoridad administrativa relativa a las costas, debiendo ser presentada la impugnación en el plazo de 48 horas a partir del conocimiento de la decisión a impugnar.

2. La decisión del tribunal de comarca sólo puede recurrirse ante el tribunal de segunda instancia cuando el montante exceda al de alzada de aquel tribunal.

CAPITULO X

Disposición final

Artículo 96.—Derogación.

Queda derogado el Decreto-ley número 232/79, de 24 de julio.

Visto y aprobado en Consejo de Ministros, 26 de agosto de 1982.—Diego Pinto de Freitas do Amaral - José Manuel Meneres Sampaio Pimentel.

Promulgado el 18 de octubre de 1982. Publíquese.

El Presidente de la República, ANTONIO RAMALHO EANES.

Constitución política del Perú

TITULO V

GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Art. 29.5.º. La acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de habeas corpus.

La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona.

La acción de amparo tiene el mismo trámite que la acción de habeas corpus en lo que le es aplicable.

Hay acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público.

LEY N.º 2.350 6

LEY DE HABEAS CORPUS Y AMPARO

TITULO I

Art. 1.º El objeto de las acciones de garantía es el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

Art. 2.º Las acciones de garantía proceden en los casos en que se violen o amenacen los derechos constitucionales por acción, o por omisión, de actos de cumplimiento obligatorio.

Art. 3.º Las acciones de garantía proceden aún en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento.

Art. 4.º Si se ejerce la acción a causa de la violación de un derecho constitucional por omisión de un acto debido, el fallo ordenará el cumplimiento incondicional e inmediato de dicho acto.

Art. 5.º Las acciones de garantía también son pertinentes si una autori-

dad judicial, fuera de un procedimiento que es de su competencia, emite una resolución o cualquier disposición que lesione un derecho constitucional.

Art. 6.º No proceden las acciones de garantía:

- 1) En caso de haber cesado la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable;
- 2) Contra resolución judicial, emanada de un procedimiento regular; y
- 3) Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria.

Art. 7.º El Juez deberá suplir las deficiencias procesales en que incurra la parte reclamante, bajo responsabilidad. Igualmente dará preferencia en la tramitación a las acciones de garantía.

Art. 8.º La resolución final constituye cosa juzgada únicamente si es favorable al recurrente. Puede oponerse a quien pretendiera ejecutar o ejecutarse igual agresión.

Art. 9.º Las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución.

Art. 10. Cuando el agresor es el Estado o un funcionario público, su defensa correrá a cargo del Procurador General de la República que corresponda en el caso de ser ejercida la acción en el Distrito Judicial de Lima. Si es ejercida en otro Distrito Judicial, la autoridad responsable designará defensor para este caso, sin perjuicio de la facultad de intervención directa del Procurador General de la República.

Si no se apersona el Procurador o defensor nombrado, en cualquier estado de la instancia, no se paraliza ni invalida el procedimiento.

Art. 11. Si al concluir los procedimientos de Habeas Corpus y Amparo, se ha identificado al responsable de la agresión, se mandará abrir la instrucción correspondiente. Tratándose de alguna autoridad o funcionario público, además de la pena que corresponda, se le impondrá la de destitución en el cargo y no podrá ejercer función pública hasta pasados dos años de cumplida la condena principal. Se condenará asimismo al responsable al pago de las costas del juicio y a una indemnización por el daño causado.

El haber procedido por orden superior no libera al ejecutor de los hechos de la responsabilidad y de la pena a que haya lugar. Si el responsable inmediato de la violación fuera una de las personas comprendidas en el artículo 183 de la Constitución se dará cuenta de inmediato a la Cámara de Diputados para los fines consiguientes.

TITULO II

DE LA ACCION DE HABEAS CORPUS

CAPITULO I

DE LOS DERECHOS

Art. 12. Se vulnera o amenaza la libertad individual y en consecuencia procede la acción de Habeas Corpus, enunciativamente, en los siguientes casos:

- 1) Guardar reserva sobre sus convicciones políticas religiosas, filosóficas o de cualquier otra índole.
- 2) De la libertad de conciencia y de creencia.
- 3) El de no ser violentado para obtener declaraciones.
- 4) El de no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer su culpabilidad en causa penal contra sí mismo ni contra su cónyuge, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- 5) El de no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.
- 6) El de no ser expatriado ni separado del lugar de su residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.
- 7) El de no ser secuestrado.
- 8) El del extranjero a quien se ha concedido asilo político de no ser expulsado al país cuyo Gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.
- 9) El de los nacionales o de los extranjeros residentes, de ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad.
- 10) El de no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en el caso de flagrante delito; o el de no ser puesto el detenido, dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite «g» del inciso 20) del artículo 2.º de la Constitución, así como de las excepciones que en él se consignan.
- 11) El de no ser detenido por deudas, salvo los casos de obligaciones alimentarias.
- 12) El de no ser privado del pasaporte, dentro o fuera de la República.
- 13) El de no ser incomunicado, sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y por el tiempo previstos por la ley, de acuerdo con el acápite «i» del inciso 20) del artículo 2.º de la Constitución.
- 14) El de ser asistido por un abogado defensor de su elección desde que es citado o detenido por la autoridad.
- 15) El de hacer retirar las guardias puestas a un domicilio o suspender el seguimiento policial cuando ello atente contra la libertad individual.

16) El de la excarcelación, en el caso de un detenido o procesado que haya sido amnistiado, indultado, sobreseído, absuelto o declarada prescrita la acción penal o la ejecución de la pena.

17) El de que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procesamiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 183 de la Constitución.

CAPITULO II

DEL PROCEDIMIENTO

Art. 13. Puede ejercer la acción de Habeas Corpus la persona perjudicada o cualquier otra en su nombre; sin necesidad de poder, papel sellado, boleta de litigante, derecho de pago, firma de letrado o formalidad alguna.

Art. 14. La acción puede ser ejercida por escrito o verbalmente. En este último caso, levantando Acta ante el Juez o Secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos para darle curso. También puede ser ejercida telegráficamente, previa la debida identificación del reclamante, actor o demandante.

Art. 15. Conoce de la acción de Habeas Corpus cualquier Juez de Instrucción del lugar donde se encuentra el detenido o el del lugar donde se haya ejecutado la medida o el del lugar donde se haya dictado. Si se tratase de detención arbitraria atribuida a una orden de un Juez, la acción se interpondrá ante el Tribunal Correccional, el que designará a otro Juez Instructor, quien decidirá en el término de veinticuatro horas.

Art. 16. El Juez dispondrá, en los casos de detención arbitraria previstos en el artículo 12, que, en el día, la autoridad responsable presente al detenido y explique su conducta. Si comprueba la detención arbitraria lo pondrá inmediatamente en libertad, dando cuenta al Tribunal de que depende. De no ser suficiente la sumaria investigatoria prevista en este artículo, el Juez procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de esta Ley.

Art. 17. Cuando la detención sea en un lugar distinto y lejano o de difícil acceso de aquel en que tiene su sede, el Juzgado dictará orden perentoria e inmediata para el Juez de Paz del distrito en que está el detenido cumpla en el día, bajo responsabilidad, con hacer las investigaciones y excarcelar al detenido.

Art. 18. Cuando no se trate de detención arbitraria, según lo establecido en los artículos precedentes, el Juez citará a quien o quienes ejecutaron la violación, requiriéndoles expliquen la razón que motivara la agresión y resolverá de plano, en el término de un día natural, bajo responsabilidad. La resolución deberá ser notificada personalmente al detenido o al agraviado y cumplida, el mismo día.

Art. 19. Sólo es apelable la resolución que pone fin a la instancia. El término para apelar es de dos días hábiles.

Art. 20. Interpuesta la apelación el Juez elevará en el día los autos al Tribunal Correccional, el que dentro de los dos días hábiles siguientes señalará la fecha para la vista de la causa, con citación de los abogados. El

plazo para la vista y resolución no podrá ser por ningún motivo, mayor de cinco días hábiles, bajo responsabilidad.

Art. 21.—El plazo para interponer el recurso de nulidad es de dos días hábiles de notificado el fallo de la Corte Superior y sólo procede contra la denegación del Habeas Corpus.

Art. 22. La Sala Penal de la Corte Suprema citará para la vista del recurso de nulidad dentro de los dos días hábiles siguientes de recibidos los autos y escuchará los informes del Procurador General de la República, de ser el caso, del actor y sus defensores. El plazo para la vista y su resolución no podrá ser por ningún motivo mayor de cinco días hábiles, bajo responsabilidad.

Art. 23. En la tramitación judicial de esta acción rigen las siguientes reglas:

- 1) No cabe recusación alguna, salvo por el perjudicado o actor.
- 2) No caben excusas de los secretarios ni de los Jueces.
- 3) Los Jueces deberán habilitar día y hora para la realización de las diligencias procesales.
- 4) No interviene el Ministerio Público, salvo para coadyuvar a la defensa del perjudicado, como defensor del pueblo.
- 5) Se pueden presentar pruebas instrumentales en cualquier estado del proceso, incluso en la Corte Suprema.
- 6) El Juez o el Tribunal designará de oficio defensor al recurrente, si es que éste lo solicita, corriendo los gastos por cuenta del Estado.
- 7) No se puede pedir aplazamiento de diligencia ni de informes forenses, salvo por el actor o por el perjudicado.

TITULO III

DE LA ACCION DE AMPARO

CAPITULO I

DE LOS DERECHOS

Art. 24. La acción de amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

- 1) De la inviolabilidad de domicilio.
- 2) De no ser discriminado en ninguna forma, por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
- 3) Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa, siempre que no ofenda la moral y buenas costumbres.
- 4) De la libertad de prensa, información, comunicación y opinión, circulación o propalación por cualquier medio de comunicación.
- 5) De la libertad de contratación.
- 6) De la libertad de creación artística, intelectual y científica.
- 7) De la inviolabilidad y secreto de los papeles privados y de las comunicaciones.

- 8) De reunión.
 - 9) De asociación.
 - 10) De libertad de trabajo.
 - 11) De sindicación.
 - 12) De propiedad y herencia.
 - 13) De petición ante la autoridad competente.
 - 14) De participación individual o colectiva en la vida política del país.
 - 15) De nacionalidad.
 - 16) De jurisdicción y proceso en los términos señalados en la letra «I», inciso 20), artículo 2.º de la Constitución.
 - 17) De escoger el tipo y centro de educación.
 - 18) De impartir educación dentro de los principios constitucionales.
 - 19) A exoneraciones tributarias en favor de las Universidades, centros educativos y culturales.
 - 20) De la libertad de Cátedra.
 - 21) De acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 70 de la Constitución; y
 - 22) A los demás derechos fundamentales que consagra la Constitución.
- Art. 25.º No dan lugar a la acción de amparo los derechos a que se refiere la Sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución.

CAPITULO II

DEL PROCEDIMIENTO

Art. 26.º Tienen derecho a ejercer la acción de Amparo el afectado, su representante, o el representante de la entidad afectada.

Sólo en casos de imposibilidad física para interponer la acción, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por hallarse ausente del lugar, o cualquier otra causa análoga, podrá la acción de amparo ser ejercida por tercera persona, sin necesidad de poder expreso, debiendo el afectado, una vez que se halle en posibilidad de hacerlo, ratificarse en la acción.

Art. 27.º Sólo procede la acción de Amparo cuando se hayan agotado las vías previas.

Art. 28.º No será exigible el agotamiento de las vías previas si:

- 1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida:
- 2) Por el agotamiento de la vía previa pudiera convertirse en irreparable la agresión:
- 3) La vía previa no se encuentra regulada, o si ha sido iniciada, innecesariamente por el reclamante, sin estar obligado a hacerlo.
- 4) Si no se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución.

Art. 29.º La acción de Amparo se ejerce ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil del lugar donde se afectó el derecho o donde tiene domicilio el afectado, o donde tiene su domicilio el autor de la infracción. Si la afectación de derechos se origina en una orden judicial, se interpondrá la acción

ante la Sala Civil de la Corte Superior respectiva, la que encargará a otro Juez su trámite.

Art. 30. Interpuesta la demanda de Amparo, el Juez correrá traslado por tres días al autor de la infracción.

Art. 31. A solicitar de parte y en cualquier momento, el Juez podrá disponer la suspensión del acto que dio lugar al reclamo, cuando por los fundamentos expuestos por el actor los considere procedentes.

Art. 32. Con contestación de la demanda o sin ella, el Juez resolverá la causa dentro de los tres días de vencido el término para la contestación, bajo responsabilidad.

Art. 33. La resolución del Juez de Primera Instancia es apelable por cualquiera de las partes, dentro del tercero día.

El expediente deberá ser elevado a la Corte Superior dentro del tercero día de interpuesta la apelación.

Art. 34. Recibido el expediente por la Corte Superior se notificará a las partes y al Fiscal Superior en lo Civil, dentro del tercero día, para la respectiva expresión de agravios y dictamen y, en su caso, para el informe oral correspondiente. No deberá ser mayor de veinte días el plazo para la resolución, contados desde la recepción del expediente, bajo responsabilidad.

Art. 35. Contra la resolución de la Corte Superior se puede interponer recurso de nulidad, dentro de los tres días de pronunciada la resolución. Dicho recurso será concedido de inmediato y el expediente elevado enseguida a la Corte Suprema.

Art. 36. Elevados los autos a la Corte Suprema se seguirá el mismo trámite y se observará los mismos plazos que los fijados para la Corte Superior.

Art. 37. El ejercicio de la acción de Amparo caduca a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el interesado, en aquella fecha, se hubiese hallado en la posibilidad de interponer la acción. Si en dicha fecha esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

TITULO IV

DE LA SUSPENSION DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Art. 38. No proceden las acciones de Habeas Corpus y Amparo respecto de las garantías y derechos señalados específicamente en el artículo 231 de la Constitución Política, durante el tiempo de su suspensión.

TITULO V

DE LA JURISDICCION INTERNACIONAL

Art. 39. Para los efectos de lo establecido en el artículo 305 de la Constitución, los organismos jurisdiccionales internacionales a que puede recurrir quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce

son el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú y que tengan la categoría a que se refiere el artículo 105 de la Constitución.

Art. 40. La resolución del organismo internacional, a cuya jurisdicción obligatoria se halle sometido el Estado peruano, no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno. La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo internacional, y dispondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos internos vigentes sobre ejecución de sentencias.

Art. 41. Es obligación de la Corte Suprema de Justicia de la República, el cumplir con remitir a los organismos a que se refiere el artículo 39, la legislación, las resoluciones y demás documentos actuados en el proceso o los procesos que originaron la petición, así como todo otro elemento que a juicio del organismo internacional fuere necesario para su ilustración o para mejor resolver el asunto sometido a su competencia.

comenzaron, no está demás consignarlo, con la ley de defensa de

TITULO VI

DISPOSICIONES DIVERSAS

CAPITULO I

DISPOSICIONES FINALES

Art. 42. Todas las resoluciones finales recaídas en las acciones de Habeas Corpus y Amparo un vez que queden consentidas y ejecutoriadas, serán publicadas obligatoriamente dentro de los quince días siguientes, en el Diario Oficial «El Peruano».

Art. 43. El instrumento procesal contemplado en el artículo 1.º del Decreto Ley 20554, se denominará «Recurso de Exceso de Poder» y continuará tramitándose conforme lo establece dicho Decreto Ley. La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial contemplará la nueva denominación de este recurso.

Art. 44. A fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución, se establece lo siguiente:

1) El Ministerio de Educación, en coordinación con las Universidades, establecerá en todos los niveles y modalidades, cursos dedicados a la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos.

2) Los Ministerios de Guerra, de Marina, de Aeronáutica y el del Interior, dispondrán que los centros de enseñanza de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, en todos sus niveles, cumplan con el citado mandato constitucional; y

3) El Ministerio de Justicia queda encargado de la labor de publicación,

difusión y auspicio de la Constitución Política del Perú y textos básicos conexos. Editará y patrocinará estudios, publicaciones, textos, jurisprudencia y legislación constitucionales.

Art. 45. Deróganse los artículos 349 al 359 del Código de Procedimientos Penales; el artículo 8.º de la Ley núm. 4891; el artículo 4.º del Decreto Ley 11004; el Decreto Ley núm. 17083; el artículo 25 del Decreto Ley 17537; el Decreto Ley 17998, quedando de nuevo vigente el artículo 7.º de la Ley 4145, el Decreto Ley 18158; el último párrafo del artículo 71 del Decreto Ley número 22095; el inciso 8) del artículo 89 del Decreto Legislativo núm. 52, y todas las demás normas que entorpezcan o imposibiliten las acciones de Habeas Corpus y Amparo, así como las que se opongan a la presente ley.

Art. 46. Téngase como segundo párrafo del artículo 355 del Código Penal el siguiente:

«Cuando la conducta del Juez fuese entorpecedora de las acciones de Habeas Corpus y Amparo; o cuando no decretase la inmediata libertad del detenido arbitrariamente; o cuando no amparese los derechos de reunión o de prensa probados o inconstitucionalmente conculcados, será reprimido con prisión efectiva de un año, inhabilitación absoluta no menor de un año, pérdida del cargo y prohibición de reincorporarse o reingresar por cualquier medio al Poder Judicial.»

Art. 47. La presente ley entrará en vigencia al décimo sexto día de su publicación en el Diario Oficial «El Peruano».

CAPITULO II

DISPOSICION TRANSITORIA

Art. 48. Las acciones de Habeas Corpus y de Amparo en actual trámite, se adecuarán, en el estado en que se encuentren, a las disposiciones de la presente ley.

Lima, 7 de diciembre de 1982.

(Publicado en el Diario Oficial «El Peruano»
el 8 de diciembre de 1982)

SECCION LEGISLATIVA

4) LEYES ORGANICAS

LEY Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. («B.O.E.», núm. 170, del 18.)

A todos los que la presente vieren y entendieren,

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica:

La Constitución española de 1978 recoge, entre su diverso contenido, el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas, como uno de los pilares básicos, en el que se asienta el Estado social y democrático de Derecho.

El derecho de reunión, manifestación primordial de los derechos fundamentales, como derecho público subjetivo, venía regulado hasta el presente por la Ley 17/1976, de 29 de mayo, aprobada con anterioridad a la elaboración y entrada en vigor de la Constitución, y cuyo contenido se ajustaba al momento de transición política que vivía la sociedad española.

Tras la entrada en vigor de la Constitución, que consagra la libertad de reunión, se hace necesaria una regulación de dicho derecho con carácter general, modificando el ordenamiento jurídico en todo aquello en que no esté de acuerdo con los mandatos constitucionales, especialmente el que determina que el ejercicio del derecho de reunión no necesitará autorización previa. En definitiva, la presente Ley Orgánica pretende regular el núcleo esencial del derecho de reunión, ajustándolo a los preceptos de la Constitución.

Así, se elimina el sistema preventivo de autorizaciones en el ejercicio del derecho y se garantiza el mismo mediante un procedimiento en sede judicial de carácter sumario que evite las complejas tramitaciones administrativas que hacían ineficaz el propio ejercicio del derecho, de conformidad con lo establecido en reiterada jurisprudencia constitucional.

En relación a las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, se exige la comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración de orden público, con peligro para personas o bienes, siguiendo de esta forma las normas recogidas en el artículo 21 de la Constitución.

Por último, se mantiene la vigencia de las normas de carácter especial, en tanto no recojan preceptos contrarios a la Constitución, definiéndose esta Ley como general y supletoria respecto a los regímenes especiales que se mantengan en vigor dentro de la Constitución.

CAPITULO PRIMERO

Ambito de aplicación

Art. 1.º

1. El derecho de reunión pacífica y sin armas, reconocido en el artículo 21 de la Constitución, se ejercerá conforme a lo dispuesto en la presente Ley Orgánica.

2. A los efectos de la presente Ley, se entiende por reunión la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada.

3. Son reuniones ilícitas las así tipificadas por las leyes penales.

Art. 2.º

Se podrá ejercer el derecho de reunión sin sujeción a las prescripciones de la presente Ley Orgánica, cuando se trate de las reuniones siguientes:

- a) Las que celebren las personas físicas en sus propios domicilios.
- b) Las que celebren las personas físicas en locales públicos o privados por razones familiares o de amistad.
- c) Las que celebren los Partidos políticos, Sindicatos, Organizaciones empresariales, Sociedades civiles y mercantiles, Asociaciones, Corporaciones, Fundaciones, Cooperativas, Comunidades de propietarios y demás Entidades legalmente constituidas en lugares cerrados, para sus propios fines y mediante convocatoria que alcance exclusivamente a sus miembros, o a otras personas nominalmente invitadas.
- d) Las que celebren los profesionales con sus clientes en lugares cerrados para los fines propios de su profesión.
- e) Las que se celebren en unidades, buques y recintos militares, a las que se refieren las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, que se regirán por su legislación específica.

CAPITULO II

Disposiciones generales

Art. 3.º

1. Ninguna reunión estará sometida al régimen de previa autorización.
2. La autoridad gubernativa protegerá las reuniones y manifestaciones frente a quienes tratan de impedir, perturbar o menoscabar el lícito ejercicio de este derecho.

Art. 4.º

1. Las reuniones, sometidas a la presente Ley, sólo podrán ser promovidas y convocadas por personas que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.
2. Del buen orden de las reuniones y manifestaciones serán responsables

sus organizadores, quienes deberán adoptar las medidas para el adecuado desarrollo de las mismas.

3. Las personas naturales o jurídicas que figuren como organizadoras o promotoras de reuniones o manifestaciones, sólo responderán civilmente de los daños que los participantes causen a terceros cuando hayan omitido la diligencia razonablemente exigible para prevenir el daño causado.

4. La asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones o manifestaciones públicas se regirán por su legislación específica.

Art. 5.º

La autoridad gubernativa suspenderá y, en su caso, procederá a disolver las reuniones y manifestaciones en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se consideren ilícitas de conformidad con las Leyes penales.
- b) Cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes.
- c) Cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes.

Tales resoluciones se comunicarán previamente a los concurrentes en la forma legalmente prevista.

CAPITULO III

De las reuniones en lugares cerrados

Art. 6.º

Los organizadores y promotores de reuniones, incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley, que se celebren en lugares, locales o recintos cerrados, podrán solicitar la presencia de delegados de la autoridad gubernativa.

Art. 7.º

Los delegados de la autoridad gubernativa no intervendrán en las discusiones o debates ni harán uso de la palabra para advertir o corregir a los participantes, todo ello sin perjuicio de lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

CAPITULO IV

De las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones

Art. 8.º

La celebración de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones deberán ser comunicadas por escrito a la autoridad gubernativa correspondiente por los organizadores o promotores de aquéllas, con una antelación de diez días naturales, como mínimo y treinta como máximo. Si se tratare de personas jurídicas la comunicación deberá hacerse por su representante.

Cuando existan causas extraordinarias y graves que justifiquen la urgencia de convocatoria y celebración de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones, la comunicación, a que hace referencia el párrafo anterior, podrá hacerse con una antelación mínima de veinticuatro horas.

Art. 9.º

En el escrito de comunicación se hará constar:

a) Nombre, apellidos, domicilio y documento oficial de identificación del organizador u organizadores o de su representante, caso de personas jurídicas, consignando también la denominación, naturaleza y domicilio de éstas.

b) Lugar, fecha, hora y duración prevista.

c) Objeto de la misma.

d) Itinerario proyectado, cuando se prevea la circulación por las vías públicas.

e) Medidas de seguridad previstas por los organizadores o que se soliciten de la autoridad gubernativa.

Art. 10.

Si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación. La resolución deberá adoptarse en forma motivada, y notificarse en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas desde la comunicación prevista en el artículo 8.º, de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Art. 11

De no ser aceptada por los organizadores o promotores la prohibición u otras modificaciones propuestas, podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia competente, en el plazo de cuarenta y ocho horas, trasladando copia de dicho recurso debidamente registrada a la autoridad gubernativa con el objeto de que aquélla remita inmediatamente el expediente a la Audiencia.

El Tribunal tramitará dicho recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 7.6 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Esta Ley tiene carácter general y supletorio respecto de cualquiera otras en las que se regule el ejercicio del derecho de reunión.

Segunda.—Queda derogada la Ley 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del Derecho de Reunión, y cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

DISPOSICION TRANSITORIA

En tanto no se promulgue la Ley Electoral prevista en el artículo 81.1 de la Constitución, las reuniones y manifestaciones que se realicen con motivo de campaña de propaganda electoral estarán sujetas a la jurisdicción de los órganos de la Administración electoral.

REAL DECRETO 2012/1983, de 28 de julio, sobre cancelación de antecedentes penales. («B.O.E.», núm. 181, del 30).

La Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, ha venido a dar una nueva redacción al artículo 118 del Código Penal. Permite la cancelación de oficio de los antecedentes penales y modifica determinados extremos referentes a la rehabilitación, lo que debe tener su adecuado reflejo en las normas reguladoras de los expedientes de cancelación que venían contenidas en el Decreto 1598/1972, de 25 de mayo.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 27 de julio de 1983,

D I S P O N G O :

Artículo 1.º Sin necesidad de declaración especial el Registro Central de Penados y Rebeldes procederá a cancelar los antecedentes penales en los siguientes supuestos:

a) Cuando de conformidad con el artículo 118 del Código Penal, los Jueces y Tribunales ordenaren la cancelación.

b) Las inscripciones referentes a las faltas de los artículos 587, 593 y 596 del Código Penal y 43 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, todos los cuales dejarán de tener acceso al Registro Central.

Art. 2. Por el Servicio de Asuntos Penales se procederá a elevar propuesta de Cancelación de los antecedentes penales que obren en el Registro Central de Penados y Rebeldes, cuando hayan transcurrido los plazos establecidos en los artículos 113 y 115 del Código Penal, contados, respectivamente, desde la fecha de declaración de rebeldía o desde la fecha de la sentencia firme, siempre que en el Registro no constare inscripción de la que pudiera desprenderse la interrupción de la prescripción.

Las cancelaciones previstas en el apartado b) del artículo 1.º y en el presente artículo implicarán, además, la eliminación definitiva de las correspondientes anotaciones, a todos los efectos.

Art. 3.º 1. Mensualmente el Registro Central de Penados y Rebeldes elevará al Servicio de Asuntos Penales una relación de los antecedentes que deben cancelarse de oficio por haber transcurrido los plazos señalados en el artículo 118 del Código Penal, computados de la forma establecida en el precitado artículo.

2. El Servicio de Asuntos Penales, si en el Registro Central de Penados y Rebeldes constare fehacientemente que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 118 para la rehabilitación, procederá a elevar propuesta

de cancelación. De lo contrario, una vez recibida la relación a que se refiere el párrafo 1, procederá a su comprobación, dando traslado a los Jueces y Tribunales para que informen sobre la concurrencia de los requisitos indispensables para la rehabilitación. Si en el plazo de treinta días no se recibiere el citado informe, se considerará que concurren los requisitos indispensables para proceder a la cancelación de oficio, elevándose propuesta en tal sentido.

Art. 4.º 1. Cuando la cancelación de los antecedentes penales proceda a instancia del interesado, en ella se hará constar su nombre, apellidos y sexo; número del documento nacional de identidad, lugar y fecha de nacimiento, nombre de los padres y domicilio, así como los antecedentes cuya cancelación solicita.

2. A la solicitud se unirá por el Registro una nota de los antecedentes que obren en él, y si resultare que no ha transcurrido el plazo de rehabilitación, se notificará al interesado que no es posible dar curso a su instancia.

3. En otro caso, formado el expediente, será remitido al Juzgado o Tribunal sentenciador para que, en el plazo máximo de veinte días, emita sucinto informe acerca de si concurren los requisitos indispensables para la rehabilitación.

Si el interesado aportare certificación del Juez o Tribunal competente acreditativa de reunir los requisitos indispensables para la rehabilitación exigidos en el artículo 118 del Código Penal, una vez comprobada la misma, se procederá a elevar propuesta de cancelación.

4. Si dentro de los diez días siguientes a la terminación del referido plazo no se recibiere el informe solicitado, se considerará que concurren los requisitos indispensables para la rehabilitación y que no hay oposición por parte del Juez o Tribunal sentenciador, sin perjuicio de dar cuenta a la Audiencia Territorial respectiva.

5. El plazo para la formación del expediente a que se refiere el párrafo 3.º y su remisión al Tribunal sentenciador, o, en su caso, la denegación de la solicitud que lo motiva, será de quince días.

6. Cuando un mismo expediente deba cursarse a Tribunales distintos, se remitirá el original al que hubiere dictado la última sentencia y copia autorizada de aquél a cada uno de los restantes, a fin de que puedan practicarse simultáneamente los trámites requeridos.

7. Dentro de los diez días siguientes al de recepción de los expedientes informados en el Ministerio de Justicia se formulará propuesta de resolución.

Art. 5.º Las resoluciones concediendo la cancelación serán comunicadas al interesado, al Juez o Tribunal sentenciador, al Juzgado que hubiere incoado la causa y al de Distrito o de Paz de la naturaleza del interesado, si éste lo solicitare.

Art. 6.º El Registro Central de Penados y Rebeldes no podrá certificar de las notas canceladas, excepto cuando lo soliciten los Jueces y Tribunales, haciéndose constar expresamente su cancelación.

Art. 7.º Queda derogado el Decreto 1598/1972, de 25 de mayo, sobre cancelación de antecedentes penales.

Dado en Madrid a 28 de julio de 1983.

B) PROYECTO DE LEY

Regulación del derecho de asilo («B. O. C. G. Congreso de los Diputados». Serie A. núm. 32-I, del 7 de junio 1983.)

Exposición de motivos

I. La presente Ley tiene por objeto cumplir el mandato del artículo 13, 4.º, de la Constitución y, al mismo tiempo, ofrecer una solución jurídica a un problema de hecho como es el de refugio en España de personas perseguidas en sus países por motivos ideológicos o políticos de acuerdo con los criterios de hospitalidad y tolerancia que deben inspirar el estado democrático definido en nuestra Constitución.

De las dos clases de asilo, el territorial y el diplomático, esta Ley sólo se ocupa del primero, único aludido en el mencionado precepto constitucional. Se unifican los conceptos de «asilo y refugio», de tal forma que quien obtiene asilo recibe un status jurídico que viene a identificarse en lo esencial con el Estatuto para los Refugiados.

Finalmente, debe indicarse que esta Ley es un complemento necesario al Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951) y al Protocolo sobre el mismo tema (Nueva York, 31 de enero de 1967), que hoy forman parte del ordenamiento jurídico español como consecuencia de la adhesión de 22 de junio de 1978.

II. Las cuestiones jurídicas principales que presenta una Ley de Asilo son las siguientes:

1. Motivos de asilo:

El derecho de asilo en su dilatada historia ha transformado el ámbito de protección. Si en un principio beneficiaba sólo a los delincuentes comunes y nunca a los políticos, desde finales del XVIII la tendencia se invierte, de modo que en la actualidad sólo protege a los perseguidos políticos, entendida esta expresión en sentido amplio (raza, religión, nacionalidad, etcétera).

Nuestra Ley es en este punto generosa, pues junto a los perseguidos comprende también a quienes hayan cometido delitos políticos o conexos, que no lo sean en España.

2. Protección que ofrece el Asilo:

La protección primaria y esencial consiste en no devolver a la persona al Estado perseguidor y, por tanto, desestimar las peticiones de extradición. De ahí que la solicitud de asilo suspenda cualquier proceso de extradición (art. 5.º, 2). En cualquier caso, la expulsión de un extranjero nunca se realizará al país perseguidor, salvo casos de extradición formalmente acordada (art. 19.1).

Además, el asilo puede comprender también todas o algunas de las

medidas previstas en el artículo 2.º (autorización para trabajar, asistencia social, etc.).

3. Reconocimiento del derecho:

La petición de asilo puede hacerse en cualquier frontera española, aun cuando no se tenga la documentación en regla; en este último caso pueden adoptarse medidas cautelares. Lógicamente la petición puede cursarse también dentro del territorio nacional.

El reclamante puede valerse de abogado, que se nombrará de oficio si lo solicita. Se prevé también la intervención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (art. 5.º, 4).

La condición de asilado se reconoce por extensión a los ascendientes y descendientes en primer grado, así como al cónyuge (art. 5.º, 4).

4. La competencia:

La competencia en materia de asilo (concesión, revocación, condiciones) se atribuye al Gobierno, a propuesta del Ministerio del Interior, por tratarse de un acto en ejercicio de la soberanía del Estado. Se crea una Comisión Consultiva, compuesta por representantes de los Departamentos Ministeriales afectados por la concesión del asilo que deberá ser oída por el Ministerio del Interior antes de que éste eleve al Gobierno su propuesta de resolución. La existencia de esta Comisión garantiza la coordinación, en materia de asilo, de todos los Ministerios afectados.

Las resoluciones del Ministerio del Interior no admitiendo a trámite el expediente de solicitud de asilo o poniéndole fin son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El mismo recurso cabe contra las resoluciones del Gobierno revocadoras de la concesión de asilo. Por lo que respecta a las denegaciones de asilo se introduce la posibilidad del reexamen administrativo de las mismas, de acuerdo con las recomendaciones de los organismos internacionales especializados en la materia.

En la elaboración de esta Ley se ha consultado al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y a la Comisión Española de Ayuda al Refugiado.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, el Gobierno, acordó remitir a las Cortes Generales el siguiente

PROYECTO DE LEY

TITULO UNICO

CAPITULO I

Disposiciones generales

Art. 1.º Derecho a solicitar asilo

El territorio español constituirá un refugio inviolable para todas las personas a quienes se conceda asilo de conformidad con esta Ley. Se reconoce a los extranjeros el derecho a solicitar asilo.

Corresponde al Gobierno el reconocimiento y decisión sobre las solicitudes de asilo, atendiendo a las circunstancias del solicitante y del país perseguidor. La concesión de asilo se realizará mediante Real Decreto dictado a propuesta del Ministerio del Interior a quien corresponderá su preparación y elaboración en los términos establecidos en la presente Ley y Disposiciones que la desarrollen.

Art. 2.º Contenido del asilo

El asilo, a los efectos internos, es la protección dispensada por el Estado, en el ejercicio de su soberanía, a los extranjeros que se encuentren en algunas de las circunstancias previstas en el artículo 3.º, que consiste en la no devolución al Estado donde tenga fundada razón para temer persecución o castigo sobre las bases del artículo 3.1 de la presente Ley, y en la adopción de todas o algunas de las siguientes medidas:

- a) Autorización de residencia indefinida o temporal en España.
- b) Expedición de los documentos de viaje e identidad necesarios.
- c) Autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles.
- d) Asistencia social y económica en la forma que se determine reglamentariamente.
- e) Cualesquiera otras que se recojan en los Convenios Internacionales suscritos por España.

Art. 3.º Causas que justifican la solicitud de asilo

1. Podrán solicitar asilo en España:

- a) Las personas que se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o no quieran acogerse a la protección del mismo debido a fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, opiniones políticas o actividades políticas.
- b) Las personas que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde tuvieran su residencia habitual no quieran regresar al mismo, por las causas recogidas en el apartado anterior del presente artículo.
- c) Las personas que no quieran someterse a la protección del país de su nacionalidad ante el temor de sufrir cualquier clase de enjuiciamiento o sanción como consecuencia de actividades que no estén consideradas como delictivas en el ordenamiento jurídico español.
- d) Las personas no comprendidas en los párrafos anteriores en los casos en que la concesión del asilo se justifique por razones humanitarias.

2. Si el solicitante del asilo tuviere más de una nacionalidad, la expresión «del país de su nacionalidad» se entenderá referida a cualquiera de ellas. No se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a quien, teniendo más de una, no se haya acogido, careciendo de razón válida derivada de un fundado temor, a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.

3. En ningún caso se otorgará asilo a las personas respecto de las cuales existan motivos fundados para considerar que han cometido algunos

de los delitos contra la paz, contra la humanidad o de guerra definidos en los instrumentos internacionales elaborados para dictar disposiciones referentes a tales delitos, Asimismo, no podrá concederse asilo a quienes sean culpables de actos contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas.

Tampoco podrá otorgarse asilo a quien, con anterioridad a la concesión del mismo, hubiere cometido un grave delito común, un delito contra la seguridad de la aviación civil, un delito de terrorismo o cualquier otro acto considerado punible por los Convenios Internacionales válidamente ratificados por España.

CAPITULO II

De la concesión y del reconocimiento de la condición de asilado

Art. 4.º Presentación de la solicitud de asilo.

1. El extranjero que se encuentre en territorio español presentará su petición de asilo ante la Autoridad gubernativa competente.

La entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos propios de la condición de asilado, a condición de que se presente sin demora a las Autoridades.

2. La petición de asilo hecha en cualquier frontera supondrá la admisión provisional del extranjero, sin perjuicio de lo que pueda acordarse definitivamente por el Gobierno.

Si el extranjero carece de la documentación exigida por las Autoridades españolas, el Ministerio del Interior podrá acordar la fijación de residencia obligatoria al interesado en tanto no resuelva su solicitud.

3. La petición de asilo presentada por extranjero ante una Embajada o Consulado será tramitada a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Art. 5.º Efectos de la solicitud de asilo.

1. Solicitado el asilo por cualquier extranjero, no podrá ser expulsado sin que el Gobierno haya resuelto su petición, sin perjuicio de las medidas cautelares que pueda adoptar la Autoridad gubernativa por motivos de salud o seguridad pública.

2. La solicitud de asilo suspenderá hasta la decisión definitiva cualquier proceso de extradición del interesado que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud de concesión de asilo será comunicada inmediatamente al órgano ante el que tuviera lugar el correspondiente proceso.

3. Reglamentariamente se determinarán las normas de procedimiento para el reconocimiento de asilo, situación provisional de los reclamantes y documentación en que se le reconozca tal situación.

4. En todo caso se permitirá al reclamante valerse de abogado y se le nombrará de oficio si lo solicita; se establecerá la obligación de comunicar al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados la presentación de las solicitudes de asilo y la resolución definitiva que se dicte

sobre las mismas, permitiéndose al Alto Comisionado informarse de la marcha de los expedientes, estar presente en las audiencias al reclamante y presentar informes, verbales o escritos, por sí o por representante apoderado al efecto ante el Ministerio del Interior; igualmente se permitirá a las asociaciones legalmente reconocidas que entre sus objetivos tengan el asesoramiento y ayuda al refugiado la presentación de informes escritos ante el Ministerio del Interior.

Art. 6.º Comisión Consultiva para las solicitudes de asilo.

Se crea, en el seno del Ministerio del Interior, una Comisión Consultiva que informará sobre las solicitudes de asilo. La Comisión estará compuesta por un representante de cada uno de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia, Interior y Trabajo y Seguridad Social. Las normas de funcionamiento de la Comisión se determinarán reglamentariamente.

Art. 7.º Concesión del asilo.

La concesión del asilo será de la competencia del Gobierno, a petición de la parte interesada.

El Ministerio del Interior, oída la Comisión Consultiva citada en el artículo anterior, propondrá al Gobierno la resolución que estime pertinente sobre las solicitudes de asilo.

Art. 8.º Requisitos de la concesión de asilo.

Para que el Gobierno resuelva favorablemente la petición de asilo será necesario que se pruebe o aparezcan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguna de los supuestos previstos en el número 1 del artículo 3.º de esta Ley.

Art. 9.º Reexamen de la denegación.

El extranjero a quien le haya sido denegado el asilo podrá en cualquier momento, si tuviera nuevos datos probatorios de sus afirmaciones o considerase que las circunstancias que justificaban la denegación han desaparecido, instar del Ministerio del Interior la revisión de su expediente.

Art. 10. Extensión familiar del asilo.

La condición de asilado se reconocerá por extensión a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del asilado, salvo los casos de separación legal, separación de hecho, divorcio, mayoría de edad o independencia familiar, en cuyo caso se valorará por separado la situación de cada miembro de la familia.

Art. 11. Denegación del asilo por permanencia en otro Estado.

Podrá no reconocerse la condición de asilado a quienes por razones económicas y familiares o de otra índole tengan derecho a residir en un

tercer Estado o de hecho se encuentren, no simplemente en tránsito, en dicho tercer Estado, pudiendo obtener en el mismo la residencia y seguridad de no devolución al país perseguidor.

CAPITULO III

De los efectos del reconocimiento y pérdida de la condición de asilado

Art. 12. Derecho de no devolución.

El reconocimiento de la condición de asilado otorga al extranjero el derecho a no ser devuelto al país donde pueda tener motivos para temer fundadamente persecución o castigo, en los términos del artículo 3.º.

Art. 13. Residencia y permiso de trabajo.

El reconocimiento de la condición de asilado implica la autorización de residencia en España, la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles, la expedición del documento de identidad necesario y, en su caso, de viaje, todo ello con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley.

Art. 14. Condiciones especiales sobre residencia y trabajo.

El reconocimiento de la condición de asilado en el supuesto previsto en el apartado d) del número 1 del artículo 3.º, implicará un permiso de residencia temporal por un plazo de seis meses. Transcurrido dicho plazo, se revisará la condición de asilado cuya revocación deberá ser motivada y fundarse en causa justa que afecte al orden público interior, seguridad exterior del Estado o intereses internacionales del mismo.

En tales casos podrá otorgarse el permiso de residencia con alguna de las medidas de seguridad que se prevén en el artículo 18 y se estará a lo dispuesto en la normativa general sobre trabajo de extranjeros, que también se aplicará en todo caso a la familia del asilado.

Art. 15. Otras medidas protectoras.

La adopción de las demás medidas previstas en el artículo 2.º de esta Ley se realizará teniendo en cuenta los medios efectivos con que cuenta el Estado, de acuerdo con lo previsto en los Convenios suscritos por España, y atendiendo siempre a principios humanitarios.

Art. 16. Circunstancias excepcionales.

1. Por circunstancias excepcionales de índole política, económica y social podrá, con carácter general, denegarse la concesión de la autorización de la residencia y trabajo prevista en los tres artículos anteriores.

2. A las Cortes Generales mediante Ley corresponde la apreciación de la concurrencia de tales circunstancias y la determinación del alcance de

las medidas a adoptar, respetando en todo caso las situaciones preexistentes.

Art. 17. Efectos de la denegación de asilo.

La denegación del reconocimiento de la condición de asilado, salvo en el caso de entrada ilegal en España, no implicará la expulsión del solicitante, quien estará en las mismas condiciones que cualquier otro extranjero para obtener la autorización de residencia y trabajo y ostentar los demás derechos previstos en las Leyes y Convenios Internacionales.

Art. 18. Medidas cautelares.

1. Además de los derechos previstos en esta Ley, los extranjeros asilados disfrutarán en España de los mismos derechos y libertades que los demás extranjeros, gozando, en todo caso, los comprendidos en los apartados a), b) y c) del número 1 del artículo 3.º de esta Ley del tratamiento previsto en la Convención de Ginebra de 1951.

2. Sin embargo, por razones debidamente motivadas de seguridad del Estado, el Ministro del Interior podrá, con carácter temporal, adoptar las medidas de alejamiento de fronteras o de núcleos de población determinados singularmente. También podrá acordar por las mismas razones, presentaciones periódicas del asilado ante la autoridad competente.

3. Cuando las relaciones exteriores de España se viesen afectadas de modo grave y directo por actividades desarrolladas en España por una asociación, compuesta total o parcialmente de asilados, que exceda del ejercicio del derecho de libre expresión reconocido en la Constitución, el Ministro del Interior podrá, previo apercibimiento y mediante resolución motivada, proceder a la suspensión de las actividades de la misma y proponer su disolución ante la Autoridad judicial. Contra la decisión de suspender las actividades de la asociación cabrá el recurso a que se refiere el artículo 21 de esta Ley.

Art. 19. Expulsión de los asilados.

1. Los extranjeros asilados podrán ser expulsados del territorio español por actividades graves o reiteradas contra la seguridad interior o exterior del Estado.

En ningún caso se les expulsará al país donde hubiere motivos para temer persecución o castigo.

2. El Ministerio del Interior comunicará la expulsión al interesado, haciéndole saber los recursos que proceden contra la expulsión, así como que si los ejercita en el plazo de diez días quedará en suspenso la misma, sin perjuicio de otras medidas de seguridad que puedan adoptarse en este caso.

3. En todo caso, se concederá al expulsado un plazo razonable para buscar su admisión legal en otro país.

Art. 20. Revocación de la condición de asilado.

El Gobierno podrá acordar la revocación de la condición de asilado o de alguno o todos los beneficios previstos en el artículo 2.º de esta Ley en los siguientes casos:

a) Cuando el asilo se haya obtenido mediante datos, documentos o declaraciones que sean falsos y determinantes del reconocimiento obtenido.

b) Cuando el asilado abandone por más de un año el territorio nacional o adquiera residencia en otro país, a menos que obtenga una autorización previa si median causas que lo justifiquen.

c) Cuando el asilado pueda regresar a su país de origen en caso de haberse producido cambios que hagan cesar la persecución o los motivos racionales de temor a sufrir persecución.

d) Cuando se incurra en alguna de las causas de privación de la condición de asilado previstas en los Convenios Internacionales.

Art. 21. Recursos judiciales.

Las resoluciones del Ministerio del Interior no admitiendo a trámite las peticiones de asilo o poniendo término al expediente, y las del Gobierno que revoquen el asilo previamente concedido, serán recurribles ante la Sala correspondiente de lo Contencioso-Administrativo, ajustándose, en cuanto a su interposición y procedimiento, a lo previsto en las normas que regulan la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas.

DISPOSICION ADICIONAL

La denegación del reconocimiento de la condición de asilado, cualquiera que sea su causa, no impide que los órganos competentes en materia de extradición puedan entender, de acuerdo con la legislación correspondiente, que no procede la extradición por tratarse de un delito de carácter político o, aunque se trate de un delito común, fundarse en motivo de carácter político la petición de extradición.

Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.º, apartado 2.º, de la presente Ley, estuviese pendiente una solicitud de extradición, la decisión del Gobierno será comunicada al órgano correspondiente.

DISPOSICION TRANSITORIA

En tanto no sean promulgadas las normas reguladoras de amparo judicial, la referencia que a las mismas se contiene en el artículo 21 se entenderá hecha a los artículos 6.º a 10 de la Ley de 28 de diciembre de 1978.

DISPOSICION FINAL

Se autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones exija el desarrollo de la presente Ley.

Desarrollo del artículo 17.3 de la Constitución, en materia de asistencia letrada al detenido y al preso y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Orgánicas). («B. O. C. G.», Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 22-I, del 27 abril 1983.)

Exposición de motivos.

El artículo 17.3 de nuestra Constitución exige la garantía de asistencia de Abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca. A su vez también exige que toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar.

El presente proyecto de Ley desarrolla uno de los derechos fundamentales de nuestra Constitución inserto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como Ley Procesal, garantía esencial de los derechos fundamentales.

Los principios del desarrollo de este derecho se caracterizan atendiendo no sólo a su consideración como derecho público subjetivo, sino también como garantía jurídico-procesal, reconocida en nuestra Constitución y exigida como esencial por nuestro ordenamiento jurídico, propio de un Estado de Derecho. De ahí se desprende la naturaleza del derecho como irrenunciable, salvo en el limitadísimo supuesto de detenciones por delitos contra la seguridad del tráfico, por entenderse que la exigencia del ejercicio del derecho, en todo caso, puede perjudicar al detenido en estos supuestos concretos.

La Asistencia Letrada no se concibe como una mera presencia en el momento de practicarse la declaración o el reconocimiento, sino como una auténtica asistencia activa cuyo contenido se define por la posibilidad de exigir, por parte del Letrado, que al detenido o preso le sean leídos los derechos que le reconoce la Ley, la posibilidad de exigir el reconocimiento médico del asistido, la intervención mediante aclaraciones y observaciones, dejando constancia de unas u otras, durante la declaración, y, en definitiva, la posibilidad, una vez terminada ésta, de entrevistarse el Letrado con el detenido o preso. Este contenido esencial de la Asistencia Letrada al detenido supone un avance evidente en relación al vigente ordenamiento jurídico español y en el desarrollo democrático de nuestra Nación, alcanzando para el Estado mayores niveles de legalidad y legitimidad.

Los detenidos y presos aún en los supuestos de incomunicación también tendrán derecho a la Asistencia Letrada. El proyecto de Ley no podía desconocer por un lado que el artículo 55.2 de la Constitución no incluye el derecho de Asistencia Letrada al detenido entre los derechos que pueden ser suspendidos para personas determinadas y, por otro lado, la doctrina establecida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los criterios fijados por la Fiscalía General del Estado.

El profundo desarrollo de este derecho es compatible a su vez con la defensa de la sociedad. El Estado mantiene intactas las posibilidades de defensa de la seguridad pública, y garantiza una investigación policial eficaz.

Por otra parte, la presencia del Letrado es garantía de que tanto la declaración como el conocimiento serán realizados ajustados a la legalidad, con lo que la fuerza probatoria de las mismas gana intensidad, a la vez que destruye cualquier suspicacia respecto a las condiciones en que se ha desarrollado.

Se trata, en definitiva, con este proyecto de Ley de desarrollar un derecho fundamental reconocido en la Constitución cuya exigencia de desarrollo era una necesidad inexorable.

En su virtud, a propuesta de los Ministros de Justicia e Interior, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 30 de marzo de 1983, acordó remitir a las Cortes Generales el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo único.

Los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tendrán el siguiente contenido:

«Art. 520

1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio.

2. Toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, de los hechos que se le imputan motivadores de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

a) Derecho a guardar silencio no declarado si no quiere, no contestando a alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo lo hará ante el Juez.

b) Derecho a no confesarse culpable.

c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a su declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designare Abogado, se procederá a la designación de oficio.

d) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Si se tratare de un menor de edad o incapacitado, la Autoridad bajo cuya custodia se encuentra el detenido o preso notificará las circunstancias antedichas a la persona que ejerza la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo y, si no fuera hallada, se dará cuenta inmediata al Ministerio Fiscal; si fuera extranjero, derecho a comu-

nicar con el Cónsul de su país, a quien se notificará de oficio el hecho de la detención.

e) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano.

f) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal, por el de la Institución en que se encuentre o, en ausencia de los anteriores, por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

3. La Autoridad Judicial y los funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso se abstendrán de hacerle recomendaciones sobre la elección de Abogado y comunicarán, de forma fehaciente al Colegio de Abogados el nombre del Abogado elegido por aquél para su asistencia o petición de que se le designe de oficio. El Colegio de Abogados notificará al designado dicha elección a fin de que manifieste su aceptación o renuncia. En caso de que el designado no aceptare el referido encargo, no fuere hallado, o no compareciere, el Colegio de Abogados procederá al nombramiento de un abogado de oficio. El Abogado designado acudirá al centro de detención a la mayor brevedad y, en todo caso, en el plazo máximo de ocho horas contadas desde el momento de la comunicación al referido Colegio.

Si transcurrido el plazo de ocho horas desde la comunicación realizada al Colegio de Abogados, no compareciese Letrado alguno en el lugar donde el detenido o preso se encuentre, podrá procederse a la práctica de la declaración o del reconocimiento de aquél, si lo consintiere, sin perjuicio de las responsabilidades contraídas en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de los Abogados designados.

4. No obstante, el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de Letrado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico.

5. La asistencia del Abogado consistirá en:

a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 de este artículo y que se proceda al reconocimiento mérito señalado en su párrafo f).

b) Solicitar de la Autoridad Judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la aclaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

c) Entrevistarse con el detenido, si éste así lo solicita, al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido.»

«Art. 527

El detenido o preso, mientras se halle incomunicado, no podrá disfrutar de los beneficios expresados en el presente Capítulo.

El detenido o preso incomunicado disfrutará de los derechos establecidos en el artículo 520, con las siguientes modificaciones:

a) En todo caso, su Abogado será designado de oficio.

b) No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado d), del número 2.

c) Tampoco tendrá derecho a la entrevista con su Abogado prevista en el apartado c), del número 5.»

Modificación del artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. («B. O. C. G.». Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 52-I, del 21 septiembre 1983.)

El notable incremento que en los últimos tiempos han experimentado las piezas de convicción intervenidas por la autoridad judicial, singularmente drogas y explosivos y los gravísimos problemas de todo orden que está planteando a los organismos encargados de su almacenamiento y custodia, puestas reiteradamente de manifiesto, hacen de todo punto necesario la modificación del artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, sin hacer distingo de clase alguna, ordena taxativamente la conservación de los instrumentos, armas y efectos del delito, con todos los peligros que comporta una tal indiscriminación.

La expresada modificación se concreta en la posibilidad de que la autoridad judicial acuerde la destrucción de aquellos efectos cuya conservación lleve implícita un peligro real o potencial, advirtiendo que la especial prevención de dejar muestras suficientes y expresa constancia en autos de la naturaleza, calidad y cantidad de las piezas destruidas, garantizarán en todo caso el buen fin del proceso penal, sin menoscabo de las garantías del inculpado.

En su virtud, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia y previo informe del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del día 27 de julio, acordó remitir a las Cortes Generales el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo único.

El artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quedará redactado en los siguientes términos:

«Los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el artículo 334 se sellarán, si fuere posible y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito. Sin embargo, podrá decretarse su destrucción, dejando muestras suficientes, cuando resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia. En todo caso se extenderá la oportuna diligencia y si se hubiera acordado la destrucción, deberá quedar constancia en los autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos destruidos.

Si los objetos no pudieren, por su naturaleza, conservarse en su forma primitiva, el Juez resolverá lo que estime conveniente, para conservarlos

del mejor modo posible y si fueren perecederos podrá ordenar su venta con las garantías que procedan, atendiendo su valor y depositando su importe a resultas de la causa.»

Comparecencia ante las Comisiones de Investigación del Congreso y Senado. («B. O. C. G.». Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 54-I, del 21 septiembre 1983.)

Exposición de motivos.

La facultad de formar Comisiones de Investigación, atribuida por la Constitución a las dos Cámaras de las Cortes Generales, configuran un deber constitucional cuyas condiciones de ejercicio aconsejan, para su más correcta efectividad, el desarrollo normativo de los supuestos y consecuencias del incumplimiento voluntario de sus previsiones. Por ello, y sin perjuicio de las especialidades procedimentales establecidas en los respectivos Reglamentos de las Cámaras, resulta necesario que la Ley fije el marco garantista en que los supuestos sancionadores han de aplicarse, que en todo caso no será de aplicación a los supuestos previstos en el título V de la Constitución.

A tal fin la presente Ley viene a establecer los requisitos de validez en que han de producirse los requerimientos para comparecer ante las Comisiones de investigación, a fin de que el incumplimiento voluntario de un requerimiento válidamente formulado se tipifique como desobediencia, que será especialmente calificada si el infractor reuniera la condición de funcionario público.

Sin perjuicio de las responsabilidades de índole penal, parece igualmente necesario dotar además a las Cámaras de vías de comunicación rápidas y eficaces para solicitar del Gobierno la asistencia necesaria para que los requerimientos de comparecencia acordados por las Comisiones de investigación se cumplan de manera inmediata y eficaz.

En su virtud, el Gobierno, a propuesta del Ministro de la Presidencia, en su reunión del día 27 de julio de 1983, acordó remitir a las Cortes Generales el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Art. 1

Todos los ciudadanos españoles y los extranjeros que se encuentren en España están obligados a comparecer a requerimiento de las Comisiones de Investigación, nombradas por las Cámaras Legislativas.

Art. 2

Los requerimientos para comparecer se formularán mediante citación fehaciente de la Presidencia de la Cámara, en los términos establecidos

en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, y en forma de oficio, en el que se hará constar:

- 1) Expresión de la Presidencia que requiere fecha del acuerdo para requerir y Comisión de Investigación ante la que se ha de comparecer.
- 2) Nombre y apellidos de los requeridos y señas de su domicilio.
- 3) Lugar, día y hora en que haya de comparecer el requerido, con apercibimiento de las responsabilidades en que pudiera incurrir en caso de incomparecencia.
- 4) Objeto del requerimiento y testimonio que haya de ser prestado.

Art. 3

El requerimiento conforme a lo previsto en el artículo anterior, que dejara voluntariamente de comparecer ante una Comisión de Investigación, incurrirá en un delito de desobediencia previsto y penado en el Código Penal.

Art. 4

Sin perjuicio de las responsabilidades penales anteriores, el Presidente de la Cámara podrá dirigirse al Gobierno al efecto de que el requerido que no hubiese comparecido sea conducido por la fuerza pública a la presencia de la Comisión de Investigación correspondiente.

Art. 5

Lo previsto en esta Ley no será de aplicación a los supuestos establecidos en el Título V de la Constitución.

CIRCULARES Y CONSULTAS DE LA FISCALIA DEL T. S.

a) CIRCULARES

CIRCULAR NUMERO 1/1982

FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL EN RELACION CON LAS SITUACIONES DE PRISION PROVISIONAL

La realidad social nos muestra la existencia de un considerable número de presos preventivos, situación que si, por regla general, responde a decisiones absolutamente justas, dados la entidad de la infracción y el tenor de la Ley, en otras ocasiones la medida cautelar adoptada podrá ser susceptible de revisión, atendiendo, bien a una proporción cuyos términos sean el tiempo transcurrido en esa situación y la gravedad de la posible pena a solicitar, o al hecho de que la antijuricidad de una determinada conducta sea considerada socialmente menos relevante, aun teniendo una penalidad paralela a otras infracciones tenidas por más graves. Para conseguir un equilibrio estable entre libertad-prisión y reducir los

indeseables excesos en la duración de la medida cautelar de prisión preventiva, es básico que tal medida cautelar, singular y limitada, tanto en su adopción como en su duración (artículo 17.4 de la Constitución), sólo se extienda a los supuestos previstos *ex lege*, dado que también es un derecho fundamental la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución), que si bien tiene la naturaleza de *iuris tantum*, es lo cierto que únicamente se desvirtúa en juicio contradictorio con pruebas legales sobre la culpabilidad.

De otro lado, para la vigencia del principio constitucional de que los procesos han de desarrollarse sin dilaciones indebidas (artículo 24.2), es imprescindible una especial vigilancia en la tramitación de las causas con procesados privados de libertad, hasta conseguir una solución inmediata y justa a través de la aceleración de los trámites, para lo que el Ministerio Fiscal no sólo debe ajustar su actuación a las normas procesales ordenadoras, sino que, en cuanto defensor del mantenimiento de la legalidad, cooperará con su impulso a su efectivo cumplimiento por los órganos de la Administración de Justicia y por las partes. Mas, en esta línea, la realidad de una Justicia penal eficaz, con ser importante, no se reduce sólo a evitar que los procesos se prolonguen en el tiempo; tampoco debe desconocerse que la consecuencia punitiva inherente a las infracciones ha de ser congruente con el comportamiento delictivo y se acomodará a las exigencias del tiempo en que ha de ser aplicada.

De esta manera, en tres órdenes distintos de actividades deberá cumplir el Ministerio Fiscal sus funciones en garantía de una estricta Justicia penal. Una es la dirigida a impedir, merced a una interpretación flexible y no rigorista, que las situaciones de prisión provisional se extiendan más allá del marco legal; otra, la encaminada a velar por la observancia de los trámites, que dará agilidad a los procedimientos y a instar el carácter preferente y de urgencia para las causas con presos preventivos, y, en fin, la que se proyecta en una fase posterior del proceso, y conforme a la cual deberá solicitar la aplicación de beneficios legales, y, en particular, el indulto autorizado por el artículo 2.º, párrafo segundo, del Código penal cuando se observe una manifiesta desproporción entre la conducta anti-jurídica y la sanción penal, ponderando su eventual desvaloración social y la previsible racionalización de las penas.

1. En los procesos penales, la alternativa libertad-prisión de los inculcados debe concentrarse exactamente en la forma prevista de modo flexible por la Ley. Por ello, incondicionadamente primará el criterio de una interpretación restrictiva de las conductas integradoras de estructuras punibles capaces de determinar la medida cautelar de prisión provisional, con lo que esta situación impeditiva del ejercicio del derecho constitucional a la libertad se reducirá siempre al máximo, respetando el ámbito de las normas reguladoras. El Ministerio Fiscal, defensor caracterizado de los valores que representan la legalidad y los derechos y libertades públicas, ahora que aumenta en forma alarmante la población penal preventiva, debe velar por la aplicación y observancia de los preceptos específicos en dirección única a la Justicia, impidiendo la consolidación de

estados contrarios a los principios inspiradores de un Estado democrático del Derecho. En esta dirección están las Circulares de esta Fiscalía 4/1978, de 23 de mayo; 6/1978, de 18 de diciembre, y 2/1980, de 14 de mayo, en las que, tras analizar los artículos 503-505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, expresaban que la actividad del Ministerio Fiscal debería centrarse, de un lado, en evitar a toda costa las prisiones provisionales injustificadas o excedentes del tiempo estrictamente indispensable y, de otro, en promover o instar las que procedan valorando la naturaleza del delito, la pena asignada al mismo y los antecedentes del inculpaado.

La realidad normativa de la prisión provisional no ha cambiado tras promulgarse la Ley de 22 de abril de 1980, y técnicamente tal figura jurídico-procesal sigue cumpliendo la función propia de aseguramiento insita en toda medida cautelar personal: excluir el peligro de la ineficacia de resoluciones judiciales por ausencia del imputado en el proceso y garantizar la posibilidad práctica de ejecución de las penas privativas de libertad. En definitiva, con ella se asegura tanto la presencia del inculpaado durante la instrucción y el juicio oral obstaculizando la suspensión de éste como la efectividad del cumplimiento de la sanción penal probable. Pero una vez acordada no es permanente, sino sustituible e incluso eliminable. De una parte, es modificable por medio de la constitución de garantías patrimoniales (fianza) configuradoras de otra medida cautelar alternativa de menor entidad (libertad provisional), pero que persigue también garantizar la comparecencia en los actos procesales para los que sea citado el inculpaado. Y, de otra, puede extinguirse en cuanto se haga compatible el reconocimiento constitucional de una prisión provisional con límites temporales (artículo 17.4), basada en un juicio de probabilidad sobre la existencia de una resolución condenatoria para el procesado, con el principio de la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución), pues nunca existe la seguridad de que la sentencia definitiva impondrá una pena ni cuál será, en su caso, la entidad de la impuesta. Si, conforme al primero de estos principios, al procesado antes de la sentencia irrevocable de condena, se le da el trato de un condenado, pero sin la posibilidad de gozar de beneficios penitenciarios inherentes al cumplimiento de la pena (artículo 25.2 de la Constitución), a tenor del segundo, al simple procesado se le presume inocente, con lo que la afirmación abstracta de culpabilidad anterior a la sentencia, cuyo contenido siempre es incierto, no puede por sí sola dar lugar a efectos jurídico-penales.

Se hace, por tanto, necesaria la conciliación de estos principios que se nos presentan como esencialmente contrapuestos, pues si se considera únicamente el de la presunción de inocencia, resultaría inconcebible la prisión provisional en cuanto representa un cumplimiento anticipado de la pena privativa de libertad correspondiente a una conducta culpable y punible. Más valor debe atribuirse a la presunción de no culpabilidad, de carácter incondicionado, que a la medida cautelar de prisión provisional, siempre condicionada y limitada por un plazo cuyo máximo será determinado por la Ley (artículo 17.4 de la Constitución), pero sin que pueda rebasar la mitad del *quantum* de la pena correspondiente al delito impu-

tado (artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Luego si la presunción de inocencia es de grado y radio mayor que la temporal prisión preventiva carente de firmeza, la extensión que en la práctica deba darse a ésta alcanzará los caracteres de excepcional, por lo que el pronunciamiento positivo sólo deberá producirse cuando la conducta a enjuiciar claramente esté en el grupo de las que por su gravedad son excluyentes de cualquier otro tipo de medida aseguratoria. Pero además la adopción de la prisión provisional responde a una determinada situación de hecho que el órgano jurisdiccional consideró existente en el momento de pronunciarse sobre ella, mas la situación inicialmente dada puede sufrir alteraciones a lo largo del proceso que deben conducir a la modificación de la medida constituida. La prisión provisional, como todas las medidas cautelares, está sometida al principio *rebus sic stantibus*, razón por la cual la variación de los presupuestos implica, si no la extinción, sí la variación de la medida y su sustitución por otra: la libertad provisional, ya sea acompañada de garantías patrimoniales o de comparecencias con periodicidad variable, según el mayor o menor riesgo de fuga u ocultación.

Excluidos los supuestos en que sea manifiesta la procedencia de la prisión provisional obligatoria, el Ministerio Fiscal, en trance de revisar la situación de los presos preventivos, deberá ponderar circunstancias de diversa naturaleza, referidas unas al hecho, otras al autor, e incluso las de carácter técnico-jurídico, mas sin olvidar tampoco el posible desvalor social del comportamiento delictivo. De modo meramente enunciativo, se concretan éstas:

a) La mayor o menor posibilidad de que la persona sujeta a prisión provisional sea condenada, atendido el dato fáctico del conjunto de las pruebas practicadas y la consideración jurídica de la inexistencia actual de un sistema de indemnizaciones por prisión provisional seguida de sobreseimiento o de sentencia absolutoria; como el derecho a indemnización a cargo del Estado por daños que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (artículo 121 de la Constitución) no está desarrollado, se desconoce si su ámbito comprendería la hipótesis a que nos referimos.

b) Si la sanción penal previsible, contenido de la futura sentencia, se halla virtualmente cumplida. Para el desenvolvimiento y construcción de esta circunstancia habrá de tenerse en cuenta la efectiva duración de la medida cautelar en función de la pena asignada al delito en el Código penal vigente. A la integración del eventual *quantum*, junto a los índices del artículo 61 del Código penal, contribuirán otros baremos: los beneficios reductores de la pena previstos en nuestro ordenamiento, la edad de los imputados, la cualidad o no de delinquentes primarios y particularmente en los delitos contra la propiedad, si el hecho dado se encuentra próximo a los límites cuantitativos correspondientes a una pena inferior.

c) Que la función cautelar o de aseguramiento de la ejecución es menos intensa cuando las posibles penas a imponer sean de menor gravedad o las circunstancias personales del autor hagan presumible que no se sustraerá a la acción de la Justicia.

d) El desvalor social del comportamiento que se incrimina, en principio, al que se halla en situación de prisión provisional, según criterios de rigurosa actualidad, que, por una parte, evolucionan como la realidad social misma y, por otra, pueden influir de modo decisivo en la condena que en definitiva se imponga. Y ello en razón de que el Fiscal, en el proceso penal, representa y defiende el interés social, de donde se infiere la ineludible necesidad de tener presente en todo momento su entidad como elemento conformador de la valoración jurídica de la conducta que ha de llevar a cabo, de suerte que, sin perder de vista las exigencias legales, tal valoración deberá estar siempre inspirada en la naturaleza y entidad de aquel interés. Otra cosa supondría ajustar la actuación del Fiscal a criterios formalistas de modo exclusivo, que no se acomodarían a la esencia de la función, pudiéndose mencionar, entre los factores que ayudarían a apreciar la aminoración del desvalor social del hecho incriminado, los mismos que posteriormente se enuncian al examinar la actuación del Ministerio Fiscal en relación con las peticiones de conmutación de penas.

Circunstancias de la naturaleza de las reseñadas u otras análogas que puedan estar presentes en los múltiples y heterogéneos casos de la vida real al tiempo de la instrucción o de la calificación, servirán para instar la modificación de la prisión provisional que, para unificar criterios, se resolverá consultando directamente al Fiscal Jefe o sometiéndolo a la consideración de la Junta de Fiscalía.

Nótese, sin embargo, que no se trata de generalizar o de solicitar, sin más, la libertad para quienes se hayan privados preventivamente de ella, sino de prestar la máxima atención en cada caso al análisis de las circunstancias, individualizándolas con la mayor precisión posible a través de las pruebas, y si se concluye que la situación es legalmente inmodificable lo procedente será interesar la aceleración de los siguientes trámites.

2. Pero el Ministerio Fiscal no sólo debe garantizar que los efectos limitativos del derecho a la libertad queden reducidos a los estrictos supuestos legales y por un tiempo que en ningún caso superará el máximo previsto (artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sino que su actividad se extenderá también a promover el derecho de gracia, para lo que se halla expresamente legitimado.

Si las peticiones de indulto por el Ministerio Fiscal vienen siendo realmente excepcionales, sin perder del todo ese carácter, deberán solicitarse cuando se trate de corregir el rigor de la ley en supuestos específicos de manifiesta falta de correlación entre el contenido de la acción delictiva y la pena, o para evitar que se produzcan situaciones injustas, como acontece con algunos tipos delictivos en crisis, pero con penalidad desproporcionada según una valoración social o las tendencias modernas de la jurisprudencia y la doctrina científica. En estos casos el Ministerio Fiscal deberá solicitar del Tribunal el uso de la facultad singular que concede el artículo 2.º, párrafo segundo, del Código penal, a cuyo efecto, en un otrosí de su escrito de calificación, podrá hacerlo constar razonadamente, o bien, con preferencia, lo solicitará «in voce» del Tribunal en el acto del juicio oral, una vez formado un criterio definitivo sobre la cuestión.

3. En orden a la aceleración de los trámites, existan o no personas sujetas a la medida cautelar de prisión preventiva, es obligado recordar ahora el Real Decreto-Ley de 26 de enero de 1979 sobre protección de la seguridad ciudadana, cuyo contenido alcanza a buena parte de delitos de robo, ya sean violentos, intimidatorios o con fuerza en las cosas, de utilización ilegítima de vehículos de motor, coacciones o amenazas. En estos procedimientos las previsiones serán:

— Al recibir los autos para la instrucción de lo actuado y calificación de los hechos (artículo 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) solicitará, si no lo hubiere acordado ya el Tribunal, que aquél trámite sea único o común, con la consiguiente exposición o manifestación de los autos en Secretaría por el plazo legal para que coetáneamente sea evacuado por las distintas representaciones. Es patente la economía de tiempo que con ello se consigue en sumarios instruidos por infracciones con pluralidad de partícipes, cada uno de los cuales normalmente tiene distinta representación legal. Con la observancia de estas normas no cabe la posibilidad de que se produzcan retenciones de diligencias, con resultados paralizantes.

— Resultando irreformables las resoluciones del instructor en estos procedimientos singulares, deberá utilizarse el recurso de apelación directo en los supuestos expresamente autorizados por la Ley, pero de manera especial en los que, resultando improcedente, se hubiera acordado la libertad de los procesados; a estos efectos el Ministerio Fiscal, dentro del limitado plazo de veinticuatro horas de la notificación del auto, efectuará la personación en el mismo escrito de interposición, con acompañamiento de la documentación que, en su caso, puede constituir el soporte, a fin de que se sustancie dentro de los breves términos que establece el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A las anteriores consideraciones deberá atenderse el Ministerio Fiscal, cuya conocida diligencia dará lugar al más exacto y rápido cumplimiento de esta circular.

Madrid, 4 de noviembre de 1982.

CIRCULAR DE 1 DE JULIO DE 1983 DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, SOBRE LA LEY DE REFORMA DEL CODIGO PENAL, 8/83, DE 25 DE JUNIO (*)

MEDIDAS DE EJECUCION INMEDIATA ANTE LA PUBLICACION DE LA LEY ORGANICA 8/1983, DE 25 DE JUNIO, DE REFORMA URGENTE Y PARCIAL DEL CODIGO PENAL

Los problemas acuciantes a los que pretende hacer frente la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, exigen una inmediata decisión sobre la incidencia de los nuevos preceptos respecto de las causas ya senten-

(*) Aunque no esté comprendida en la memoria de la F. T. S. de 1983, la insertamos por su interés para la reforma de 1983.

ciadas y los procedimientos en tramitación, tanto durante su «vacatio» como desde el momento de la entrada en vigor.

La Ley Orgánica no establece una disposición expresa sobre la entrada en vigor, rigiendo la norma general del art. 2-1 del Título Preliminar del Código Civil, que señala el plazo de veinte días a partir de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

El período de «vacatio» tiene como finalidad que las leyes puedan ser conocidas y valoradas por aquéllos a los que van destinadas y alcanza su plena justificación cuando se trata de normas sancionadoras que establecen nuevos tipos delictivos o agravan los existentes. No obstante, razones de política criminal aconsejan aplicar estos principios a la luz de las previsibles ventajas que la nueva ley pueda originar.

Las normas penales más favorables, cuya retroactividad está legalmente sancionada, deben ser aplicadas de manera que sus consecuencias positivas se reflejen en la realidad, sin los cortes o soluciones de continuidad que ocasiona el plazo de vacación legal. Es incongruente que la ley penal más favorable, que regirá por la vía de la retroactividad todos los hechos realizados durante el plazo de «vacatio», no pueda alcanzar los efectos beneficiosos que se desprenden de su propio contenido, desde el mismo momento de su publicación, dilatando innecesariamente una realidad penal y penitenciaria cuya solución no puede demorarse y a la que hace referencia la Exposición de Motivos de la propia Ley.

Si con su aplicación inmediata se consigue una rápida y efectiva tutela judicial y, al mismo tiempo, se satisfacen los objetivos a los que se pretende dar respuesta, no existen obstáculos para admitir la vigencia funcional de la ley a partir de su promulgación, por lo menos en lo relativo a la modificación de la situación personal de los beneficiados por sus disposiciones.

La necesidad de resolver las cuestiones urgentes que pueden solucionarse con la aplicación de la presente ley —fundamentalmente la excarcelación de los penados o presos que se vean favorablemente afectados por la reforma— obliga a poner en marcha las actuaciones necesarias para la rápida resolución de los casos que afecten directamente a la libertad personal, dejando para un momento ulterior su aplicación generalizada a todos los demás supuestos innovados por la reforma.

Los aspectos doctrinales de la nueva Ley Orgánica necesitan un más profundo análisis para lo que serán necesarias las aportaciones que las distintas Fiscalías puedan ofrecer, según sus propias reflexiones y experiencias. Por ello se requiere la colaboración de todos para que, señalando los principales puntos teóricos y prácticos que se hayan observado durante su aplicación, se pueda llegar a una interpretación homogénea de todas las cuestiones que plantea la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

I. CUESTIONES PROCESALES

El amplio panorama abarcado por la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal incide sobre la mayoría de los procedimientos penales que constituyen la actividad usual de nuestros Juzgados y Tribunales, por lo que es necesario contemplar toda la gama de posibilidades que pueda presentarse durante el tiempo en que necesariamente durará el ensamblaje entre la realidad penal y penitenciaria regida por el derecho anterior y las situaciones que se vayan acogiendo a la nueva normativa, en general más beneficiosa.

Las disposiciones transitorias tienden a conseguir estas finalidades, tanto en los procedimientos terminados como en los que están en tramitación. Los supuestos principales que pueden plantearse se clasifican y examinan en diversos apartados.

A. Causas terminadas por sentencia.

La Disposición Transitoria de la Ley Orgánica establece normas para rectificar las sentencias firmes no ejecutadas y las que no sean firmes por estar pendientes de recurso. Su alcance y extensión será analizado a continuación.

1. *Sentencias firmes no ejecutadas.*

La expresión, no ejecutadas, que emplea el legislador debe entenderse en un sentido amplio abarcando todas aquellas causas que han alcanzado sentencia firme y las que no hubieren llegado a su archivo definitivo, tanto si no hubiere comenzado su ejecución como si ésta estuviere ya iniciada.

La determinación de los supuestos más beneficiosos que se deriven de la aplicación de las nuevas disposiciones plantea, en algunos casos, problemas de incierta resolución. El legislador se inclina por la aplicación taxativa del contenido de la norma cuando inequívocamente se desprenda de su lectura condiciones más ventajosas (descriminalización de conductas, reducción de tipos o disminución de penas), restringiendo la aplicación retroactiva cuando el beneficio para el reo viniere determinado por la posibilidad del ejercicio del arbitrio judicial que concedan las nuevas normas.

Conviene recordar en este punto las posturas doctrinales que sostienen que la comparación para determinar la ley más favorable debe establecerse entre los preceptos íntegros de las leyes en concurrencia, sin que quepa construir una tercera norma tomando fraccionadamente aspectos parciales del precepto nuevo y del derogado.

Algunos supuestos que se plantean:

a) *Causas en las que no se haya iniciado la ejecución.*

Se practicará la revisión de las sentencias para acomodarlas a la nueva normativa, solicitando que se practique, urgentemente, liquidación de condena y se acuerde todo lo necesario para su cumplimiento. La revisión

deberá tener en cuenta la posibilidad de solicitar la aplicación de la condena condicional, cuando sea procedente, con arreglo a las normas nuevas que la regulan.

En los casos en que se haya concedido la condena condicional deberá efectuarse la revisión cuando los hechos a los que se haya aplicado estén descriminalizados o sean constitutivos de falta.

b) *Causas en las que se ha iniciado el cumplimiento de la condena.*

Será reclamadas con carácter preferente y urgente para acomodar la pena y sus modalidades de cumplimiento a lo que resulte de las normas reformadas.

c) *Causas en las que se haya cumplido la pena sin haber alcanzado el archivo definitivo (pendientes, por ejemplo, las responsabilidades civiles).*

Se procederá a la revisión de estas causas en los supuestos en que la reducción de la pena pueda afectar a otras condenas que, un mismo reo, tuviere pendientes de cumplimiento. También se llevará a efecto su rectificación cuando de alguna otra manera favorezca al reo.

d) *Sentencias ya ejecutadas.*

La Disposición Transitoria no hace referencia a las sentencias ya ejecutadas como venía siendo habitual en los casos de las últimas modificaciones de cuantías.

Dados los términos del art. 24 del Código Penal, no se hace precisa su revisión por el Tribunal sentenciador, pero sí habrá de tenerse en cuenta la nueva legalidad para valorar sus efectos futuros sobre otros procesos penales, tanto en los supuestos de descriminalización del hecho penado cuando en los casos en que, por ser constitutivos de falta o merecer una pena más benigna conforme a la nueva legalidad, no deban servir de base a una declaración de reincidencia.

2. *Sentencias no firmes por estar pendientes de recurso.*

La Disposición Transitoria es, en este aspecto, suficientemente clara y apenas necesita comentario.

La regla 2.ª del párrafo cuarto, anticipa la entrada en vigor de la ley en los supuestos de recursos de casación aún no formalizados, cuyo plazo vena durante el período de «vacatio», permitiendo invocar las infracciones legales que se aleguen conforme a los preceptos reformados.

Respecto a los recursos de casación que estuvieren sustanciándose en el momento de entrada en vigor de la ley, la regla 3.ª parece referirse exclusivamente a los interpuestos por infracción de ley, sin alterar la tramitación de los que se hubiesen articulado por quebrantamiento de forma.

La Sala remitirá la causa al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que indiquen si concurren motivos de casación por infracción de ley,

al amparo de las nuevas normas, solicitando, en su caso, lo que se estime pertinente respecto de la modificación de la situación personal cuando se vea afectada por los nuevos motivos alegados.

Los supuestos que se planteen durante la tramitación de los recursos de apelación, están claramente contemplados en la ley, reiterándose la necesidad de solicitar la urgente modificación de las situaciones de privación de libertad, en los casos en que sea procedente.

B. Causas en tramitación

El legislador sólo contempla, en su disposición transitoria, los aspectos que hemos examinado, sin hacer referencia a aquellas causas que se encuentran en tramitación. Es necesario, por tanto, contemplar las disposiciones legales utilizando criterios interpretativos que puedan aplicarse a los procedimientos iniciados por hechos realizados antes de la publicación de la reforma del Código Penal, y en los que todavía no ha recaído sentencia o resolución definitiva, distinguiendo los diversos supuestos que puedan plantearse:

a) *Causas que entran para calificar en el plazo de «vacatio legis»:*

Tendrán carácter preferente y urgente las causas con preso. Razones de economía procesal aconsejan permitir la aplicación de la nueva normativa, procediéndose a interesar las libertades que la modificación de la penalidad de los hechos perseguidos determinen, teniendo en cuenta los términos de la Instrucción núm. 1 del presente año. Las mismas razones de economía procesal permiten realizar las calificaciones, aplicando la ley más favorable para evitar los indeseables retrasos a que podía conducir una posterior rectificación. La regla 2.ª de la Disposición Transitoria, ya mencionada, permite llegar a esta resolución lógica y racional.

b) *Causas que entren para calificar después del período de «vacatio»*

Especial atención merecen, en estos casos, la problemática que puedan plantear los delitos contra la propiedad y la salud pública por la profunda modificación que han experimentado en su nueva regulación y la fijación como pena base de la de arresto mayor.

Parece inevitable la revocación, en la mayoría de los casos, para aportar a las actuaciones todos los datos y circunstancias especialmente cualificadores que permiten elevar las penas (art. 344: grave daño a la salud; cantidad de notoria importancia, centros de distribución, etc.), así como las circunstancias a las que se refieren los artículos 506, 516 y 529, algunas de las cuales son de nueva implantación, buscando siempre la solución más favorable, así como ajustando el procedimiento al que sea aplicable a la pena resultante.

c) *Causas calificadas*

a') Por hechos cuya tipificación delictiva se suprime

Aun admitiendo que nos encontramos en fase de juicio oral, la solución más adecuada por razones de economía procesal y de eficacia ante la acumulación de trabajo previsible, será la de acudir a la forma de sobreseimiento libre del núm. 2.º del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Carece de sentido seguir la tramitación hasta la vista oral para formular la retirada de acusaciones. Las normas que en su día se dictaron para la aplicación de indultos anticipados pueden tener aquí aplicación analógica.

b') Hechos que por aplicación de la nueva normativa sean constitutivos de falta

En este supuesto se encuentran, en principio, todos los casos de hurtos y estafas cuya cuantía sea inferior a 30.000 pesetas, aún cuando existan condenas anteriores por delitos o faltas contra la propiedad, ya que han desaparecido los artículos 515-4.º y 528-4.º del Código Penal.

Procederá el sobreseimiento libre del núm. 2.º del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su remisión al Juzgado de Distrito competente salvo, subsistiendo otros hechos delictivos deba conocer de ellos el órgano jurisdiccional que ostentaba la competencia.

c') Hechos que se benefician de una tipificación más favorable

La ley no prevé un trámite especial para nueva calificación, por lo que las causas deberán seguir su curso, sin cambio de procedimiento, modificándose las conclusiones en el momento oportuno. Razones de economía procesal así lo aconsejan.

Todo ello sin perjuicio de acordar lo precedente, sobre la situación personal de los acusados, que deberá resolverse interpretando las posibles normas aplicables de la forma más favorable.

Las causas calificadas en las que existan personas declaradas rebeldes continuarán en esta situación hasta que estén a disposición del órgano jurisdiccional respectivo.

II. CUESTIONES DE CARACTER SUSTANTIVO

La complejidad de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica exige plantear, con carácter complementario, una serie de aspectos sustantivos que influirán sobre las decisiones procedimentales que se adopten con carácter urgente. Nos permitimos llamar la atención de los señores Fiscales sobre algunos de los puntos de mayor incidencia:

1. Principio de culpabilidad y delitos cualificados por el resultado

El párrafo segundo del artículo 1.º desde una faceta positiva y el artículo 6.º bis b), en contemplación negativa, consagran plenamente el principio de la culpabilidad de que «no hay pena sin dolo ni culpa».

Este principio, desarrollado en el referido párrafo segundo del artículo 1.º, exigiendo «cuando la pena venga determinada por la producción de un posterior resultado más grave que, al menos, se hubiera causado por culpa» viene a plantear diversas cuestiones. Esta Circular no puede pretender afrontar estos problemas dada su complejidad, pero sí llamar la atención sobre su incidencia sobre los delitos cualificados por el resultado que, aunque formalmente no ha sido modificado por la nueva normativa —artículos 411, párrafo último, 488, párrafo último, y 348— están afectados por el rigorismo del principio de culpabilidad, de tal forma que el resultado, para ser atribuido al autor, tiene que serle reprochado, al menos, a título de culpa, pues, en caso de que no se alcance tal exigencia, no cabría hacerle responsable del resultado y únicamente respondería por la comisión del delito de base hasta donde haya llegado su dolo o culpa.

2. La facultad de sustituir el internamiento

Por alguna o algunas de las medidas señaladas en el artículo 8-1.º, en los supuestos de enajenación mental y sordomudez, posibilidad que deben utilizar los señores Fiscales cuando lo estimen más conveniente para el mejor tratamiento del culpable.

3. Aplicación de la eximente del art. 8-3.º o de la incompleta del art. 9-1.º

En relación con el precepto anterior cuando concurren los supuestos de hecho que se mencionan en el citado artículo 8.º (alteraciones de la percepción —distinta de la sordomudez— que alteren gravemente la conciencia de la realidad).

4. Aplicación del concepto de agresión ilegítima

En los supuestos de defensa de morada y sus dependencias, dada la supresión de las distinciones entre lugar habitado y solitario y día y noche.

5. Reincidencia art. 10-15

Bajo el nombre de «reincidencia» se recogen, aunque con modificaciones, las antiguas circunstancias de reiteración —art. 10-14— y reincidencia —art. 10-15—.

La nueva agravante de reincidencia tiene lugar cuando al delinquir nuevamente el culpable haya sido condenado en sentencia firme por:

- un delito comprendido en el mismo capítulo.
- un delito castigado con igual o mayor pena.
- dos o más delitos a los que la Ley anterior señale pena menor.

La primera modalidad supone una importante reducción del ámbito de la antigua circunstancia de reincidencia, ya que ahora la identidad formal

entre ambos delitos debe ser por la inclusión en el mismo capítulo y no en el mismo título; mientras que los supuestos de la segunda y tercera posibilidad de reincidencia repitan los requisitos exigidos en la anterior redacción de la reiteración.

Especial cuidado debe observarse en la comprobación de la subsistencia de los casos de reincidencia apreciada en virtud del anterior artículo 10-15, dado lo acabado de señalar en el párrafo anterior. No puede olvidarse que en muchos casos cuando, pese a la falta de identidad de capítulo, el delito anterior esté castigado con igual o mayor pena que el nuevo delito, no desaparece la aplicación de la circunstancia de agravación ya que la comparación entre ambas leyes —anterior y nueva— en su totalidad no conduce a la conclusión de que ésta sea más favorable.

La multirreincidencia, tanto la genérica como la específica del artículo 530 —este último precepto cuestionado en su subsistencia por la propia jurisprudencia— desaparece del nuevo texto, dado el tenor del artículo 10-15 y la derogación de la regla sexta del artículo 61.

En cuanto a la prescripción de la reincidencia conviene resaltar que en virtud de la nueva redacción dejarán de computarse a los efectos de la apreciación de la reincidencia tanto las anteriores condenas canceladas como las que hubieran podido serlo, superando con ello la rigorista doctrina jurisprudencia que, en observancia de la anterior literalidad del precepto derogado, impedía tal apreciación.

El artículo 118, en su último párrafo, establece que el Juez o Tribunal sentenciador —que es el que tiene encomendado el enjuiciamiento en que se cuestiona la posible aplicación de los antecedentes penales que pueden originar la reincidencia en el nuevo delito— cuando concurren los requisitos señalados en dicho artículo 118 para la cancelación por solicitud del interesado y éste no la haya instado, previa comprobación de tales circunstancias, no apreciará la agravante y ordenará la cancelación.

6. *Artículos 10-16 y 10-17 (Desprecio del sexo y lugar sagrado)*

La modificación acaecida en estas circunstancias agravantes supone que el «desprecio de sexo» y «lugar sagrado» dejan de tener eficacia para elevar la pena. Consecuentemente, el principio de retroactividad de la Ley más favorable impedirá su apreciación o impondrá su desaparición cuando hayan sido recogidas en sentencia. Debe advertirse que en todos los casos en que el desprecio de sexo haya actuado en forma equivalente al abuso de superioridad y absorbiendo esta última, no cabra aplicar la anterior tesis, pues el nuevo texto sigue conservando la circunstancia 8.^a del artículo 8 y por tanto el mero cambio de denominación no justifica la revisión.

7. *Efectos de la supresión o modificación de penas*

Desaparece la pena de interdicción civil.

Se limita la pena accesoria de inhabilitación para profesión u oficio a aquellos casos en que éste o aquélla guardan relación con el delito cometido.

Se suprime la pena de privación definitiva del permiso de conducir anteriormente prevista en los artículos 340 bis a) y 565.

El artículo 61-4 limita la posibilidad de imponer la pena en toda su extensión en los casos en que no concurran circunstancias atenuantes o agravantes, proscribiendo la aplicación de la pena en su grado máximo.

8. *Condena condicional*

La reducción de la duración de las penas y la mutación sustancial en la redacción de la reincidencia, incidirán sobre numerosos casos de sentencias cuyas penas estén en ejecución, posibilitando la aplicación de la condena condicional.

La circunstancia 1.ª del artículo 93 amplía notablemente la posibilidad de aplicar la condena condicional al equipararse el condenado rehabilitado a la condición de delincuente primario.

9. *Desaparición de la pena de privación del permiso de conducir con carácter definitivo*

La Ley de reforma deroga el párrafo segundo del artículo 340 bis a) y da una nueva redacción al párrafo sexto del artículo 565 con la consecuencia que se relata en el enunciado de este apartado.

10. *Supresión del delito de conducción sin permiso*

La mayoría de las sentencias firmes y ejecutadas podrán ser canceladas de oficio y las pendientes de ejecución deberán ser revisadas acordando el archivo que se notificará al Ministerio de Justicia para que proceda a la cancelación de los antecedentes.

11. *Tráfico de drogas (art. 344)*

El texto de este precepto es objeto de una profunda reforma, cuyo examen únicamente cabe realizar en este momento en alguna de las cuestiones que origina la incriminación de hechos cometidos bajo la anterior redacción y cuyo castigo esté pendiente en el momento de la entrada en vigor del nuevo artículo.

Pueden detallarse las siguientes cuestiones:

a) Hechos a los que corresponda o estén ya castigados —según el momento procesal— con pena de prisión mayor y multa o con pena privativa de libertad superior (art. 344 párrafos primero y tercero del antiguo texto).

El nuevo precepto impide que se imponga pena superior a prisión mayor y ésta únicamente es procedente cuando concurra alguno de los requisitos señalados en el artículo 344 párrafo segundo —difusión entre menores de dieciocho años, en centros docentes, etc...—.

En consecuencia, exclusivamente cuando la pena de prisión mayor, que corresponda con arreglo a la antigua redacción pueda ahora mantenerse al encontrarnos ante uno de los actos típicos cometidos con sustancias que causen grave daño a la salud, concurriendo alguno de los elementos del

párrafo segundo del nuevo artículo, no procederá la revisión, que deberá realizarse en los restantes supuestos.

b) El nuevo precepto eleva a categoría legal indiscutible que la posesión de drogas castigada es la que tiene finalidad de tráfico. Este punto había sido suficientemente aclarado por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia interpretativa de la anterior redacción.

c) Notoria dificultad ocasiona la distinción entre sustancias que causen «grave daño a la salud» y aquellas comprendidas en «demás casos». En primer lugar, una interpretación que atienda al bien jurídico protegido en este delito —la salud pública— obliga a reducir los casos comprendidos bajo este segundo supuesto a las sustancias que puedan causar algún daño al bien jurídico protegido, quedando excluidas aquellas otras inocuas e ineficaces en el ataque a la salud pública. En segundo lugar, la apreciación de los supuestos comprendidos en «grave daño a la salud» ofrece dificultades, ya suficientemente resaltadas por la doctrina que ha estudiado la redacción de este precepto bajo la fórmula establecida en el Proyecto de Código Penal de 1980. En los casos en que todavía no haya recaído sentencia, deberá proponerse la práctica de la oportuna prueba pericial que ayudará a determinar la existencia de tal extremo del perjuicio grave a la salud. Cuando la sentencia sea firme, la dificultad para fijar tal cuestión se acrecienta y obligará a que el Tribunal en el oportuno auto, dictado a tenor del párrafo tercero de la disposición transitoria, aclare tal extremo a la luz de los datos comprendidos en la propia sentencia. Puede servir como mero criterio orientador que la heroína debe ser considerado como sustancia que causa tal daño como ha reconocido ya la jurisprudencia y, por el contrario, el hachís carece de tal virtualidad. El reconocido celo de los señores Fiscales les aconsejará sobre la interpretación de esta cuestión y, en los casos procedentes, interpondrán el oportuno recurso de casación contra los autos dictados en revisión de las sentencias.

12. *La nueva redacción del artículo 428*

Supera la polémica doctrinal y jurisprudencial sobre el valor del consentimiento, eximiendo de responsabilidad en los supuestos que el mencionado artículo describe.

13. *El perdón en los delitos contra la honestidad*

La modificación sustancial de la institución del perdón en esta clase de delitos, tiene carácter restrictivo por lo que deberá aplicarse la disposición más favorable al reo cuando se trate de hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la Ley.

La nueva regulación establece distintos criterios según la clase de delito que se contempla:

a) Respecto de los abusos deshonestos, estupro y rapto la eficacia del perdón se limita en el tiempo hasta el momento en que recaiga sentencia en la instancia. Después de este momento procesal el perdón es inoperante sobre la pena impuesta o en ejecución.

b) Respecto de la violación, el último párrafo del artículo 443 señala una distinción con los anteriores delitos negando efectos extintivos de la acción penal al perdón otorgado. La interpretación auténtica que se recoge en la Exposición de Motivos establece que el perdón del ofendido en ningún caso extingue la acción penal.

No obstante sigue vigente la disposición general del artículo 112-5.º, que considera como causa de extinción de la responsabilidad penal, el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos solamente perseguibles mediante denuncias o querellas del agraviado. El claro pronunciamiento del legislador al modificar la regulación de los delitos contra la honestidad conduce a considerar prevalente, por el principio de especialidad, la disposición del artículo 443 sobre la genérica del artículo 112-5.º, cuya aplicación quedará reducida a los delitos de calumnia, injuria y abandono de familia.

14. *El perdón en abandono de familia*

El legislador no distingue, dada la naturaleza del delito, entre perdón expreso o presunto ni condiciona su otorgamiento a que se haga antes o después de haberse alcanzado sentencia firme. Concede al perdón el efecto de extinguir la acción penal sin hacer distinción ni referencia a la pena impuesta o en ejecución. Siendo aplicable el artículo 112-5.º, pese a la imprecisión de los términos utilizados por el legislador, habrá de entenderse que sus efectos se extienden a todos los supuestos y alcanzan tanto a los casos de perdón presunto como a los otorgados después de la sentencia.

15. *Delitos contra la propiedad (Robo y hurto)*

Se simplifica la escala de cuantías estableciendo la cifra de 30.000 pesetas como frontera entre el delito y la falta en los supuestos de hurto y estafa y como tope para graduar la pena en los delitos de robo con fuerza en las cosas.

Los antecedentes penales no transforman los hechos que por su cuantía sean constitutivos de falta en delito al desaparecer los antiguos artículos 515-4.º, 528-4.º.

Las modalidades de hurto comprendidas en el antiguo art. 514-2.º están ahora recogidas en el último párrafo del artículo 535. Los supuestos del derogado artículo 514-3.º deben considerarse como un tipo normal de hurto.

Los artículos 506 y 516 contienen relaciones de circunstancias que agravan los delitos de robo y de hurto. Puede destacarse, a mero ejemplo, que cuando las cuantías sean notablemente superiores a las 30.000 pesetas, de manera que los hechos revistan especial gravedad, estaremos en presencia de una circunstancia agravatoria —art. 506-8.º, 516-3.º e igualmente en las estafas según el art. 529-7.º— y que el abuso de superioridad recogido en el apartado 9.º del artículo 506-4.º, del artículo 516 y también repetido para las estafas en el artículo 529-7.º, debe entenderse como el aprovechamiento de las circunstancias de prevalimiento en que se encuentre el autor respec-

to a su víctima, como puede suceder en los casos en que ésta sea invidente o en otros supuestos de perjudicados minusválidos físicos o psíquicos.

16. *Especial referencia al delito de estafa*

Desaparecen los diversos tipos de estafa contenidos en el extenso casuismo de los artículos 528 y 529, así como la cláusula genérica y residual del artículo 533, que quedan subsumidos en la definición del artículo 528 del nuevo texto. Por tanto, respecto de los hechos realizados con anterioridad a la entrada en vigor de los nuevos preceptos, el artículo 528, con sus modalidades agravadas contenidas en el siguiente precepto, únicamente tendrán aplicación cuando resulten ser más favorables para el reo.

Persisten como modalidades distintas de la figura genérica las recogidas en los artículos 531 y 532.

Esta Fiscalía General del Estado, reitera la urgencia en la práctica de las actuaciones procesales a que dé lugar la publicación de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, especialmente en aquellos procedimientos en que los posibles beneficiados se encuentran en situación de prisión preventiva o privados de libertad por hallarse cumpliendo su condena.

Cuantas cuestiones surjan sobre la interpretación de esta Ley en las Juntas de cada Fiscalía y que por su interés general o complejidad hagan aconsejable su conocimiento por la Fiscalía General del Estado, deben ser elevadas a la misma para que, previo el estudio de las propuestas que el reconocido celo de los señores Fiscales aconseje, puedan servir de base para la formulación de nuevas instrucciones que permitan una adecuada aplicación de la nueva Ley.

b) CONSULTA

CONSULTA NUMERO 1/1982

DESTINO QUE DEBA DARSE A LAS DENUNCIAS TRANSFORMADAS EN QUERELLAS POR EL MINISTERIO FISCAL

La formalización de la querrela es, ciertamente, una de las actitudes procesales que debe seguir a la recepción de una denuncia por el Ministerio Fiscal. Pero no es la única actividad legalmente posible. Efectivamente, el Ministerio Fiscal puede abstenerse de tramitarla ante el órgano jurisdiccional acordando en su lugar el archivo; ello ocurrirá siempre que los hechos sean, en absoluto, ajenos a típicas estructuras penales (art. 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal en relación con el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Otra postura distinta es remitir la denuncia al Juez competente, ya sea en su forma originaria si se estima completa, o con ex-

presión de las diligencias a practicar de inmediato, posibilidad que también se prevé en las normas citadas. Y, por último, como antes se apuntaba, es dable construir, con fundamento en los hechos y documentos constitutivos de la denuncia, la correspondiente querrela en la forma prevista por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ejercitando la acción penal al modo que establecen los artículos 105 y 271 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 3.4.º del Estatuto del Ministerio Fiscal. En el círculo del ejercicio de esta facultad sitúa V. I. el objeto central de su Consulta, referida al destino que deba darse a la denuncia proveniente de particulares, autoridades u organismos que el Ministerio Fiscal convierte en querrela. Expone las conductas a seguir en un plano teórico, rechazando, desde luego, la solución de devolver al tercero denunciante el escrito denuncia sobre el que se articuló la querrela. La exclusión de esta hipótesis es acertada. Pero prevé otra alternativa: remitir la denuncia junto a la querrela al Juez de Instrucción o archivarla, pero extendiendo, en este caso, diligencia acreditativa de que, con causa en ella, se ha formulado querrela. Eliminando la primera de estas soluciones, considera más correcta la segunda, aceptándola, en definitiva, como solución jurídico-procesal única. Mas no parece, sin embargo, que estas dos posibilidades que inciden sobre el destino final de la denuncia sean esencialmente contrapuestas. Ambas pueden ser válidas según las circunstancias concurrentes. Ello es así porque no siempre la denuncia hecha por escrito se limita a ser una manifestación de voluntad solemne y recepticia por la que se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de unos hechos presuntamente delictivos presenciados (art. 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o no (arts. 262 y 264 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) por el denunciante; en muchas ocasiones y para determinados delitos sobre todo, los hechos denunciados *ex contextu* se complementan o ratifican con documentos o publicaciones, que aparecen así como la apoyatura real de la denuncia. Y no cabe duda de que, en estos supuestos, es mejor acompañar a la querrela la documentación justificativa de la antijuricidad de los hechos que referirse a ellos en la querrela *per relationem*, esto es, indicándolos. En tales hipótesis la denuncia transmitida al Ministerio Fiscal, en sí misma considerada, se reduce a un puro acto de remisión o comunicación sin específico contenido de hecho y por ello parece accesoria la decisión de su archivo o de remitirla con los demás documentos al Juez acompañando a la querrela. Y aun cuando se trate de denuncias o sin aportación documental, no presenta mayor rigor en la dinámica procesal la sustitución de la denuncia recibida por la querrela que la unión de la denuncia a la querrela estructurada sobre los hechos objeto de aquélla. Ambas soluciones son perfectamente viables y ajustadas al ordenamiento procesal.

Sin embargo, parece evidente que, siendo la denuncia el factor determinante de la actuación del Ministerio Fiscal, en cuanto que por medio de ella conoce el hecho presuntamente delictivo objeto de la querrela, en la casi totalidad de los casos la prudencia aconsejara remitir aquélla junto con ésta al órgano judicial competente como un elemento de prueba (la manifestación de un testigo de excepción) que apoyará la tesis sustentada

en el escrito en que se ejercitó la acción penal, si como debe procederse en todo caso, la denuncia ha sido ratificada en presencia del Fiscal, dada la calidad de auténticas que el último párrafo del artículo 5.º del Estatuto Orgánico otorga a las diligencias practicadas por nuestro Ministerio.

Madrid, 11 de noviembre de 1982.

CONSULTA NUMERO 2/1982

DETENCIONES PREVENTIVAS O URGENTES REALIZADAS EN EL PROCEDIMIENTO DE EXTRADICION PASIVA

Desde su creación, por el Real Decreto-Ley de 4 de enero de 1977, a la Audiencia Nacional se le asignó con exclusividad la competencia para conocer del procedimiento de extradición pasiva regulado en la Ley de 26 de diciembre de 1958, «sea cual fuere el lugar de residencia o en que hubiere tenido lugar el arresto del presunto extradicto» (art. 4.º, 3 a). De esta manera, desaparecieron como órganos de la fase judicial de extradición los Juzgados de Instrucción y las Audiencias Provinciales (arts. 15-20 de la Ley de 26 de diciembre de 1958), sustituidos ahora por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales. Sin embargo, continúa manteniéndose en su regulación primitiva la fase prejudicial o gubernativa durante la cual aquella Ley autoriza detenciones excedentes en su duración del plazo legal previsto en el artículo 17.2 de la Constitución. Precisamente sobre estas detenciones urgentes preventivas o anteriores a la formalización de las solicitudes de extradición, reconocidas en los artículos 13 y 14 de la citada Ley de 1958, se desenvuelve la Consulta de V. E., hechas a instancias de la autoridad gubernativa no conforme con algunas resoluciones judiciales que han cuestionado la constitucionalidad de aquellos preceptos por entender que de ser así se harían virtualmente ineficaces las demandas de extradición. En síntesis, los términos de la Consulta son éstos: Conducta a seguir ante las detenciones preventivas practicadas con fines de extradición y, en particular, si deben limitarse necesariamente al plazo de setenta y dos horas o si pueden prolongarse hasta la presentación oficial de la solicitud de extradición por el Estado requirente al modo que se previene en la Ley de 26 de diciembre de 1958 (arts. 13 y 14).

Cuando el artículo 13.3 de la Constitución declara que la extradición se concederá en cumplimiento de un Tratado o de una Ley, se está refiriendo a la extradición pasiva, esto es, a aquella por la que el Estado español se compromete a entregar personas inculpadas o condenadas en país extranjero a fin de que en el Estado requirente sean juzgadas o se ejecute la pena ya impuesta. La entrega no se produce de plano, sino que el acto de asistencia jurídica internacional en que consiste la extradición requiere para su efectividad la actuación de órganos jurisdiccionales que puede terminar con el cumplimiento del deber jurídico de entrega del *extraditurus*, último de los actos debidos integradores del procedimiento de extradición. Pero a la entrega del extradicto preceden trámites complejos de diversa

naturaleza, cuya iniciación puede no coincidir con la solicitud formal de extradición, puesto que es medio hábil para la apertura del proceso la detención preventiva de la persona a entregar; tal detención o arresto preventivo urgente está prevista en las fuentes típicas ordenadoras de la extradición pasiva (Tratados, Leyes), y si su duración ciertamente cuenta con límites, éstos superan con mucho plazo legal del artículo 17.2 de nuestra norma fundamental. De ahí que esté justificada la cuestión objeto central de la Consulta: ¿Los detenidos gubernativamente, con fines de extradición, deben ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas? ¿O puede extenderse este tipo de detención gubernativa durante el término más amplio fijado en los tratados y leyes de extradición anteriores a la vigencia de la Constitución? A lo que habría que añadir otra pregunta: ¿Cabe sustituir la competencia de la autoridad gubernativa que es la prevista en la Ley de 1958, por la de la autoridad judicial?

Fundamentales, en trance expositivo, son en esta materia, aparte los Tratados bilaterales, dos disposiciones. Una es el Convenio Europeo de Extradición hecho en París el 13 de diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de abril de 1982 y con vigencia desde el 5 de agosto de 1982. Y otra la Ley española de extradición de 26 de diciembre de 1958.

En el Convenio, la detención de la persona a extraditar normalmente es un efecto que sigue a la aceptación de la extradición (arts. 12, 13, 18); sin embargo, en casos de urgencia se autoriza la solicitud de detención preventiva antes de que se formalice la petición de extradición (art. 16.1), siempre que se notifique la intención de cursarla (art. 16.2); tal solicitud de detención se remitirá a las autoridades competentes de la parte requerida (art. 16.3) y el único límite es que en ningún caso la detención excederá de cuarenta días (art. 16.4).

La Ley de 26 de diciembre de 1958 acoge para el procedimiento de extradición pasiva un sistema mixto, gubernativo-judicial, precediendo la intervención de las autoridades administrativas (arts. 10-15) a la actividad propia de las judiciales (arts. 16-20). En la primera fase aparece el Poder ejecutivo como único destinatario de las solicitudes de extradición, reservándose la facultad de autorizar o no la continuación del procedimiento. Si la opción concedida es resuelta positivamente y conforme, por tanto, con la solicitud, se ordenará a la Dirección General de Seguridad que proceda a la detención de la persona reclamada (art. 12) sin fijarse ninguna especialidad en orden a su duración; pero en casos especiales, la detención no es un hecho posterior a la recepción de la solicitud de extradición (artículos 13-14), sino que el llamado arresto urgente se convierte en la primera medida a practicar: antecede a la solicitud formal de extradición y su duración puede alcanzar treinta días. La otra fase del procedimiento de extradición pasiva, la judicial, comienza con la entrega del detenido a disposición del Juez competente (art. 15), quien en el plazo de setenta y dos horas puede ordenar la libertad o elevar la detención a prisión (art. 16).

Vemos, pues, que cuando las personas a extraditar hayan sido detenidas después de presentada la demanda de extradición y se decida la continua-

ción del procedimiento en el área judicial (arts. 12 y 15 de la Ley de 26 de diciembre de 1958), está claro que deberán entregarse al Juez dentro del plazo legal, que incluso queda reducido al de veinticuatro horas en el caso del artículo 15. Pero pueden existir supuestos en que a la solicitud de extradición haya precedido la detención urgente. Esto es posible en dos casos: cuando el acto de apertura se deba a una comunicación por vía diplomática con ofrecimiento de formular a *posteriori* la solicitud de extradición (artículo 13), y cuando provenga de Tribunales extranjeros a través de reclamaciones publicadas en Boletines oficiales o de requerimientos directos a las autoridades gubernativas (art. 14); en estas dos hipótesis, efectuado el arresto como medida preventiva urgente, puede extenderse en plazos que exceden al de setenta y dos horas —diez, quince o treinta días, según los casos— en espera de que se formule la demanda de extradición.

Llegados a este punto surgen tres cuestiones: una se concreta en precisar cuál es la autoridad judicial competente para recibir al detenido; otra, si la puesta a disposición del Juez en el plazo legal comprende también las personas sujetas a detenciones urgentes que, según las normas de la Ley de extradición pasiva, se prolongan más allá del término *ex lege*, y la tercera, si la autoridad judicial puede en esta fase preprocesal sustituir, en los términos de los artículos 13 y 14 de la Ley de 1958, a la autoridad gubernativa a efectos de mantener la detención preventiva dentro de los plazos de aquellos artículos que exceden del límite de las setenta y dos horas.

a) Si en el Real Decreto-Ley de 4 de enero de 1977 desaparecen como órganos del proceso de extradición los Juzgados de Instrucción, ocupando su lugar los Juzgados Centrales, ha de concluirse que en todo lo relacionado con la extradición serán estos últimos los únicos competentes, con lo que la puesta a disposición judicial del detenido (arts. 15-16 de la Ley de 26 de diciembre de 1958), cuando se decida continuar el procedimiento de extradición, debe entenderse referida a los Jueces Centrales, quienes serán también competentes para resolver cualquier otra incidencia que afecte a los procesos de extradición.

b) El principio, aquellos arrestos preventivos o urgentes cuyo tiempo desborda de modo notable el *ius commune* para las detenciones sólo afectarán a los extranjeros, dado el principio en vigor de la no entrega de los nacionales, por lo que podría pensarse que es lícito someter su detención a un régimen excepcional diferente al propio de los nacionales. Pero como, por un lado, el artículo 17 de la Constitución establece que nadie será privado de libertad sino en los casos previstos en la Ley y que la detención preventiva no durará más de setenta y dos horas, y por otro, el artículo 13.1 de la norma fundamental señala que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título, el tema a cuestionar es el de si contradicen o no al orden constitucional los plazos de detención a disposición de las autoridades gubernativas autorizados por la Ley de 26 de diciembre de 1958 a efectos del procedimiento de extradición, afecten o no a los nacionales. En definitiva, ¿el delincuente extranjero refugiado en España, cuya extradición solicita el Estado competente para juzgar-

le, se beneficiará de la limitada detención preventiva del artículo 17.2 de la Constitución?

Hay que dar primacía a la Constitución. Si el artículo 17 dice que *nadie* puede ser privado de su libertad sino con observancia de lo establecido en él (plazo, forma, supuestos legales), y el pronombre indeterminado *nadie* es equivalente a *ninguna persona*, hay que llegar a la conclusión de que el artículo 17 alcanza a los extranjeros, incluso sobre los que gravite un procedimiento de extradición, tesis que se conforma con el artículo 13.1 de la Constitución, a cuyo tenor los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título (y en un orden sistemático, los artículos 13 y 17 se encuadran en el mismo título). En suma, atendido el artículo 17.2 de la Constitución, el extranjero detenido, cualesquiera sea la causa, deberá ser puesto en el plazo máximo de setenta y dos horas en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

Concluyendo: en cuanto suponen una desviación de la normativa constitucional, los plazos de los artículos 13 y 14 de la Ley de 26 de diciembre de 1958 han de entenderse derogados en el orden gubernativo y deberá procederse como señala el artículo 17 de la Constitución, que debe primar sobre la normativa de la Ley de 1958.

En consecuencia, la autoridad gubernativa deberá proceder, en el plazo de setenta y dos horas, a poner al detenido en libertad o a disposición de la autoridad judicial competente, que, como hemos dicho, es el Juez Central. Y en este último caso, una vez puesto el detenido a disposición del Juez Central, éste sí puede, tras acordar el arresto, como medida preventiva, mantenerlo durante aquellos plazos. No se funda esta solución en el artículo 16 de la Ley de 26 de diciembre de 1958, porque se refiere a procedimientos de extradición que han llegado a la fase judicial, etapa que no se ha alcanzado en las setenta y dos horas que siguen a la detención gubernativa urgente. Pero, en cambio, militan en favor de ella los siguientes argumentos:

— Conforme al artículo 13.3 de la Constitución, la concesión de extradición tiene su fundamento en los Tratados o en la Ley, naturaleza que ostentan el Convenio de 13 de diciembre de 1957 y la Ley española de 26 de diciembre de 1958. El Convenio, a raíz de la fecha que se indica en el acto de publicación (5 de agosto de 1982), ha pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno español (art. 96.1 de la Constitución), por lo que habrá de tenerse en cuenta en las cuestiones que se susciten con motivo de las detenciones preventivas urgentes que tal Convenio prevé en su artículo 16, ya que por el Estado español no se hizo reserva alguna sobre tales extremos, y admitir la existencia de tales detenciones.

— Por otra parte, esta detención urgente es contemplada por el Convenio de Extradición en dos aspectos. El artículo 16 expresa que las Autoridades competentes del Estado requerido resolverán acerca de la solicitud de detención preventiva, mas nada dice sobre que esa competencia se conceda a las autoridades gubernativas, sino que se remite a las normas competenciales del Estado requerido, y en el artículo 22 se observa que la Ley del Estado requerido es la única aplicable al procedimiento de ex-

tradición, así como al de las detenciones preventivas, con lo que existe una remisión a la Ley española sobre el procedimiento de detención preventiva o urgente, y en él, como antes se expuso, en etapa pre-judicial se resuelve la solicitud de detención urgente, en la que intervienen los Ministerios de Justicia y Asuntos Exteriores, y otra en la que se toma conocimiento de la detención practicada por la autoridad gubernativa. Mas las normas de la Ley española de Extradición, remitida por el Convenio, referentes a la autoridad competente para acordar esa medida cautelar, han de entenderse parcialmente derogadas por la Constitución, como dijimos. Es claro que en estas hipótesis de vacío legislativo de las normas específicas del procedimiento de extradición habrá que buscar una solución en base al ordenamiento general español, ya que lo que no puede el Estado español es incumplir sus compromisos internacionales ni dejar de prestar el auxilio internacional para la entrega de los delincuentes justamente reclamados por los países signatarios de los Tratados de extradición. En conclusión, se deben arbitrar los medios para que las detenciones preventivas urgentes previstas en los Tratados y la Ley puedan llevarse a cabo.

Para ello hay que partir, pues, de la doble premisa de que el Estado español viene obligado a adoptar las medidas cautelares preventivas que le sean interesadas por los otros Estados respecto a aquellas personas sobre las que se va a formalizar petición de extradición y de que tales medidas habrán de ser acordadas respetando las garantías constitucionales en orden a la materia, esto es, dando intervención a la autoridad judicial, *que es la competente conforme al derecho interno* para acordar las medidas provisionales de privación de libertad por plazo superior a setenta y dos horas.

c) Lo anterior nos lleva a la última de las cuestiones planteadas, esto es, cuál sea la autoridad competente para acordar la prolongación del arresto cautelar urgente más allá de las setenta y dos horas, cuestión que, por lo que queda dicho, no puede tener otra respuesta, a partir de la Constitución, que esa autoridad es necesariamente la autoridad judicial.

Para llegar a esa solución conviene también tener presente la naturaleza de ese arresto o detención urgente. Tanto por su propia finalidad como por la dicción de la Ley (art. 13) y del Convenio (art. 16), trátase de una medida preventiva o cautelar destinada a asegurar que podrá cumplirse sobre la persona cuya extradición va a interesarse el acuerdo de entrega al país requirente, en el caso de que sea esa la resolución que ponga fin al proceso especial de extradición. Pues bien, tal medida cautelar, preparatoria y aseguratoria de un proceso, es al Juez competente acordarla, por ser esa una de sus misiones constitucionalmente establecidas, en cumplimiento de su función de aplicación de la Ley.

Al margen de todo lo anterior, otro punto que conviene tener presente es que, tanto en el supuesto del artículo 13 de la Ley de 1958, paralelo a la previsión del artículo 16 del Convenio Europeo de 1957, como en los casos del artículo 14 de aquella Ley, la autoridad española lo que está realizando es la prestación de auxilio judicial internacional, dando cumplimiento a una decisión que no es propia, sino que proviene de la autoridad competente dentro del Estado requirente. En efecto, es ésta quien adopta la de-

cisión de que la detención preventiva se lleve a cabo y acude a la autoridad del país en que el sometido a la medida se encuentra para que le auxilie ejecutándola en uso de su «imperium» en el ámbito de un territorio a donde no llega el de la autoridad requirente, lo que, además de llevarnos al terreno judicial, dentro del que ha de prestarse tal clase de auxilio, ayuda a comprender mejor cuál es la posición del Juez español, limitada a comprobar si se dan los presupuestos necesarios, conforme a la normativa de la Ley y los Tratados, para acordar la medida y a asegurar que los derechos del detenido son respetados, así como que la detención no extravase la duración que la Ley interna señale, para lo cual es evidente que ha de tener competencia para decidir sobre el mantenimiento de la medida más allá de las setenta y dos horas, límite constitucional a toda detención extrajudicial, así como para levantar esa medida y acordar la liberación del detenido cuando estime que no se dan los presupuestos legales para ello o ha transcurrido el plazo legal de su máxima duración.

De acuerdo con la anterior doctrina, deberá V. E.:

1.º Considerar que los artículos 13 y 14 de la Ley de 26 de diciembre de 1958 sobre extradición han de entenderse modificados por la Constitución, en el sentido de que si bien continúa la autoridad gubernativa conservando la iniciativa para acordar la detención preventiva urgente de los reclamados, ya que no puede mantener esa medida más allá de las setenta y dos horas previstas en el artículo 17.2 de la Constitución, debiendo, dentro de ese plazo, poner al detenido en libertad o a disposición de la Autoridad judicial.

2.º Mantener que la autoridad judicial puede, dentro de los límites temporales de aquellos artículos, acordar com medida preventiva urgente el arresto del reclamado, siempre que se den las condiciones previstas en los mismos y los Convenios o Tratados de extradición, cuidando de que así se haga e interesando de las Autoridades gubernativas el fiel cumplimiento del mandato constitucional.

3.º Tener en cuenta que las Autoridades judiciales competentes para acordar tal medida preventiva urgente son los Juzgados Centrales o aquel Juzgado Central a quien, por reparto, venga señalado el conocimiento de los procesos de extradición, debiendo en todo caso mantener tal competencia en cumplimiento de lo prevenido en el apartado 8.º del artículo 3.º del vigente Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

4.º Vigilar que tanto las previsiones sobre los requisitos para el arresto preventivo urgente de los reclamados, como los plazos legales de su duración, sean cumplidos u observados en todo caso.

Madrid, 19 de noviembre de 1982.

CONSEJO DE EUROPA

El Protocolo núm. 6 a la Convención Europea de los Derechos del Hombre, afirma el principio de la abolición de la pena de muerte. Este Protocolo adicional ha sido abierto a la firma de los Estados miembros el 28 de abril de 1983. La *obligación* de abolir la pena de muerte se limita a los actos cometidos en tiempo de paz. Si se prevé para tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra ha de limitarse a los casos previstos en las leyes y conforme a sus disposiciones. No se admite ninguna reserva en el momento de la firma, por lo que no será aplicable a este respecto el artículo 64 de la Convención. La entrada en vigor está condicionada a la firma por cinco Estados miembros. Ha sido firmado ya por Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, España, Suecia y Suiza.

:: :: ::

Ha sido abierto a la firma en Estrasburgo, el 21 de marzo de 1983, el primer tratado multilateral para la transferencia de un detenido extranjero del país donde ha sido condenado a su propio país, admitiendo a la firma a dos Estados que no son miembros del Consejo de Europa, Canadá y Estados Unidos. El objeto es favorecer la reinserción social del condenado, y tiene en cuenta consideraciones humanitarias por la comprobación de que las barreras lingüísticas y ausencia de contacto con la familia pueden tener efectos nefastos sobre el condenado. Se definen los procedimientos de ejecución de la condena, no permitiendo que una pena privativa de libertad se convierta en sanción pecuniaria. Toda privación de libertad sufrida por el condenado será tomada en cuenta en el Estado en que se ejecute la pena o medida, sin que éstas puedan ser, en ningún caso, por su naturaleza o duración más severas que las impuestas. El Convenio entrará en vigor a los tres meses de la firma por tres Estados miembros. El mismo día fue firmada por Austria, Bélgica, Alemania, Grecia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Suecia, Suiza, Canadá y Estados Unidos.

:: :: ::

El 12 de mayo de 1983 los ministros de Justicia de los 21 países miembros, invitados por su colega italiano Darida, tuvieron una reunión informal en Roma, a la que asistieron La Santa Sede y Finlandia en calidad de observadores, para estudiar los efectos de la inflación sobre el derecho, por ejemplo, en lo que concierne a las obligaciones pecuniarias, indemnización de perjuicios, deudas laborales, y un tema de Derecho penal relativo a las medidas para fomentar la colaboración de los particulares con la justicia (Derecho premial).

:: :: ::

El Comité de los ministros del Consejo ha encargado a un grupo de expertos (biólogos, médicos, juristas y especialistas en ética) el estudio de los problemas planteados por las manipulaciones genéticas, para decidir, si es posible, una política criminal común a los Estados miembros y, en su caso, el instrumento jurídico apropiado. Esta iniciativa es consecuencia de proposiciones formuladas en enero de 1982 por la Asamblea Parlamentaria, que al abordar esta cuestión puso el acento en particular en las cartas genéticas, describiendo los perfiles del individuo, las terapias genéticas y el derecho del niño aún no nacido a un patrimonio genético que no haya sufrido manipulación alguna.

: : : : :

Una nueva Convención ha sido adoptada por el Consejo de Ministros de la organización de los «21». Está abierta a la firma desde el 24 de noviembre de 1983. Tiene por objeto que la legislación de los Estados o su práctica administrativa establezcan un régimen de compensación para indemnizar, con fondos públicos, a las víctimas de infracciones violentas, intencionales y que hayan sufrido graves daños corporales o la muerte. Según los términos de la Convención, podrán fijarse límites mínimos y máximos, y el Estado podrá rehusar indemnizar a la víctima si pertenece a grupos de criminalidad organizada, a organizaciones que se dediquen a ejecutar actos de violencia, e incluso si es un notorio criminal.

REVISTA DE LIBROS

BACIGALUPO, Enrique: «Delito y punibilidad». Editorial Civitas. Madrid, 1983, 175 págs.

Como señala el autor en la primera línea de su trabajo, nos encontramos ante el «intento de realizar una investigación básica en la dogmática penal actual». El término «investigación básica», de más frecuente uso en las ciencias experimentales, describe acertadamente el contexto en el que se desenvuelve esta obra. Limitándose de modo consciente a las posturas doctrinales que están en la base del ulterior desarrollo dogmático jurídico-penal, y a su relación con las teorías jurídicas más generales en que éstas se apoyaron, Bacigalupo reflexiona sobre las diferentes categorías de la teoría jurídica del delito, así como sobre las diferentes teorías de la pena. La finalidad es comprobar si está justificada la distinción entre injusto culpable y punibilidad, o cuando menos, si procede seguir considerando irrelevante el conocimiento por el sujeto activo de la punibilidad de su acción. El autor, como no podía ser de otra manera en una investigación de estas características, muestra un profundo y envidiable conocimiento de las diversas teorías jurídico-penales, y en especial de los autores que han dado la pauta a la dogmática vigente, como se verá en lo que sigue.

La primera tarea que se establece es la de averiguar cuáles sean los «auténticos» dogmas de la Dogmática penal, en la medida en que, con ejemplo muestra la falsedad de la creencia de que los datos dogmáticos se deducen directamente de la ley, sin mediar decisiones personales del intérprete. Hay que determinar los puntos de partida de las cadenas argumentales dogmáticas, las decisiones previas a la argumentación, sea vistas como axiomas o como hipótesis.

La justificación de la decisión anterior le lleva inmediatamente a un análisis del método seguido por la dogmática penal actual, método que considera todavía estrictamente vinculado al ideal científico del positivismo. Tras su crítica, el autor expone la postura para él más correcta: Ser consciente de que los auténticos dogmas no son la ley positiva, sino las decisiones primeras de las cadenas argumentales, elementos que constituyen puntos de partida extralegales no fundamentales científicamente, aspecto este último que, sin embargo, no ha de llevar a dejarlos fuera de crítica, sino, por el contrario, a desarrollar el ejercicio de ésta. Verdaderamente interesante en este contexto es la idea de que tal actitud, en una Ciencia como la del Derecho Penal que aspira a eliminar de éste la arbitrariedad, implica cuestionar la oposición entre «conocimiento» y «decisión», concebido el primero como revelación de la razón o los sentidos, y la segunda como acto arbitrario o irracional, y no científico, lo que el autor realiza convincentemente de la mano de Albert, considerando el conocimiento como una parte de la praxis humana; se echa en falta, sin embargo, una mayor atención a este problema.

Concluye Bacigalupo esta primera parte del trabajo enumerando los tres grupos de auténticos dogmas, previos a la ley penal: Por un lado, los

fundamentos o axiomas que permiten fijar el significado y contenido de las reglas del Derecho positivo, destacando entre ellos el axioma sobre la esencia de la pena criminal. En segundo lugar, los criterios de selección entre los diversos axiomas o fundamentos posibles. Por último, las propiedades a poseer por una teoría jurídico penal para ser considerada científica.

A la exposición precedente sólo quisiera hacer una leve matización: El afán por resaltar la importancia del fundamento de la norma en la determinación de lo que sea el Derecho positivo lleva a Bacigalupo a dejar demasiado en segundo plano algo que él en todo caso no niega, que el fundamento ha de ser uno de los *posibles* según el *sentido* de la norma, y a no aludir a la interacción recíproca y «circular» entre la ley positiva y su fundamentación. Quizá con ello se haya querido conseguir una exposición más rotunda.

El capítulo inicial se cierra con unas consideraciones que pretenden, en primer lugar, poner de manifiesto que las categorías negativas que excluyen cada una de las categorías positivas del delito, o del delito punible, poseen una problemática relativamente autónoma, distinta de la de las categorías positivas, en especial en lo relativo a la distinción entre las que excluyen la antijuricidad, la culpabilidad o la punibilidad. Mientras la distinción de los elementos positivos no presenta problemas serios, éstos existen en la diferenciación de los negativos en especial por dos razones, su menor grado de abstracción respecto a las categorías positivas, y la identidad de efectos legales en todos ellos, la exclusión de la pena, lo que limita las posibilidades de actuación de un método como el tradicional que tiene vedado acudir a deducciones no contenidas en la ley. El problema es especialmente agudo respecto a las causas de justificación y de inculpabilidad por un lado, y las excusas absolutorias por otro, y tiene gran trascendencia dados los diferentes efectos en error, participación y defensa necesaria atribuidos.

En segundo lugar, tras rechazar otras alternativas, advierte que seguirá aquella que intenta analizar el significado de la categoría de la punibilidad, a partir de las excusas absolutorias, y en su sustantividad dentro de cada uno de los sistemas dogmáticos; en coherencia con lo dicho en la primera parte del capítulo, elemento fundamental de análisis será el influjo que en el sistema de conceptos de cada uno de esos sistemas ejerce la diversa fundamentación de la pena de la que parten.

Permítaseme añadir que las dificultades de delimitación que padecen las diversas causas de exclusión no deben hacernos olvidar la persistencia de «serias» dificultades de delimitación también entre las categorías positivas: Basta con aludir a la problemática asignación de determinados elementos subjetivos a lo injusto o a la culpabilidad, una vez generalizado el concepto personal del injusto; las doctrinas alemana o española ofrecen un sinnúmero de vagos criterios al respecto (Vid. Cerezo, «Curso...», páginas 449-450), pese a la indudable repercusión que ello tiene para el error, la participación y para el propio concepto de culpabilidad como elemento del delito. Por otro lado, cabe preguntarse si es posible, incluso a la vista del discursar argumental ulterior de Bacigalupo, un tratamiento aún rela-

tivamente autónomo de la problemática de las categorías negativas del delito punible, en relación a las positivas.

Dados los anteriores puntos de partida, procede el autor a estudiar la distinción injusto culpable-punibilidad tal como se formuló en los dos sistemas dogmáticos de los que han derivado todos los demás, los de Binding y v. Liszt. Pero antes no se olvida de recordar que la dogmática actual es el resultado del enfrentamiento entre las teorías absolutas y preventivo especiales de la pena a las que respondían, respectivamente, los sistemas de Binding y v. Liszt, y del compromiso, además de impedir el desarrollo de teorías unitarias de la pena; tal compromiso, además de impedir el desarrollo del sistema basado en la prevención especial, que aún se encontraba sólo esbozado, trajo la idea de que el sistema fundado en la teoría de las normas de Binding, basado a su vez en la teoría de la retribución, era el más eficaz para garantizar la seguridad jurídica, de modo que los elementos preventivo especiales que se aceptaban lo eran en cuanto susceptibles de integración en el sistema propio de las teorías absolutas de la pena.

En el estudio de Binding destaca la claridad con que el autor demuestra la correspondencia entre la distinción destinatarios de la norma y destinatarios de la amenaza penal (los súbditos y el Estado, respectivamente) y la distinción injusto culpable y punibilidad con los distintos efectos cara al error a ella asignados: Si sólo las normas se dirigen a la generalidad, está claro que los elementos de la punibilidad no necesitan ser conocidos por el autor, ya que no van a él dirigidos; asimismo, si, a tenor de Binding, es a la norma a la que corresponde la función preventiva, motivándole debido a su fuerza obligatoria, y no a la amenaza penal, el error sobre los elementos de la norma, al impedir el efecto de motivación, será relevante, mientras que no lo será el error sobre los elementos de la punibilidad, simplemente dirigidos al Estado limitando su poder punitivo. Del mismo modo, así como hay excepciones a las normas, que eliminan su violación y con ello condicionan la aplicación de la pena, hay otras «segundas condiciones» de aplicación de la pena que, sin alterar la violación de la norma, inciden sobre la punibilidad, excluyéndola.

Decisivas son las observaciones que Bacigalupo hace al planteamiento de Binding: En primer lugar, señala que las consecuencias dogmáticas hubieran sido muy diversas si Binding, en lugar de preguntarse por a quién obliga la ley penal (con su amenaza penal), se hubiera cuestionado a quién amenaza la pena, pues hubiera tenido que responder que al obligado por la norma, y habría exigido cuando menos que éste conociera la punibilidad. En segundo lugar, la distinción entre destinatarios de la norma y de la amenaza penal podrá dar pie para justificar la distinción entre injusto culpable y punibilidad, pero lo que no explica es cuándo una determinada causa de exclusión ha de integrarse en el injusto culpable o en la punibilidad; ello no se logra ni con deducciones sistemáticas, ni apelando a reflexiones de prevención especial que no desempeñan ningún papel en el marco de la teoría de las normas, ni acudiendo a los confusos criterios propuestos por Binding y que Bacigalupo describe; como él dice, sólo

cabe atender a la amplitud con que el legislador quiso excluir la pena (abarcando o no a partícipes, dando o no relevancia al error...). Finalmente, en lo concerniente a la participación, la teoría de las normas no da una respuesta obligada sobre el carácter personal o no de las excusas absolutorias; Bacigalupo estima que la difundida opinión de su carácter personal procede de Liszt, con una fundamentación de la pena y un sistema dogmático diversos.

Liszt, por su parte, ofrece la contrafigura de Binding. Siendo el representante más significativo de la alternativa basada en la prevención especial accede al conocimiento jurídico científico desde dos puntos de partida bien distintos; por un lado, atribuyendo a la pena una función social, la de adaptar al delincuente a la sociedad, o bien separarlo de ella; por otro, declarándose determinista. En ese contexto, critica el método de Binding, que lo ve todo a través de la norma, concibiendo el delito como su transgresión, y perdiendo contacto con la realidad exterior, de la que la norma y su transgresión no son más que abstracciones. Los elementos decisivos del concepto de delito ya no serán la contravención a la norma, que por lo demás presupone la libertad de su destinatario, y la culpabilidad entendida como mal uso de esa libertad, sino la lesión del bien jurídico protegido y una culpabilidad entendida como la actitud asocial expresada en el hecho cometido.

Bacigalupo, sin embargo, es consciente de lo pronto que se detuvo Liszt en el desarrollo sistemático de estos puntos de vista. Por ello realiza una aleccionadora descripción de la evolución de la concepción de los dos pilares del delito en Liszt.

En cuanto al concepto de bien jurídico, también utilizado por Binding, pero como mero presupuesto de la norma, Liszt parece haber querido vincular estrechamente lesión de bien jurídico y lesión de la norma: Eso es evidente en 1891 cuando, en clara oposición a la teoría de las normas, sostendrá que toda agresión a un bien jurídico es antijurídica, sin que sea precisa una prohibición especial del orden jurídico. En 1919 su opinión, aun en la misma línea, ya ha variado sustancialmente: Distingue entre antijuricidad formal y material; la primera es contravención a la norma, la segunda comportamiento socialmente dañoso. Y lo que es más importante, en caso de conflicto prima la antijuricidad formal.

Bacigalupo parece lamentar este repliegue de Liszt: Sin duda es difícil, dado el principio de legalidad, limitar la antijuricidad a la lesión de un bien jurídico, pero Liszt hubiera podido exigir que para justificar la pena estatal habría de concurrir siempre, junto a la antijuricidad formal, la antijuricidad material, negándose con ello a optar en casos de conflicto, pues harían falta ambas. Por otro lado, si el daño social ya no es presupuesto de la norma, carece de una función capaz de diferenciar el concepto de antijuricidad de Binding de otro destinado a sustituirlo.

La culpabilidad con Liszt, partiendo de la acción culpable como síntoma de las cualidades del autor, pasa a ser la actitud asocial del autor. Parece que las diferencias con el concepto de Binding son aquí notables. Sin embargo, Bacigalupo advierte que Liszt utiliza para caracterizar la conducta sintomática elementos que no permiten juzgar la personalidad del autor, como

exigiría un punto de partida preventivo especial moderno. Sólo más tarde, otros autores desarrollaron el concepto de Liszt hasta sus correctas consecuencias, introduciendo el elemento de la peligrosidad.

Bacigalupo concluye que Liszt se «contentó» con un formalismo progresivo respecto al hecho, y la inclusión de los aspectos personales del autor, relevantes para la prevención especial, en la culpabilidad. Con ello estimó que se lograban las exigencias preventivo-especiales en el marco de un Estado de Derecho.

Y en estas circunstancias, ¿qué actitud adopta Liszt hacia la categoría de la punibilidad?: Los dos pivotes fundamentadores de la distinción injusto culpable y punibilidad en Binding carecían de sentido en Liszt. Por un lado, la dicotomía entre destinatarios de la norma o de la ley estaba fuera de lugar desde el determinismo de Liszt y su concepción utilitarista de la motivación. Por otro, aunque atribuye a la *amenaza penal* una función motivadora, no deduce de ello que el autor haya de conocer la amenaza penal; pero es que tampoco la conciencia de la antijuricidad la considera elemento del dolo.

Sin embargo, mantuvo la categoría de la punibilidad alegando que en las excusas absolutorias la pena no se aplica debido a la personalidad del autor. Sin duda, dice Bacigalupo, su argumento permite explicar mejor que el de Binding el carácter personal de las excusas absolutorias, pero si la culpabilidad reside en la asocialidad de la personalidad del autor, no parece lógico decir primero que una personalidad es asocial (culpabilidad), y luego alegar que la pena no es adecuada para esa personalidad (no punibilidad), siendo así que el fin de la pena es corregir esa asocialidad. En realidad, la mayoría de las excusas absolutorias serían causas de no asocialidad, y en tal sentido se identificarían con las causas de inculpabilidad, no procediendo la existencia separada de la primera de las categorías.

Bacigalupo, agudamente, señala que una punibilidad como algo diferenciado de la culpabilidad exigiría en Liszt un juicio diferente al de ésta, lo que probablemente sólo sería posible si concibiera la culpabilidad éticamente y dejara las reflexiones preventivo especiales para la punibilidad, lo que supondría aceptar las teorías unitarias de la pena. En suma, la categoría de la punibilidad es en Liszt una nueva concesión a la teoría de las normas.

En el tercer capítulo se ocupa el autor de profundizar en la naturaleza de la distinción entre injusto culpable (delito) y punibilidad, a través del análisis de las cuestiones teórico-jurídicas en ella implicadas y las soluciones aportadas por la doctrina posterior. Menciona en primer lugar las críticas realizadas a la diferenciación entre el destinatario de la norma y el de la ley: Estudia, entre otros, las de Binder, quien, tras negar la existencia de deberes jurídicos, y por tanto de su creación por las normas, concluye que el destinatario de la norma es también la autoridad, por lo que no tiene sentido distinguir entre lesión de la norma y punibilidad, y el error será irrelevante en todo caso; postura ésta que, al decir de Bacigalupo, lleva a sus últimos extremos, al prescindir de la teoría del deber jurídico, la dogmática de las teorías absolutas, convirtiendo la pena en una compensación totalmente abstracta de un mal por otro.

Se ocupa luego de los criterios materiales buscados para distinguir entre excepciones a la norma y a la punibilidad. Especial interés suscita el análisis y crítica de la postura de Armin Kaufmann: Este, tras afirmar que aunque las normas se dirigen a todos no obligan a todos necesariamente, estima que, a diferencia de las excepciones a la punibilidad, las causas de justificación impedirían la concreción de la norma en deber. Bacigalupo desestima este criterio, pues si Armin Kaufmann considera que el juicio de valor que determina la necesidad de la acción justificada presupone lógicamente que se ha realizado ya la acción típica, y considera a la tipicidad como contravención a la norma, ¿cómo puede preceder lógicamente la contravención de la norma a la concreción de esa norma en deber? Además, si la tipicidad es infracción de la norma, toda excepción a la pena será ajena a la norma misma, sin que sea preciso distinguir entre ellas, pudiendo ser consideradas las causas de justificación causas de exclusión de la punibilidad. Los criterios de Gimbernat y Mir, basados en que en las causas de justificación se parte de la renuncia a motivar a una persona en principio motivable, son confrontados por Bacigalupo con el artículo 564 de nuestro Código, que debería pasar a considerarse causa de justificación y no excusa absolutoria, en difícil concordancia con su carácter personal legalmente exigido.

El autor hace aquí un alto y se pregunta, dada la insuficiencia de los criterios propuestos para distinguir entre excepciones a las normas o a la punibilidad, por qué se precisa tal distinción. La respuesta la encuentra, por un lado, en una tendencia moralizante aún implícita en el Derecho penal, que busca expresar de algún modo que las causas de justificación han de regirse por principios ético-sociales, y las de la punibilidad por razones político-criminales; y por otro, reflexiones basadas en el sentimiento jurídico y en suposiciones históricas, de poca convicción como lo muestran los vaivenes sufridos por el estado de necesidad. En todo caso, lo que prima no son razones surgidas de la ley o del sistema dogmático, sino de axiomas previos a las construcciones dogmáticas.

En cuanto a la distinción entre causas de exclusión de la culpabilidad o de la punibilidad, argumenta el autor que si se sigue la opinión hoy dominante que considera que las causas de exculpación no excluyen la culpabilidad, sino que la reducen considerablemente, al igual que, indirectamente, el injusto, la distinción deviene imposible: También en las excusas absolutorias se atenúa el injusto y la culpabilidad como lo prueba los problemas de diferenciación con que tropezamos; y en ambos grupos de casos, si se excluye la pena pese a cierto grado de culpabilidad, el fundamento de la exclusión estará fuera de la culpabilidad.

Sin negar la cierta cercanía que entre ambos grupos de causas de exclusión puede derivar de la nueva y ya mayoritaria opinión de que las causas de exculpación no excluyen la culpabilidad, y la existencia de ciertas tendencias doctrinales que tienden a una parcial confusión de ambos grupos, estimo los argumentos de Bacigalupo insuficientes: El primero, porque da por sentado lo que precisamente se trata de demostrar, que no cabe lograr un criterio de distinción para las excusas absolutorias al margen del injusto

o la culpabilidad; y el segundo, porque no está claro que una exclusión de la pena basada en una fuerte disminución de la culpabilidad, como en las causas de exculpación, haya de encontrar necesariamente su fundamento fuera de la culpabilidad.

Otro apartado está orientado a mostrar cómo la distinción entre elementos del tipo y elementos de la punibilidad no es tan sólida como parece, siendo posible que elementos de la punibilidad se transformen por vía de definición en elementos del tipo, y a la inversa. Entre los ejemplos analizados resulta especialmente convincente el referido al encubrimiento de parientes, mostrando las posibilidades de encuadrarlo como elemento negativo del tipo (sin relación con la teoría del mismo nombre) o como excepción a la norma, y no como elemento de la punibilidad, con las diversas consecuencias respecto al error que ello implica; de hecho, cita a autores que han dejado de considerarlo excusa absolutoria.

Se ha intentado igualmente identificar las causas de exclusión de la antijuricidad, y distinguirlas de las restantes, a partir de criterios, ya no basados en la estructura de las diversas causas de exclusión, sino en principios prelegales, no extraíbles de la ley misma, y deducidos de la naturaleza de lo injusto. La tesis monistas, que ven el fundamento de las causas de justificación en la «mayor utilidad que daño social», o en el «medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico», utilizan criterios que, además de vagos, pueden también predicarse de las causas de exclusión de la punibilidad. Las tesis pluralistas no aciertan a explicar adecuadamente, a partir del «interés preponderante», la legítima defensa; y el otro criterio de la «falta de interés» no ofrece argumentos para limitarlo a los casos de titular del bien jurídico *individual*, por lo que cabría considerar el encubrimiento de parientes como una causa de justificación en la medida en que con él el *Estado* demuestra una ausencia de interés.

Este último argumento pienso que ha de tomarse con cuidado: En primer lugar, porque como parece indicar el propio Bacigalupo, sólo puede jugar en aquellos casos en que el titular del bien jurídico sea exclusivamente el Estado, de lo contrario incurriríamos en la confusión entre titular del bien jurídico y titular del «ius puniendi»; en segundo lugar, el ejemplo del encubrimiento de parientes no es acertado, pues el razonamiento ha de considerarse limitado a casos en que estemos ante una causa excluyente de pena ligada a una figura de delito concreta, ya que en preceptos genéricos, referidos a una pluralidad de delitos, como en el encubrimiento de parientes, resulta dudoso decir con carácter general que falta todo interés, pues si el precepto específico al que se aplique esa norma general tiene un bien jurídico individual y disponible, no siempre podrá hablarse de la falta de interés.

Concluye este apartado el autor poniendo de relieve cómo las causas de justificación no se deducen de los principios antedichos, sino que el proceder es el inverso; las causas de justificación no se seleccionan a partir de la naturaleza de lo injusto, sino de una *decisión* cuyos fundamentos son relativamente desconocidos; ya que el elemento decisorio es ineludible, hay que procurar esclarecer y discutir críticamente los fundamentos de esa decisión.

Brillante colofón de este capítulo puede considerarse el apartado en el que el autor, recordando acertadamente que las categorías del delito no han de tener sólo significado teórico, sino que fundamentalmente han de satisfacer necesidades prácticas de la Administración de Justicia, se pregunta por cuáles sean las razones prácticas que están motivando la distinción injusto culpable (delito) y punibilidad.

Pero antes plantea una tesis realmente sugestiva: Estima que la distinción entre antijuricidad y culpabilidad nace como consecuencia de la incorporación al Derecho penal de las medidas de seguridad. Aduce que no es casual que la antijuricidad en su concepción objetiva surja entonces; pena y medida necesitaban un fundamento común para luego exigir cada una presupuestos distintos, la culpabilidad o la peligrosidad, y tal fundamento común no lo daba la teoría subjetiva de la antijuricidad, que requería previamente la imputabilidad e imposibilitaba con ello aplicar medidas de seguridad a un inimputable. A su vez, se reformula la teoría de las normas asignando el momento objetivo de valoración a la antijuricidad, y el momento subjetivo de determinación a la culpabilidad, desplazando así el imperativo, preciso para la pena, pero no para la medida, a la culpabilidad. La distinción nace para satisfacer una función del Estado.

No es éste el lugar para pronunciarse extensamente sobre las afirmaciones precedentes. Sólo quisiera hacer dos observaciones: Por una parte, destacar cómo la exposición pretende palmariamente, en coherencia con la postura inicial del autor hallar la última explicación de las categorías dogmáticas en función de la teoría de la pena y/o las medidas de seguridad. Por otra parte, aclarar que en mi opinión la argumentación no es lo suficientemente comprensiva, pues se basa en las medidas de seguridad impuestas a los inimputables peligrosos, sin tener en cuenta las de los imputables, sea en un sistema monista o dualista. Contra ello no puede alegar que originariamente las medidas de seguridad se pensaron para los inimputables, pues aunque pueda decirse que así las concibieron los positivistas (para quienes propiamente todos eran inimputables), su argumentación parte de la fase ulterior de las Escuelas intermedias, donde se propugna la coexistencia de pena y medida (Bacigalupo parte de tal coexistencia), y en tal fase la medida ya no se reserva a los inimputables (quienes, por lo demás, ya no son todos). Así, pues, en los imputables la medida de seguridad no queda en el aire con la teoría subjetiva de la antijuricidad, pues, al satisfacer la exigencia previa de imputabilidad, no se ciega el paso a la calificación de su conducta como subjetivamente antijurídica.

Volvamos a las razones prácticas de la distinción injusto culpable-punibilidad: Peters las ve en que con el injusto culpable se expresa el rechazo ético-social de la conducta, rechazo que es preciso expresar, aunque luego, por otras razones, se declare la conducta no punible; como dice Bacigalupo, tal postura implica una actitud ideológica hoy muy cuestionada, la de que el Estado debe tutelar moralmente a los ciudadanos. Rechazable igualmente es la pretensión de justificar la distinción en la necesidad de, aun excluyendo la responsabilidad penal, exigir la civil o administrativa, pues no se ve qué relación pueda tener la culpabilidad con consecuencias no penales

basadas en la reparación del daño, y ajenas a la retribución o resocialización.

Por último el autor se ocupa de un fenómeno paralelo al de la distinción aludida, y tratado generalmente de modo muy confuso por la doctrina, la dicotomía merecimiento o necesidad de pena: Tal dicotomía presupone dos órdenes normativos distintos; como el único que constitucionalmente puede decidir sobre la necesidad de pena es el jurídico, el merecimiento de pena queda en manos del otro orden normativo disponible, el ético. Así, las excepciones a las reglas éticas irían a las causas de justificación e inculpabilidad, y las otras a la punibilidad. Esta dicotomía, señala Bacigalupo, no es más que una nueva formulación de concepciones clásicas y muestra la rechazable persistencia de la ligazón entre Moral y Derecho. El intento de Jescheck de referir el mantenimiento de pena al valor del bien jurídico protegido, sustrayendo el concepto a nociones prejurídicas, está condenado al fracaso: Los criterios de selección de los bienes jurídicos sólo podrán ligarse a fundamentaciones éticas, si para la necesidad de pena se acude a fundamentaciones político-criminales.

Como conclusión señala el autor que la dicotomía a que aludimos está vinculada a las teorías unitarias de la pena, pues ni la teoría de la retribución, para la cual toda conducta merecedora de pena también la necesita, ni la de prevención especial, con razones *mutatis mutandi* similares, necesitan una doble fundamentación. Y en todo caso sigue sin resolver la cuestión de cómo asignar las concretas causas de exclusión a una de las categorías del delito. A la exposición precedente, tan clarificadora, sólo cabría plantear la duda de si realmente al merecimiento de pena no le resta otro orden normativo que el ético.

La conclusión final de este capítulo es para Bacigalupo la de que la distinción injusto culpable (delito) y punibilidad presupone una doble valoración desde dos instancias diferentes, la Moral y el Derecho.

En el capítulo IV continúa el autor profundizando en la distinción entre injusto culpable y punibilidad, pero ahora a partir de autores que incluyen la punibilidad en el concepto de delito, sea como categoría independiente, sea disuelta en las restantes.

En el primer sentido estudia la postura de Beling, que rechaza unas «primeras» condiciones de la punibilidad (injusto culpable) constitutivas de un todo cerrado, previo a las «segundas»; él quiere incluir los elementos del Derecho penal subjetivo (punibilidad) en el concepto del delito, para lo que ha de sustituir el concepto de «norma», de donde surge tal distinción entre condiciones de punibilidad, por el de «tipo», en la determinación de lo injusto. Sin embargo, todo se queda en nuestro tema en una pura distinción terminológica, pues sigue manteniendo que el dolo sólo ha de abarcar a lo injusto culpable, ya que la no punibilidad, a diferencia de las causas de exclusión del injusto culpable, se basa en la falta de interés del Estado en la punibilidad. Bacigalupo, tras cuestionar que en las causas de exclusión del injusto culpable no se pueda hablar de falta de interés estatal, señala que a la postre la única diferencia con Binding es que, sin punibilidad, no hay delito. Además, los criterios concretos propuestos por Beling para

identificar los elementos del tipo de los que no lo son tienen la misma vaguedad que los de Binding para precisar los elementos de la norma. De hecho sólo la relevancia o no del error distingue, y sin fundamentar por qué, los elementos del injusto culpable y de la punibilidad.

En el segundo sentido cita a Sauer, quien opta por disolver la categoría de la punibilidad entre el injusto y la culpabilidad. Así incluye las condiciones objetivas de la punibilidad en la antijuricidad tipificada, por más que señala que esos elementos, a diferencia de los restantes allí incluidos, no son abarcables por la culpabilidad, siendo irrelevante su error. A su vez, las excusas absolutorias, que considera la contrapartida negativa de las positivas condiciones objetivas de punibilidad, se encuadrarían en la culpabilidad. Bacigalupo señala cómo nuestro problema sigue inalterado al predicarse la irrelevancia del error respecto a las condiciones objetivas de punibilidad, además de incurrirse en la contradicción de que el correlato negativo de un elemento de la antijuricidad (excusas absolutorias frente a condiciones objetivas de punibilidad) pertenecería a otra categoría, la culpabilidad. Posturas posteriores de Sauer admiten las mismas críticas.

Recuerda también el autor las cambiantes opiniones de Mezger, así como su conclusión teórica de que un principio de culpabilidad consecuente debería considerar la conciencia de la punibilidad como elemento del dolo, conclusión que, injustificadamente, según Bacigalupo, abandona tras un análisis de lege lata del Código penal alemán.

Este capítulo ha mostrado al autor cómo la redefinición de las categorías del delito no es más que un problema aparente si respecto a la punibilidad, o a los elementos hasta entonces incluidos en ella, se sigue considerando irrelevante el error.

En el último capítulo el autor, quizá con excesiva brevedad, intenta exponer su postura. Los capítulos precedentes le han enseñado que los criterios que asignan un elemento negativo a una determinada categoría positiva del delito o del delito punible son tan confusos que admiten todo tipo de correspondencias. Afirma que lo que procede no es buscar nuevos criterios de pertenencia, sino preguntarse si las consecuencias ligadas a esos criterios son necesarias; en concreto, si es precisa en la punibilidad la irrelevancia del error y la caracterización personal.

Opina que la irrelevancia del error sobre la punibilidad se debe al hecho de que, a través de Kant y Hegel, se extendió en la ciencia penal la idea de que tomar en cuenta la motivación del ser humano por el temor a la amenaza penal, como fundamento de la responsabilidad penal, sería lesivo de la dignidad de la persona. Kant negaba que una motivación procedente de una amenaza y no de una conciencia del deber, tuviera sentido moral, y por tanto jurídico, por más que pudiera tenerlo práctico; Bacigalupo crítica la ligazón entre lo moral y jurídico que ello supone, y recuerda con certeza que la separación entre Moral y Derecho se ha vinculado por lo general a la idea de que el Derecho no ha de penar todo lo inmoral, pero no ha avanzado en la línea de depurar de contenido ético a los conceptos dogmáticos.

Hegel destacaba, por un lado, que todas las referencias a la relación

de la pena con la conciencia individual y su representación presuponen que sancionar es objetivamente justo, y de ello se sigue que el punto de vista moral es el esencial, y por otro, que fundar la pena en la amenaza es partir de que el hombre no es libre, mientras que el Derecho y la justicia se basan en la libertad y en la voluntad, de ahí que una pena basada en la amenaza atente al honor y a la libertad. Bacigalupo critica de nuevo el referir las exigencias penales necesariamente a la ética. Asimismo, si se estima que el Derecho penal sólo ha de proteger los valores elementales para la vida comunitaria, y se concuerda en las diversas formulaciones que pueden tener en una sociedad pluralista, habrá que atenerse a lo que digan los órganos de control social. *Ahora bien*, en tales condiciones exigir que la pena se imponga con independencia del conocimiento de su amenaza (conocimiento de la punibilidad) no sólo no implica respeto de la dignidad humana, sino todo lo contrario, pues supone obligar al ciudadano a compartir íntimamente lo que el Estado considera valores elementales de la vida comunitaria; sólo una pretensión tal justifica un deber jurídico sin referencias a amenazas penales. Pero al Estado no debería importarle si el cumplimiento del deber se debe a la conciencia del mismo o a la fuerza coactiva de una amenaza.

A continuación recuerda la vigencia del principio de legalidad en un Derecho penal liberal, como garantía de una aplicación del Derecho a tenor de lo establecido previamente en una ley, y como medio de posibilitar al ciudadano el orientar sus acciones a tenor de la ley; a su vez, lamenta las restricciones que ha sufrido tal principio al hacerle dependiente del principio de culpabilidad. La situación inversa es la correcta, pues el principio de culpabilidad no expresa por sí mismo su contenido; así, si el principio de legalidad abarca las consecuencias jurídicas, el de culpabilidad, dependiente de aquél, ha de abarcar la conciencia de la punibilidad. Frente a ello no cabe alegar ya, como se vio, que se lesiona la dignidad de la persona; además el principio de legalidad abarca también el interés del ciudadano en saber no sólo lo que está prohibido penalmente, sino que le amenaza una pena en caso de violar la prohibición. Ello implica la relevancia de su error si, por ejemplo, sabiendo que viola la prohibición, cree que concurren circunstancias de no punibilidad.

Pero hay que ver los fines de la pena antes de tomar una decisión: La prevención general no exige necesariamente la conciencia de la punibilidad; aplicar penas a quienes no supieran de la amenaza podría justificarse como medio de estimular a los ciudadanos a esforzarse en averiguar las conductas prohibidas con pena. Distinta es la conclusión a partir de la prevención especial: Si el orden jurídico ha de ser un orden exterior, y sólo son consideradas insoportables socialmente aquellas lesiones del orden exterior amenazadas con pena, sólo cabe intervenir frente al autor incapaz de inhibirse frente a la amenaza de una pena. La menor distancia existente entre sus postulados y su posible verificación obliga a optar por las conclusiones obtenidas de la prevención especial y no de la general.

En cuanto a la instrumentación práctica de la conciencia de la punibilidad se procedería como en el error de prohibición, siendo impunes sólo

los casos de error invencible; Bacigalupo no estima más difícil probar la conciencia potencial de la punibilidad que la de la antijuricidad. En todo caso las razones preventivas especiales no exigen que sea relevante el error sobre la «magnitud» (especie de pena o cuantía) de la punibilidad.

Alude, por fin, a la otra cara del problema, la naturaleza personal de las excusas absolutorias, mencionando las nuevas corrientes que pretenden extender a los partícipes el efecto excluyente de la pena de algunas de ellas. Ello le sirve para recordar que el carácter personal o no de una eximente ya no se liga a la categoría positiva en la que ésta está inserta.

Concluye este estimulante capítulo afirmando que la relevancia o no del error y el carácter personal o no en las eximentes es más bien una cuestión de Derecho consuetudinario, siendo en las eximentes en las que no se da relevancia al error ni se aplican a los partícipes un caso de Derecho consuetudinario contra el autor, que choca con el principio de legalidad.

Quisiera, antes de terminar, hacer unas observaciones personales a los razonamientos precedentes que no pretenden agotar, ni mucho menos, el amplio número de sugerencias que la brillante exposición de Bacigalupo brinda: Al innegable peso que posee el argumento referido al principio de legalidad se oponen tres objeciones referidas a razonamientos previos y posteriores a él que no sé hasta qué punto le afectan.

Así, Bacigalupo parece entender que el pluralismo en una sociedad pluralista abarca igualmente a sus valores elementales; sin embargo, creo que cuando se habla de pluralidad valorativa en una tal sociedad se está aludiendo fundamentalmente a los valores no estimados inequívocamente imprescindibles para la convivencia plural; es precisamente el deseo de lograr el mayor pluralismo posible lo que lleva a tales sociedades a reducir los valores elementales a lo imprescindible. Por otro lado, no se pretende en una tal sociedad que esos valores elementales se compartan «íntimamente»; esto es, que el sujeto los haga «suyos»; se aspira a que se vea su necesidad o a que, aun no viéndola, se reconozca la legitimidad de la decisión de la gran mayoría social sobre su necesidad, y no hay que olvidar que, en principio, los órganos de control social en una sociedad pluralista han de reflejar las opiniones de esas mayorías. A su vez, el efecto troquelador de las opiniones sociales por parte de las normas penales no es rechazable sin más en una sociedad pluralista, siempre que se mantenga en los límites adecuados, como he intentado mostrar en otro lugar; en realidad, con ello se crea una base segura para el mantenimiento de la sociedad pluralista. En suma, cabe reformular la tesis criticada por Bacigalupo diciendo que justificar la pena en la intimidación desconoce la capacidad racional del individuo para comprender las necesidades sociales, o para conocer y reconocer legitimidad a las opiniones de la gran mayoría de la sociedad al respecto.

Asimismo, el argumento utilizado para justificar el conocimiento de la punibilidad a partir de la prevención especial no me resulta convincente. En línea con críticas similares formuladas por Cerezo y Córdoba cabría pensar que hay mayores necesidades preventivo especiales respecto a quien ni siquiera es capaz de captar la amenaza penal, careciendo por

ello del conocimiento de la punibilidad, por no citar al que no es capaz de captar el injusto (inimputables).

Finalmente, es discutible que la prueba de la conciencia de la punibilidad no sea más difícil que la de la conciencia de la antijuricidad, en especial dado el carácter más contingente, menos ligado a lo esencial para la convivencia, de los elementos de la punibilidad.

Nos encontramos, con esta obra de Bacigalupo, ante una de las más ambiciosas, abarcadoras y originales monografías dogmáticas que se han realizado recientemente en nuestro país. Pienso que se inserta en el interés, ya manifestado en otro lugar por el autor («Significado y perspectivas de la oposición Derecho penal-Política Criminal») de desarrollar hasta el final un sistema dogmático basado en la prevención especial. En tal sistema se habrían de unificar todas las causas de exclusión en una sola categoría. Sin duda no se ha pretendido en este trabajo realizar tal tarea, que implica reformular todas las categorías del delito, pero en esa tendencia unificadora va la propuesta de dar relevancia al error sobre el conocimiento de la punibilidad.

JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS

BLECUA FRAGA, Ramón: «El delito de traición y la Defensa Nacional». Editorial Edersa. Madrid, 1983, 216 págs.

Tiene por objeto este libro el estudio completo del delito de traición, tanto en la versión que dicha figura ofrece en la legislación penal común—Código Penal— como la que presenta en el Código de Justicia Militar.

El autor inicia su obra estudiando ampliamente los antecedentes históricos de esta figura delictiva. Para ello, y sin escatimar esfuerzos, va introduciendo al lector en el proceso de evolución a lo largo del devenir histórico. Iniciando el análisis en el Derecho Romano se brinda una visión detallada del tratamiento que la traición recibió en el Derecho germánico-visigótico, en la Edad Media, Edad Moderna, y que culmina en la etapa Codificadora. Esta primera parte, pieza fundamental para comprender la problemática que la traición presenta en la actualidad, incluye desde el punto de vista sustancial un estudio del *perduellium* en Roma, de los delitos contra la persona del monarca, contra la tierra y gente goda y la huida del territorio nacional en el Derecho germánico-visigótico, de la traición regia y la traición entre iguales en la Alta Edad Media, así como las conductas que se enmarcaron bajo el término «traición», desde el Ordenamiento de Alcalá hasta la Ley para Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941.

Con certera visión jurídica se analizan, en el capítulo tercero del libro, los preceptos que el Código Penal (arts. 120 a 125) dedica a la traición. Como cuestión previa se afronta la importante cuestión de la distinción entre seguridad exterior y seguridad interior del Estado, como conceptos comprensivos de los bienes jurídicos tutelados en los títulos I y II del libro segundo del Código Penal. Después de señalar que la bipartición se justificó teniendo en cuenta la contemplación del Estado bajo el doble

aspecto de su relación con otros Estados y protegiéndose de los ataques que podían provenir del exterior, por una parte, y en su organización interna por otra, el profesor Blecua entiende que la indicación a los delitos contra la seguridad exterior del Estado se ha de conectar fundamentalmente a la defensa frente a agresiones o amenazas provenientes del exterior o con repercusión en el orden internacional, sin perjuicio de castigar con arreglo a otros preceptos penales las conductas sediciosas, lo que desafortunadamente no sucede con la regulación actual, ya que en el título I del libro II se incluyen figuras que propenden a la confusión con algunas tipificadas en el título II del mismo libro.

Tras señalar que el sujeto activo de este delito puede ser tanto un español como un extranjero, lo que ha sido criticado por la doctrina, se estudian las conductas típicas, agrupadas así:

A) Incitación a la guerra contra España. B) Actos de colaboración con el enemigo: facilitando elementos personales o medios materiales, de combate o de apoyo, la transmisión de informaciones relativas a la Defensa o procurando la entrada en la nación. C) Quebrantamiento de la Defensa Nacional: tomando las armas contra la Patria, revelando secretos de Estado o impidiendo que las tropas españolas reciban los medios de combate o apoyo precisos. D) Ultrajes a la Nación, y E) Delitos de traición, cometidos contra potencia aliada de España.

Tales conductas denotan un innecesario casuismo, carentes de unidad interna que impide formular un concepto que reúna los elementos esenciales de este delito. Como corolario necesario se hacen a su vez referencias al problema de la culpabilidad, fases de ejecución, participación, punibilidad y perseguibilidad.

Con el mismo rigor con que se estudian los preceptos contenidos en el Código Penal se analizan los que al delito de traición dedica el Código de Justicia Militar (arts. 258 a 269). Para ello se emplea la misma metodología dogmática también en esta parte de la obra y se consideran las cuestiones relativas a los sujetos del delito, conductas típicas, culpabilidad y perseguibilidad.

La obra adquiere especial interés al tratarse el problema de la colisión de normas entre el Código Penal Común y el de Justicia Militar. Colisión que como pone de manifiesto el autor ya se había producido durante la etapa codificadora y que puede ser concretada en cinco momentos: a) Con la Ley de 6 de diciembre de 1868, que asignó a la jurisdicción militar el conocimiento de varias conductas descritas en el Código Penal de 1848-50. b) El Código Penal del Ejército de 17 de noviembre de 1884 incluye en su articulado formas de traición que también se describían en la legislación Penal común, pero exigiendo la condición de militar en el sujeto activo. c) El Código de Justicia Militar de 1890, además de la repetición de tipos, amplía el sujeto activo a cualquier persona. d) El Código Penal de 1928 aumenta la confusión, pues traslada a su articulado preceptos procedentes del Código Castrense. e) La Ley de Seguridad del Estado de 1941 culmina el proceso de militarización de la traición, que a pesar de su carácter transitorio no impidió su supervivencia en el Código de Justicia Militar de 1945.

Tras un cuadro comparativo entre las disposiciones penales comunes y el Código de Justicia Militar, también se aborda de forma clara la problemática referente a la competencia de la jurisdicción militar en materia de traición, competencia que puede concretarse en tres órdenes: por razón del lugar, por razón del delito y por razón de la persona, dándose cumplida cuenta de los supuestos que se incluyan en cada apartado.

Se ofrece a su vez al lector una panorámica del tratamiento que la traición recibe en otros ordenamientos jurídicos. En este sentido los países objeto de análisis son agrupados en dos grandes bloques: los que definen el delito de traición en la legislación penal común y los que lo regulan sólo en la legislación militar. En el primer grupo se incluyen países como Francia, República Federal Alemana, Gran Bretaña, URSS y EE.UU. En el segundo bloque destaca Italia y Bélgica. Es necesario reseñar que en este apartado no se limita el autor a transcribir los preceptos penales correspondientes, sino que dotando de pleno contenido y función a este capítulo analiza con profusión la legislación de cada uno de los países objeto de estudio, lo que permite al lector obtener un conocimiento profundo del contenido de este delito en la legislación comparada.

La obra finaliza con un capítulo dedicado a consideraciones de *lege ferenda*. El profesor Blecua no sólo realiza un estudio dogmático, sino que, adentrándose en el campo político-criminal, nos ofrece una visión de los que a su juicio debería ser el delito de traición y de la regulación que del mismo debería hacer tanto el Código Penal como el Código de Justicia Militar. En este orden de cosas propone como rúbrica general dónde debe encuadrarse la traición, la de «delitos contra la Defensa Nacional», sustituyendo así la vieja biparticipación entre seguridad exterior e interior del Estado, sistema sometido a censura por parte de la doctrina científica e incluso abandonada por el Código Penal francés que lo había instituido. La rúbrica propuesta se armoniza con los preceptos constitucionales y concretamente con Ley Orgánica sobre criterios básicos de la Defensa Nacional, de 1.º de julio de 1980.

Se entiende la traición como un delito contra la Patria, cuyo sujeto activo sólo puede ser un español, que realice una de las siguientes conductas: provocar una intervención armada o acto de grave hostilidad contra España, inferirle un quebranto de tal naturaleza que le sitúe en condiciones de vulnerabilidad frente a un eventual enemigo, ayudar a una potencia en guerra contra España y atentar contra la integridad del territorio nacional. Sólo debe imputarse a título de dolo, rechazándose la incriminación culposa. Desde la perspectiva del Código de Justicia Militar, traición la cometería quien, a título doloso, se pasa al enemigo, colabora con el enemigo para favorecerle, facilita al enemigo elementos o medios que tenga asignados por razón del destino, ejerce presión sobre el que ostenta el mando de una fuerza para capitular rendirse, demorar el combate o iniciar la retirada, dificultar las operaciones de las fuerzas nacionales o poner en peligro su seguridad estando en campaña.

Ni que decir tiene que la obra es de suma actualidad e interés. Escrita de forma clara y precisa, a través de ella podemos captar la profunda for-

mación jurídica que el profesor Blecua posee que se trasluce en las fuentes bibliográficas empleadas no sólo españolas, sino también extranjeras. La lectura de este libro es, a mi juicio, no sólo obligado para todo jurista que pretenda estar al día en lo tocante a los delitos contra la Defensa Nacional, sino también para todas aquellas personas que poseen conocer con precisión una figura de tanta relevancia, como es la traición.

CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ,
Profesor Encargado de Curso
en la Universidad Autónoma de Madrid

Código Penal. Comentarios y jurisprudencia. Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial 8/83 de 25 de junio, Editorial COLEX, 1983.

Como dice la Editorial, en el preámbulo de la obra, la vivencia de la reforma del texto punitivo fundamental es un hecho presente que impregna todos los tejidos y órganos de la sociedad española, afectando a las actividades de sus miembros. Esta situación genera la necesidad de conocer la normativa penal vinculante a los ciudadanos. A esta exigencia publicitaria responde con premura la Editorial Jurídica COLEX, presentando el texto punitivo innovado por la Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial 8/83 de 25 de junio, para lo cual ha contado con un grupo de Magistrados y Fiscales, especializados en la ciencia del Derecho penal.

La obra va dirigida a cuantos tienen relación con el Derecho penal, desde la administración de justicia, la cátedra, la abogacía, el asesoramiento, la actividad criminológica, siendo muy útil también para aquéllos que empiezan el estudio de la ciencia del Derecho penal, pues en el texto, junto al precepto vigente, se publica el derogado, se hacen atinados comentarios sobre los preceptos más importantes y se ilustra con la doctrina jurisprudencial más reciente, con citas de sentencias del presente año 1983.

El comentario de los respectivos preceptos es variado en su extensión, así como las citas de la doctrina jurisprudencial, habida cuenta el diferente contenido de unos y otros, y que sobre los realmente innovadores sólo caben, por el momento, criterios personales más o menos autorizados, competentes e ilustrados, debido a la ausencia de una doctrina jurisprudencial indicadora de una interpretación más práctica.

En los comentarios, los autores, con juicios críticos y apurada síntesis, aclaran y relacionan el contenido del articulado, y las citas de los textos jurisprudenciales están elegidas con sumo cuidado, armonía y uniformidad recogiendo la más avanzada y moderna jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo.

La exégesis de materias nuevas, como la del art. 6 bis a) sobre el error, se realiza armonizando el comentario de la doctrina científica con la del propio Tribunal Supremo.

El estudio de las normas de general aplicación, como ocurre en materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, de la participación y el concurso de delitos, tiene dedicación especial y cumple las necesidades de un texto de la naturaleza que se ha propuesto realizar la Editorial, de tener al alcance del profesional y estudioso la normativa penal vigente.

Mención especial merece el estudio que se hace de aquellas materias de mayor aplicación e incidencia en la delincuencia actual, como son los delitos contra la salud pública y contra la propiedad, que se estudian con atinados criterios para orientación de cuantos manejan el Derecho penal y de aquellos otros que hacen del mismo su profesión.

LORENZO SALGADO, J. M.: «Las drogas en el ordenamiento penal español», 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, 240 págs.

La primera edición de esta obra se publicó en el año 1972, apareciendo ahora la segunda notablemente ampliada y puesta al día. Se divide en seis capítulos. Se ocupa el primero de determinaciones previas y el segundo de consideraciones criminológicas, en donde se estudia la relación que pueda haber entre alcohol, drogas y criminalidad; considera el autor que la embriaguez, en principio, constituye un factor criminógeno de primer orden, mientras que la relación entre droga y delito en la mayoría de los casos está en función de la necesidad de conseguir dinero para posteriormente adquirir la droga. Termina este capítulo con estudio de las drogas en España y de su influencia en el mundo juvenil.

El capítulo tercero, que es el de mayor contenido, se ocupa de la embriaguez, donde se hace un estudio de ésta y del trastorno mental transitorio en base a la responsabilidad criminal; regulación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980; delitos contra la seguridad del tráfico, así como el artículo 344 del Código penal. Se considera la embriaguez como eximente y como atenuante. Estima que ha de considerarse atípica la tenencia, cultivo, fabricación, elaboración y transporte de drogas tóxicas o estupefacientes siempre que no se lleven a cabo de ponerlas a disposición de terceros. Hace una crítica al artículo 344 especialmente en las dificultades que representa el amplio margen de arbitrio judicial que se desprende del párrafo tercero, así como la posibilidad de elevar la pena en grado en base a las circunstancias del hecho y del culpable. Afortunadamente, defectos de este artículo han sido rectificadas en la reciente reforma del Código penal, aunque se han introducido otros.

Se ocupa el capítulo siguiente de los estados peligrosos predelictuales y postdelictuales en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Se pone de manifiesto las deficiencias de esta Ley que permite la imposición acumulativa de penas y medidas de seguridad, resultando absurdo la adopción de medidas penales a toxicómanos que no han cometido ningún delito. No cabe duda que ésta es una Ley que hace tiempo debió de ser derogada,

aunque necesariamente había que sustituirla por otro sistema de medidas de seguridad.

Trata el capítulo quinto de las consecuencias jurídico-penales derivadas de la condición de alcohólico o toxicómano, donde se pone de relieve la deficiente o incluso desastrosa situación de nuestro sistema, ya que algunas de las medidas previstas son de mercado carácter sancionador incompatibles con toda finalidad de tratamiento recuperador.

Termina la obra ocupándose de la Ley Orgánica de 13 de julio de 1982, que modifica la legislación vigente en materia de contrabando y regula los delitos e infracciones administrativas en esta materia.

La obra tiene interés por ser un tema poco tratado en España, y prueba de ello es que se ha hecho una segunda edición de la misma. Ofrece interés el ver que algún penalista tiene en cuenta también consideraciones criminológicas, que sin duda son necesarias si se quiere hacer una aceptable política criminal. Con mucha frecuencia no se puede llegar a conseguir adecuadas proposiciones de *lege ferenda* sin un conocimiento de la realidad del delito; ésta es la razón por la que a veces hay preceptos criminógenos en el Código penal (la circunstancia 9.ª del artículo 506, 4.ª del 515 y 5.ª del 529 del Código penal tienen claro efecto criminógeno, ya que desvían al delincuente contra la propiedad hacia los mejor situados económicamente en la sociedad). Se mantiene nuestro sistema tradicional de no querer incluir en las comisiones que han de legislar expertos en el mundo de la realidad social del delito. La dogmática jurídico penal de fórmulas abstractas tiene pocas posibilidades de evolución si no tiene en cuenta los avances de la criminología y otras ciencias sociales; la relación entre Derecho penal y Criminología ha de hacerse a través de la política criminal. Mientras que la ciencia penal alemana, donde se han formado buena parte de los penalistas españoles, da cada vez más valor a las aportaciones de la criminología, en España prácticamente la seguimos ignorando.

A. SERRANO

NOTICIARIO

NOTA NECROLOGICA

Jergy Wladyslaw Slivvowski (1907-1983).

El 25 de febrero de 1983 falleció en Varsovia a la edad de setenta y cinco años el profesor Jergy W. Slivvowski.

La repentina muerte ha cerrado la excepcional biografía del eminente jurista polaco y de un hombre generoso.

El profesor J. Slivvowski formaba parte del grupo de los más famosos profesores de la Ciencia Penal polaca. Fue el creador de las bases científicas de la Ciencia Penitenciaria polaca y un gran experto en Derecho Penitenciario. Fue, sin duda, una gran autoridad en el campo de la Penología y del Derecho Penitenciario.

Nace el 1 de mayo de 1907 en Varsovia en el seno de la familia de un conocido abogado. Recibe una educación completa. Estudió Leyes y Ciencias Políticas en la Universidad de Varsovia. Desde el año 1934 a 1940 fue juez y desde este año hasta 1963 abogado, lo que le aseguró un buen conocimiento de la práctica de la justicia penal y de la realidad penitenciaria.

El profesor Slivvowski se convierte en famoso defensor de un gran número de graves procesos penales. Como abogado creyó que en cada caso existe siempre la posibilidad de salvar al hombre. En cada caso se puede disminuir el dolor humano y cambiar, en parte, el triste destino. Consideró el principio «Primum non nocere» como el más importante por el que debe regirse un abogado.

El período de la guerra y de la ocupación lo pasó en Polonia, participó en la resistencia. Fue en ocasiones arrestado y hasta condenado a muerte por el ocupante.

La biografía científica del profesor Slivvowski es muy rica. Todavía estudiante, en el año 1929, publicó su primer artículo con el título: «L'assassinio nell' affetto». En los años 1937-39 estudió en Francia, donde en la Universidad de Nancy obtiene el Doctorado en Leyes, en 1939, con la Tesis «La ponvoir du juge dans l'execution des peines et des mesures de surète privation de liberté». El Consejo de la Facultad de Derecho concede en esta ocasión la Medalla de Honor.

Así se cristalizó la pasión científica del profesor. Se ocupó de la entonces naciente materia del Derecho Penitenciario.

Después de la guerra comenzó la enseñanza del Derecho Penal en la Universidad Polaca, Varsovia Lody, Sublin. Desde el año 1948 fue titular de la Cátedra de Derecho Penal en la Universidad N. Copernico en Forum, considerándole esta Universidad como su Alma Mater. Como catedrático permaneció hasta el año 1977, esto es, hasta el momento de su jubilación. Pero ni aún como profesor jubilado deja el contacto con la Universidad de Forum, sino que hasta el último momento de su vida imparte lecciones

de Derecho Penal, Criminología y Derecho Penitenciario. Gozó durante años de gran popularidad, tanto por su ciencia como por la excelente forma verbal de sus lecciones. Los jóvenes siempre eran merecedores, para el profesor, de confianza y estimación. Fue un magnífico maestro lleno de comprensión y benevolencia. Bajo su tutela han obtenido sus títulos muchos científicos, los cuales consideran como un gran honor el ser sus discípulos.

Extraordinario fue también el papel de su actividad organizadora. En los años sesenta su obra sobre el juez de vigilancia penitenciaria y sobre la pena de limitación de libertad se abrían camino en la nueva codificación polaca. Participó de modo activo en los trabajos de los proyectos de Códigos Penales; especialmente en el Código Penal ejecutivo en los años 1966-68, del cual es autor del capítulo «La ejecución de la pena de privación de libertad».

Forma parte de la comisión designada, en 1981, por el Ministro de Justicia para la reforma de la legislación penal.

Atención especial merece la actividad científica del profesor en el extranjero. Amplios contactos científicos y el extraordinario conocimiento de varias lenguas, le facilitó la colaboración con numerosos centros científicos extranjeros. En 1933 participó en el VII Congreso AIDP en Palermo, y después de la guerra, en muchos congresos y simposios internacionales, entre los cuales merecen destacarse el VII Congreso Internacional de Derecho Penal en Atenas en 1957, y el V Congreso N. U. sobre la prevención de la delincuencia y tratamiento del delincuente en Ginebra en 1975.

En 1982 participó en el Coloquio Europeo sobre el papel de la discriminación en la política criminal en Helsinki.

Durante cerca de año y medio de 1973-74 dirigió como vicepresidente internacional el Instituto Superior de Ciencia Penal en Siracusa, Sicilia, bajo la atención de la AIDP.

Fue miembro de numerosas asociaciones científicas internacionales, entre las cuales están la AIDP, Sociedad Internacional de Defensa Social, Asociación Internacional de Criminología, Sociedad General de Prisiones, Gesellschaft für Allgemeine Criminologie. Impartió numerosas lecciones magistrales en Universidades extranjeras.

La principal dirección de su actividad fue la científica. Profesor eminente, publicó más de 300 libros y artículos, escritos en polaco o bien en lengua extranjera, sobre Derecho Penal, Criminología, Historia del Derecho Penal, pero, sobre todo, Derecho Penitenciario. A esta materia sacrificó toda su fuerza creativa. Todos estos trabajos tienen valores duraderos y por largo tiempo influirán en la evolución de la Ciencia Penal.

Autor de un conocido manual de Derecho Penal, publicó entre otros libros: «L'excensione della pena nelle condizioni della libertà limitata» (1964), «La sorveglianza penitenziaria del giudice» (1969), «Y principi dell' esecuzione della pena de privazione e limitazione della libertà secondo la nuova legislazione penale» (1969), «Il pensiero penitenziario polacco 1964-1972» (1972), «La pena della limitazione della libertà» (1973).

En 1982 se publican dos importantes libros del profesor, en los que

explicó su credo científico y su más que cincuentenaria experiencia como investigador. Son «La pena de privazione della libertà nel mondo contemporaneo» e «Il diritto e politica penitenziaria», que reflejan los resultados de las dos direcciones de su trabajo, una teórica y otra práctica, en su materia preferida: la Penología y la Ciencia Penitenciaria.

Durante toda su vida defiende los principios del tratamiento humanitario del preso y del respeto a su dignidad personal. Lleno de humanidad, creyó que ningún delito es tan grave, que nos libere de la obligación del humanitarismo. A este credo fue fiel hasta sus últimos días.

Para el profesor Sliwowski el problema contemporáneo de la pena privativa de libertad es no solamente un problema de Derecho Penal, sino también un problema de Criminología y sobre todo un problema de carácter social, de cultura, es la cuestión de la eficacia o la ineficacia, de la influencia del hombre sobre el hombre. Reflexionó sobre cuáles serían los límites de la defensa de los valores humanos, con qué limitaciones se puede privar de bienes tan preciosos como la libertad personal y qué se puede hacer con la pena, hoy en día, más importante, esto es, la pena privativa de libertad, la más útil y la menos dañosa. Escribiendo su libro, que trata sobre esta pena, supo que ésta puede estar incluida y creada exclusivamente sobre el fondo de las opiniones de la Nueva Defensa Social. Con esta ideología buscó salvar la pena de privación de libertad. Creyó que existe la posibilidad de hacer de tal pena el instrumento de un tratamiento positivo y, no obstante, coercitivo sobre el hombre.

Los exiguos y negativos resultados obtenidos hasta ahora son en gran manera causa de la ignorancia humana en el ámbito de las interacciones de la actividad de los hombres y de la falta de capacidad para resolver el dilema penitenciario.

Estas palabras pueden considerarse como un testamento ideológico del profesor Sliwowski para sus sucesores científicos.

ALIEJA GRZESKOWIAK

Traducción del original en italiano realizada por Clotilde Romero Tirvent, Prof. de Derecho penal. Universidad Complutense de Madrid.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXVI AÑO 1983

Páginas

TOMO XXXVI - FASCICULO III - SEPTIEMBRE-DICIEMBRE

SECCION DOCTRINAL

<i>El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos</i> , por José Ce- rezo Mir	471
<i>El delito de daños en el Código penal español</i> , por Agustín Jorge Barreiro	505
<i>Código Penal Tipo para Latinoamérica</i> , por Isidro de Miguel Pérez. <i>El movimiento de la teoría criminológica y evaluación de su estado actual</i> , por Lola Aniyar de C.	533 545

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Hacia una Ley de contravenciones el modelo portugués</i> , por Miguel Bajo Fernández y Blanca Mendoza Buergo	567
<i>Constitución política del Perú</i>	613

SECCION LEGISLATIVA

A) Leyes orgánicas	623
B) Proyecto de Ley	629

Circulares y Consultas de la Fiscalía del T. S.

a) Circulares	642
b) Consultas	658

CONSEJO DE EUROPA	666
--------------------------	-----

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

Revista de libros	668
--------------------------	-----

NOTICARIO	686
------------------	-----

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Hacia una Ley de contravenciones el modelo portugués, por Miguel Bajo Fernández y Blanca Mendoza Buergo</i>	567
<i>Constitución política del Perú</i>	613

SECCION LEGISLATIVA

A) Leyes orgánicas	623
B) Proyecto de Ley	629

Circulares y Consultas de la Fiscalía del T. S.

a) Circulares	642
b) Consultas	658

CONSEJO DE EUROPA 666

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

Revista de libros	668
-------------------------	-----

NOTICARIO 686

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

1. Antonio HERNÁNDEZ GIL, *El testamento militar*, 1946, 241 págs. (tela, 400 ptas.).
2. Antonio HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, 1948, 377 págs. (tela, 500 ptas.).
3. José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La condición jurídica del «nasciturus» en el Derecho español*, 1946, 270 págs. (tela, 400 pesetas).
4. José M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, 1946, 251 págs. (tela, 400 ptas.).
5. Juan DEL ROSAL, *Estudios penales*, 1948, 348 págs. (tela, 500 pesetas).

AVISO IMPORTANTE

Hay existencias limitadas de números sueltos de años anteriores, con excepción de los fascículos I y II del año 1948, fascículos I y III del año 1953, fascículos I, II y III del año 1954, fascículos I, II y III del año 1955, fascículos I y II del año 1956, fascículo II del año 1958, fascículo I del año 1957, fascículo III del año 1961, fascículos I y II del año 1964, fascículo III del año 1965 y fascículo II del año 1966.

Formulen sus pedidos a través de su librería habitual o directamente al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núms. 6 y 8, teléfono 429 25 51, Madrid-14.

**NUEVO TELEFONO DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

TEL. 429 25 51

Suscripción anual: España, 3.300 pesetas

Extranjero, 3.600 pesetas

Número suelto: España, 1.300 pesetas

Extranjero, 1.600 pesetas