

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXII
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMLXIX

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:
EUGENIO CUELLO CALON (†)

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

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

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

Consejero-Secretario:
DOMINGO TERUEL CARRALERO
Magistrado

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

INDICE

Sección Doctrinal

Páginas

<i>La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español (la conformidad del acusado)</i> , por Victor Fairén Guillén	229
<i>La división en dos fases del proceso penal</i> , por Mariano Barbero Santos	269
<i>Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios</i> , por Francisco Bueno Arús	283
<i>Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787</i> , por José R. Casabo Ruiz	313

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

Precio de suscripción: España, 300 ptas. Extranjero, 400.

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

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948

Ultimo fascículo aparecido: Enero-abril 1969.

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

CORRESPONDENCIA

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

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

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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



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

**ANUARIO
DE DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XXII
FASCICULO II**



**MAYO-AGOSTO
MCMLXIX**

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

Depósito Legal, M. 126.—1958

SECCION DOCTRINAL

La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español (La conformidad del acusado)

VICTOR FAIREN GUILLEN
Catedrático de Derecho procesal en la
Universidad de Valencia

COMUNICACION AL IV CONGRESO MEXICANO DE DERECHO PROCESAL

(Cuernavaca, abril de 1969)

S U M A R I O

1. Los sistemas de principios procesales penales.
2. Breve recuerdo de los sistemas inquisitivos y acusatorio históricamente considerados.
3. Inquisitivo y acusatorio, en general, en la actualidad.
4. El sistema mixto.
5. La iniciación "ex officio" y la "acción penal popular" en el Ordenamiento español.
6. El interrogatorio del imputado o del acusado.
7. La "conformidad" del acusado (arts. 655 y 688 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento criminal).
8. Conformidad y "plea guilty".
9. La "última palabra" del acusado en el juicio oral.
10. Resumen expositivo de la conformidad según la Lecrim. española.
11. Naturaleza jurídica de la conformidad del acusado.
12. La disposición por el acusado del derecho de defensa.
13. El carácter constitucional de la garantía de la defensa en juicio penal. Derecho de defensa y Derechos Humanos.
14. Conclusión.

S I G L A S

Rev. Jur. Cat. = Revista Jurídica de Cataluña.

Lecrim. = Ley de Enjuiciamiento criminal.

C. P. = Código penal.

T. S. = Tribunal Supremo.

MF = Ministerio Fiscal.

StPO. = Strafprozessordnung.

GVG = Gerichtsverfassungsgesetz.

RDPr. (o RDProc.) = Revista de Derecho procesal (Madrid).

R. Iberoam. DPr. = Revista Iberoamericana de Derecho procesal (Madrid).

RGLJ. = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).

RDPArg. = Revista de Derecho procesal (Argentina, Buenos Aires).

ARrgDPr. = Revista argentina de Derecho procesal (Buenos Aires, desde 1968).

ZZP. = Zeitschrift für Zivilprozess.

Archziv. Prax. = Archiv für die zivilistische Praxis.

Riv. It. Dto. proc. pen. = Rivista Italiana di Diritto e procedura penale.

Rep. Ar. = Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.

RB = Räfångsbalk.

“Los principios de la política procesal —dijo J. GOLDSCHMIDT (1)— de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. La mutua lucha de los mismos, el triunfo ya del uno, ya del otro, o su función, caracterizan la historia del proceso (2). El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el Derecho vigente, no es tampoco más que un tránsito del Derecho del pasado al Derecho del futuro.” Esto es, los principios políticos extraprocesales llevan su influencia hasta lo político y técnico-procesal (3).

Mas en la adopción a través de la Historia de estos principios y en su aplicación, los legisladores han debido tener en cuenta los más dispares puntos de vista en cuanto al tratamiento de una multiplicidad de intereses, verificando su peso respectivo. Así viene resultando históricamente que a los intereses que propenden hacia el reconocimiento de un determinado principio o sistema de principios procesal penal, se suelen oponer intereses contrarios que el legislador no puede dejar de tener en cuenta. Por ello, las excepciones juegan un papel de gran importancia en la polémica sobre todos los principios procesales (4).

2. Como se va a tratar con bastante profusión de los sistemas de principios inquisitivos y acusatorio, y sin pretender hacer Historia, sí que estimamos interesante recordar aquí, de modo sintético, cuáles fueron las características de cada uno de ellos en sendos arquetipos históricos.

A) En un momento histórico que puede fijarse sobre Diocleciano —y más tarde con penetración en el Derecho canónico (5)—, se han fijado como máximas integrantes del proceso penal inquisitivo:

(1) Cfr. J. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, pág. 67.

(2) Cfr. Eberhard SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, trad. espa. NÚÑEZ, Buenos Aires, 1957, pág. 192. Con este nombre se ha traducido la I Parte de su *Lehrkommentar zur StPO und zum GVG*, de la que en otras ocasiones manejamos la 2.^a edición, Göttingen, 1964.

(3) Cfr. también NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen, 1950, págs. 16 y ss.

(4) Cfr. E. SCHMIDT, ob. cit., pág. 192; LÖWE-RODENBERG, *Die StPO und das GVG*, gran com., 21.^a ed., Berlín, 1963, pág. 25. También, sobre el problema en general, FAIREN GUILLÉN, *Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, en “Estudios de Derecho procesal”, Madrid, 1955, págs. 253 y ss., *passim*.

(5) Recordemos a Inocencio III: “Tribus modis procesit possit: per accusationem, per denuntiationem et per inquisitionem.” En la práctica, por tratarse de un mejor instrumento de represión, la “inquisitio” se propagó, pasando a ser el procedimiento ordinario (Cfr. p. ej., MANZINI, *Tratado de Derecho procesal penal*, trad. española SENTIS MELENDO y AYERRA REDIN, Buenos Aires, s. a., T. I, págs. 50 y ss.

La “inquisitio”, la pesquisa hace que el juez abandone su posición de tal.

- a) La intervención "ex officio" del juez (6).
- b) El secreto del procedimiento no sólo en relación con el público en general, sino también con respecto al propio imputado.
- c) Procedimiento y defensa totalmente escritos.
- d) Disparidad de posición entre el juez acusador (reunidas ambas funciones).
- e) Plena libertad del juez en la búsqueda de pruebas.
- f) Ningún derecho del imputado a promover pruebas.
- g) Prisión preventiva del imputado (7).

Se llegó, en el medioevo, a extremos casi inverosímiles; por ejemplo, en los juicios del "Vehmgericht" alemán, en los que eran secretos el lugar y la forma del proceso, el acusador, los jueces y la misma sentencia (8). La Iglesia usó ampliamente del sistema inquisitivo.

La recepción produjo sus efectos en el Reino español de Castilla; en Las Partidas se hallan ideas que corresponden al sistema procesal inquisitivo: la "pesquisa" o "inquisitio" (Partida III, Tit. XVII, esp. Ley I); en procedimiento abierto "ex officio" (Ley XXVII, Título I, Partida VII) que va sustituyendo a la acusación (la cual subsiste Ley I Tit. I, Partida VII) (9); el tormento como sistema de adquisición probatoria (Título XXX, Partida VII). Este tipo de

y asuma la de inquiridos o inquisidor, actuando también como acusado; como el delito era un pecado y la sanción su penitencia, la "confessio" pasa a ser la clave del proceso; se regula la tortura para forzarla.

Se ha dicho, generalizando, que si en Roma el "crimen maiestatis" dio vida al procedimiento extraordinario —clave primitiva del inquisitivo—, el "crimen maiestatis divina" dio lugar a la "inquisitio", que se transformó paulatinamente en instrumento de dominación (Cfr. VÉLEZ MARICONDE, *El proceso penal inquisitivo*, en "Scritti giuridici in memoria di Piero CALAMANDREI", II, Padua, 1958, pág. 509).

(6) Los poderes del Magistrado romano fueron invadiendo las atribuciones del acusador privado, hasta el extremo de reunirse juez y acusador en una sola persona; el Magistrado podía proceder "ex officio" aún sin existencia de una "acusatio" formal; instruir y dictar la sentencia; se introdujo la tortura, que se imponía ya en tiempo de Tiberio y que se reguló según la condición personal (Cód., 9, 41, 11) (Cfr. MANZINI, ob. cit., pág. 8, T. I).

(7) Cfr. p. ej., CONSO, *Istituzioni di Diritto y Procedura penale*, Milán, 1964 II ("Procedura penale"), pág. 6; también en "Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano", en Riv. It. Dto. proc. pen., 1958, I pág. 290.

(8) Cfr. p. ej., MANZINI, ob. cit., T. I, pág. 52.

(9) Manejamos habitualmente la edición de Las Partidas con la Glosa Magna de LÓPEZ DE TOVAR (ed. Madrid, 1611). Puede ser útil el saber que existe una edición de este Cuerpo con dicha Glosa Magna vertida al castellano e incrementada "con nuevas notas y comentarios y unas tablas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna, hasta su actual estado". por SANPONS Y BARBA, MARTI DE EIXALA y FERRER Y SUBIRANA, publ. en Barcelona, 1843.

Sobre este tipo procesal tratan casi todos los historiadores del Derecho españoles; especialmente —aunque con superficialidad— cfr. MARCOS PELAYO, *El Derecho judicial en las Partidas*, Madrid, 1930, passim. y esp. págs. 165 y ss., para el proceso penal.

proceso no desaparecería hasta siglos más tarde (10). Es el más conocido de los juristas de habla española en el extranjero (11).

[Por el contrario, suele pasar desgraciadamente casi desapercibido—injustamente desapercibido— el sistema procesal penal aragonés, opuesto a la “inquisitio”, al menos desde el Fuero “Privilegium generale Aragonum” de 1283, Libro I de la Recopilación, § 2, con ciertas excepciones debidas a determinados delitos y a determinadas personas, sobre todo funcionarios reales u otros (por ejemplo, Fuero “De inquisitione hacienda contra oficiales” de 1436, Libro IX de la Recopilación; Observancias “Articuli inquisitionis haciendas contra supraiuuctarios” y “Articuli inquisitionis haciendas contra Calmedinam & alios oficiales Cesaraugustae et eorum Locumtenentes”, Libro IX de la Recopilación de Observancias de 1437), como también se pasa en muchas ocasiones por alto la existencia en Aragón de los procesos cautelares de amparo y de manifestación, en evitación de los excesos de la prisión preventiva (12) y, naturalmente, del antiforal tormento (13). Este sistema perduró intacto hasta fines del siglo XVI, y es injustamente preterido o incluso olvidado por quienes tratan de los recursos de amparo y de “habeas corpus”, muy posterior, por cierto, en cuanto a su formulación legal (Habeas Corpus Act, de 1679), a la aragonesa del proceso de manifestación (1428) (14) (15); eran dos formidables garantías del derecho de libertad individual, finalidad que perdura aún en diversas legislaciones americanas (16)].

(10) Cfr. sobre este interesante punto, TOMÁS VALIENTE, *La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España*, en “*Anales de la Universidad de la Laguna*” (Facultad de Derecho), 1964, ed. sep., passim.

(11) Así, p. ej., VELEZ MARICONDE, en su ob. cit., al referirse al régimen inquisitivo español, se refiere tan sólo al de las Partidas y leyes sucesoras, pero no al sistema procesal penal aragonés, totalmente diferente; una alusión al mismo, la hace erróneamente a las “Observaciones” (que nunca existieron) y no a las Observancias del Reino de Aragón (que comprenden una de las partes de la Recopilación Foral de Dicho Reino español). Cfr. ob. cit., página 522, nota núm. 57.

(12) Cfr. el Fuero III “De accusationibus”, Libro IX de la Recopilación, de 1398, recordado en su vigor por otros posteriores, imponiendo que se pusiese en libertad al preso si en el plazo de tres días no se había formulado contra él alguna petición.

(13) Puesto que la “inquisición” constituía contrafuero y sobre el mismo conocía el Justicia Mayor de Aragón y su Corte o Tribunal.

(14) Sobre todo esto, cfr. FAIREN GUILLÉN, *Consideraciones sobre el proceso aragonés de “manifestación de personas” y el británico de “habeas corpus”*, en Rdpr., 1963, I, págs. 9 y ss.

(15) Con la expresión “Carta de Amparo”, denominaban los “pragmáticos castellanos” al proceso cautelar aragonés de manifestación de personas. Cfr. RAMÍREZ, *Analyticus tractatus de Lege regia, qua in principes suprema et absoluta potestas translata fuit, etc.* Zaragoza, en la imprenta de Juan de Lanaja y Quartanet, 1616, pág. 155.

(16) Como autores que estudian el proceso mexicano de amparo y que aluden a su parentesco con la manifestación aragonesa, cfr. p. ej., ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho procesal hispánico*, en “*Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*”, México, 1948, págs. 26 y 33 y s.; *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México,

Frente al proceso inquisitivo, a través de la Historia, hallamos a su par dialéctico al proceso acusatorio.

Su esencia se halla en las épocas en que el delito era valorado solamente desde el punto de vista del interés privado, siendo nula la sensibilidad social o apareciendo su tutela ínsita en la del individuo (17).

Podrían trazarse las características de este sistema resumiendo una serie de tipos históricos desde Roma (18):

- a) Necesidad de una acusación propuesta y sostenida por persona diferente del juez.
- b) Publicidad.
- c) Oralidad consiguiente.
- d) Paridad de poderes total entre acusador y acusado (19).

1947, pág. 206; *El mandato de seguridad brasileño visto por un extranjero*. México, 1963, págs. 107 y s.; FIX ZAMUDIO, *Mandato de seguridad y juicio de amparo*, México, 1963, págs. 10 y s.; *El juicio de amparo*, México, 1964, págs. 210 y ss. y esp. 214; BURGOA, *El juicio de amparo*, 3.ª ed., México, 1950, T. I., págs. 92 y ss.; GONZÁLEZ FLORES, *Origen del amparo*, en "*Lecturas jurídicas*" (publ. trimestral de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chihuahua, octubre-diciembre 1951, pág. 44). Últimamente, FIX ZAMUDIO (Cfr. su interesantísimo trabajo, *La protección procesal de las garantías individuales en América latina*, en Rev. Iberoam. Dpr., Madrid, 1967-3, esp. págs. 441 y s.) vuelve a dedicar nobles y merecidas palabras a la Manifestación aragonesa y a la Magistratura que la administraba, al Justicia Mayor.

Sobre la relación de nuestro proceso aragonés con el "mandato de seguridad" brasileño, cfr. FIX ZAMUDIO, *Mandato de seguridad y juicio de amparo*, cit., y ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El mandato de seguridad brasileño*, cit.

Para la República Argentina, cfr. p. ej., GOROSTIAGA, *Recurso extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación: orígenes históricos*, Buenos Aires, 1944, págs. 9 y 71 y ss.

El que algún autor pase por alto la amplitud de la manifestación, calificándola de "privilegio especial a favor de determinadas clases sociales" (Cfr. SÁNCHEZ VIAMONTE, *El Habeas Corpus, garantía de libertad*, Buenos Aires, 1956, pág. 18) cuando se extendió a todos los ciudadanos —probablemente desde 1348, dada la amplitud del Fuero rúbrica "De iis quae Dominus Rex, & alii successores ipsius", etc., Libro I de la Recop., de factura muy semejante a ciertos fragmentos de la Carta Magna inglesa— sólo cabe atribuirlo a un visible desconocimiento de la propia manifestación, de su evolución histórica y de su práctica, tal como nos la narró el propio Justicia Mayor Joan XIMÉNEZ DE CERDÁN en su *Litera intimata* a su sucesor en el Cargo, MARTÍN Díez DAUX, el 25 de febrero de 1435 (esta carta se publica con todas las Recopilaciones de Fueros y Observancias; tla es la importancia que hay que atribuirle), exponiendo difíciles casos prácticos a él mismo ocurridos durante su Justiciazo, a fines del siglo XIV. Estos casos prácticos, los hemos reproducido de nuestro trabajo "Consideraciones", cit.

(17) Cfr. p. ej., CONSO, *Istituzioni*, cit., págs. 7 y ss.; MANZINI, *Tratado* cit., págs. 5 y ss.

(18) Predominantemente, en el último siglo de la República (MANZINI, ob. cit., loc. cit.).

(19) Es muy interesante el hecho histórico de tipo civilista, de que en este tipo procesal, aparezca la "litis contestatio", clave contractual o cuasicontractual del proceso civil. Sobre ello, en la Alta Edad Media, en Italia, MANZINI, ob. cit., págs. 38 y s. con ejemplos históricos. En Aragón también.

- e) Exclusión de la libertad del juez en la búsqueda de prueba, fuere en cargo o en descargo del acusado.
- f) Proposición de pruebas a cargo de acusador y acusado.
- g) Libertad personal del acusado hasta que se produjere la sentencia.

Es lógico, se ha dicho acertadamente (20), que cuando comienza a manifestarse el peso de la lesión social causada por el delito, el poder de acusar deja de estar atribuido al ofendido y sus allegados, y pasa, en primer lugar, a cualquier ciudadano —he aquí el sistema español— y después a un personaje especial, al acusador público. Y en este estado, se hacía difícil mantener el equilibrio entre la acusación y la defensa, sea porque juez y acusador, ambos órganos del Estado, se hallaban en posición muy cercana, sea por el fenómeno habitual de que, frente a los intereses de la sociedad, los del individuo tienden a pasar a una segunda línea; de aquí las infiltraciones del sistema inquisitivo.

3. De los principios del sistema inquisitivo cabe destacar —con subsistencia actual— el del secreto de la instrucción, el de la posible iniciativa judicial, y siempre el de la confusión entre juez y acusador.

Si en este último radica su defecto fundamental (21), no cabe dudar que el principio de la investigación de oficio de la verdad material fue “una gran conquista, de la cual no se puede volver atrás”.

Frente a él, anotemos las claves fundamentales del sistema acusatorio actual: acusación pública, popular (no simple denuncia, participación de la “notitia criminis”); sólo mediante la acusación formal pasa el proceso totalmente a manos del juez o tribunal; la actividad pre-acusatoria (instructoria) debe estar confiada a otra autoridad que

(20) Cfr. CONSO, ob. cit., págs. 9 y s. y *Accusa e sistema accusatorio*, en “*Enciclopedia del Diritto*”, Milán, I, 1958, pág. 336.

(21) Cfr. “Sólo un juez dotado de capacidad sobrehumana podría sustraerse en su actividad decisoria a los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigadora. La literatura de reforma del siglo XIX, fue impulsada a formular esta pregunta cardinal: ¿Puede la situación psicológica del juez garantizar en el proceso inquisitivo el conocimiento de la verdad? Aún hoy resulta válida la rotunda negativa a que se llegara entonces” (Cfr. E. SCHMIDT, ob. cit., pág. 195; *Lehrkommentar* cit., I, pág. 197).

Efectivamente, “la investigación es un trabajo psíquico, y a menudo físico, que puede alterar el juicio en el sentido de que el investigador puede ser arrastrado a una supervaloración de los resultados de la investigación, delineándose en él un interés por el éxito de aquélla; pero tal disposición de ánimo, si bien favorece a la investigación, perjudica a la valoración; también juzga el acusador después de haber investigado; indaga el juez también antes de valorar los indicios, las investigaciones, los interrogatorios practicados incluso por él mismo..., pero sin embargo, prevalece en la actividad del uno el momento de la investigación, y en la del otro, el momento de la valoración” (Cfr. CARNELUTTI, *Lesioni sul processo penale*, Roma, 1949, II, páginas 180 y s.).

no sea la del juez o tribunal que van a ver y fallar el asunto (22); la acusación vincula temáticamente al tribunal (23); sin acusación no puede haber condena. Sobre este punto, concretamente, volveremos.

En cuanto los principios de oralidad e intermediación, son compatibles con el sistema inquisitivo del Derecho común, no oponiéndose a ellos el principio de la instrucción oficial (24); en cuanto a la publicidad general, pese a sus inconvenientes extrínsecos claramente puestos de manifiesto por la doctrina, máxime con sus modernos excesos (25), no puede ser eliminada; la significación de la Justicia penal; el interés de la comunidad en su administración y en su espíritu, es tan grande (26); la situación de la administración de la Justicia en la totalidad de la vida pública es tan problemática, que sería imposible eliminar a aquélla de los debates. Si así ocurriera, se mos-

(22) Por ello calificamos de inquisitiva la reforma introducida en la Ley de Enjuiciamiento criminal española —hasta entonces, seguidora del sistema mixto, mas con indudable predominio acusatorio en su período fundamental, en el "juicio oral"— por la Ley de 8 de abril de 1967, que crea un proceso para "delitos menores" (y no por el criterio de su tipología, sino por el de las penalidades, criterio incorrecto) en el cual, es el mismo juez instructor el que preside la celebración del juicio oral y dicta sentencia.

Sobre e.a., Cfr. FAJEN GUILLÉN, *Presente y futuro del proceso penal español*, Valencia, 1967, *passim*.

El principio de la confusión del poder instructor del juez con el sentenciador como manifestación notoria del sistema inquisitivo, es unánimemente aceptado por la doctrina como tal; cfr. p. ej., GOLDSCHMIDT, *Problemas*, cit., páginas 112 y ss.; VIADA, *Curso de Derecho procesal penal*, I, Madrid, 1962, pág. 40; IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, *Independencia y autonomía del Ministerio Fiscal*, en RDP., Madrid, 1967, II, pág. 115 y III, pág. 82; ZAFRA, *Posición del Ministerio Fiscal en el futuro proceso penal*, en RDP., Madrid, 1961-IV, págs. 65 y s.; VIADA, *Correlación entre la acusación y la sentencia*, RDP., cit., 1959-II, pág. 329; VÉLEZ MARICONDE, *El proceso penal inquisitivo*, cit., págs. 510 y ss.; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale* cit., I, pág. 185; la doctrina alemana, desde MITTERMAIER, *Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung*, Erlangen, 1865, págs. 269 y ss. y 272 y ss.; LÖWE-ROSENBERG, ob. cit., I, págs. 112 y s.; SCHMIDT, *Lehrkommentar*, cit., I, pág. 199 (2.ª ed.); ZU DOHNA, *Das Strafprozessrecht*, Berlín, 1929, pág. 58; KERN, *Strafverfahrensrecht*, Munich-Berlín, 1956, 4.ª ed., págs. 148 y s., etc.

Cfr. también la Conclusión II-2.ª de los Profesores de Derecho procesal españoles, reunidos en Valladolid (mayo de 1967) "... el (proceso penal) establecido (por la Ley de 8 de abril de 1967) no deja a salvo la exigencia de que los materiales de la causa sean aportados por órganos distintos del juzgador, como consecuencia de la plena vigencia del principio acusatorio", por lo cual y por otros defectos denunciados, pedimos "que se reconsidere la posibilidad de dejar sin vigencia la reforma promulgada" (cfr. estas Conclusiones en RDP., 1967-IV, págs. 9 y ss.).

(23) Cfr. SCHMIDT, *Fundamentos* cit., pág. 198. Igualmente los arts. 650, 653, 732 y 733 de la Lecrim. española.

(24) Cfr. E. SCHMIDT, *Fundamentos* cit., págs. 248 y s.; mejor estamos con él que con CONSO (Accusa e sistema acusatorio, en "*Enciclopedia del Diritto*", Milán, 1958, I, pág. 336).

(25) Cfr. SCHMIDT, *Fundamentos* cit., pág. 237; PISAPIA, *Il segreto istruttorio*, Milán, 1960, *passim*.

(26) Cfr. NIEBE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen* cit., pág. 17.

traría temor de la justicia en su administración, a la crítica pública; la llamada "crisis de confianza" en la justicia se haría permanente (27).

En resumen, pues: una cuestión entre partes y un tercero que la resuelve, vinculado por ellas (o al menos por la acusadora).

4. Aparece, resultado de una combinación de principios correspondientes a cada uno de los dos sistemas citados, el "mixto"; denunciado por algunos como imposible (28); aceptado por otros como

(27) Cfr. SCHMIDT, *Fundamentos* cit., pág. 237.

(28) Así, para FOSCHINI (*Sistema del Diritto processuale penale*, Milán, 1956, pág. 206) es imposible este "sistema mixto", ya que no se trata de una fusión o punto de equilibrio entre los acusatorio o inquisitivo, sino de una conjunción híbrida de principios e instituciones opuestos. Para él, la consecuencia de este error es la de perderse en vanas aspiraciones en sentido acusatorio; estériles y vanas, puesto que lo acusatorio y lo inquisitivo no son sino expresiones de la dialéctica entre lo social y lo individual, dialéctica que no podría tener en el proceso otra resultante, que la resultante del equilibrio hallado en la realidad del ordenamiento, del cual sigue el proceso la evolución político-jurídica.

Entendemos que a este autor, exactamente por esa "resultante" genérica, es por donde se le escapa la posibilidad de un sistema mixto, siempre que se entienda, no "mixtura", sino "combinación" con predominio de uno u otro sistema en cada tracto del proceso. Ello es exactamente lo que ocurre en el sistema español, que no ha examinado.

Por la misma razón —y aunque el título del trabajo excluye al olvido, puesto que se trata de "Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano", cit., págs. 295 y s. Conso, no puede admitir un proceso penal dispositivo, semejante al civil (en Italia). Lo que allí es cierto, no lo es en España, y justamente trataremos de demostrar cómo se puede "disponer" del derecho de defensa vinculando al Tribunal.

El examen del sistema procesal penal español —excluido el proceso sobre "delitos leves" de la Ley de 8 de abril de 1967, de tipo claramente inquisitivo, y alguno de tipo especialísimo, extraordinario— por su calidad de predominio en él de los principios que integran el sistema acusatorio, debería ser de gran interés para los estudiosos comparatistas. Algunos de ellos, "caen en la cuenta" del proceso acusatorio inglés, pero muy escasamente, del español (exceptuamos honrosamente a diversos procesalistas extranjeros, destacando, p. ej., a ALIMENA, estudiando *L'azione penale popolare*, típica del proceso español, en sus "*Studi di procedura penale*", Turín, 1906, págs. 204 y ss. esp.).

Y el no estudio de nuestro peculiar —por acusatorio y por otras particularidades— sistema, llega a provocar errores de enorme consideración, como el sufrido por el Maestro CARNELUTTI, confundiendo el proceso penal y civil de resarcimiento que puede ir acumulado a él, pero no necesariamente (arts. 106 y ss. de la Lecrim. española). Este error lo cometió dicho gran autor, en una postilla a PAOLI (*La nozione di lite nel processo penale*, Rid. Dir. Proc. Civ. 1930, I, pág. 63, y después lo reiteró en *Ancora sulla lite nel processo penale*, en la misma revista y año, I, pág. 245) y sólo lo reconoció en 1949 (*Lezioni sul processo penale*, I, pág. 49) diciendo que "tuvo el error de no saber distinguir entre proceso penal puro y el proceso penal que se puede llamar mixto (y por varias razones, realmente impuro), en cuanto se mezcla con la constitución de la parte civil un proceso civil...".

Estudiamos y resaltamos este error y su corrección —tardía— por el gran procesalista, en nuestro trabajo "La función del proceso como satisfacción jurídica" (RDPPr., Madrid, 1969, en prensa), para que se vean claramente las gravísimas consecuencias de la división de los estudios de Derecho procesal y la docencia de los mismos, entre dos Cátedras diferentes, arrastrando al

integrándose los referidos principios, o bien en la instrucción o bien en el juicio oral (29), delineado el total por otros como un compuesto de dos procesos distintos y enlazados en el tiempo: uno, de tipo inquisitivo (instrucción, el "sumario" español) y otro acusatorio (el "juicio oral" español) (30).

proceso penal juntamente con el Derecho penal, que puede muy bien oscurecerlo, transformarlo en otra "cenicienta", de la que el mismo CARNELUTTI y yo mismo hemos tratado en revistas italianas.

Con un régimen procesal penal como el español, y en un régimen docente en el que se encomienda a un mismo Profesor el estudio de *todas* las ramas del Derecho procesal, el error del gran maestro hubiera sido difícilísimo; y lo mismo, si hubiera examinado la *Lecrim*, española.

[En el mismo error incurre CONSO, *Vero e falso*, cit., con respecto al que los italianos llaman "proceso mixto", págs. 294 y s.).

Pensando en el porvenir de los estudios de Derecho procesal comparado, comentamos este error carneltuttiano, en nuestro trabajo, dedicado a los "Estudios en honor del Prof. ALCALÁ-ZAMORA" (ya publicado en la "*Revista de Derecho Judicial*" española, Almansa-Madrid, 1966, núm. 26.)

Y, naturalmente, tampoco podemos compartir los temores, brillantemente expresados, de CONSO, en cuanto a la construcción de una doctrina general del Derecho procesal (Cfr. CONSO, *Vero e falso* cit., págs. 292 y s.), que ya hemos comenzado hace años [Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento* cit., en nota 4 de este trabajo; *Doctrina general de los medios de impugnación y Parte General del Derecho procesal*, en "*Estudios de Derecho procesal*", Madrid, 1955; *Idcas sobre una teoría general del Derecho procesal*, en RDP., Madrid, 1965, III y IV. Sobre el estado de la cuestión, en la que colaboramos no poco los procesalistas españoles, cfr. últimamente, ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *La teoría general del proceso y la enseñanza del Derecho procesal*, en *Rev. Iberoam. DPr.*, Madrid, 1968, *passim*; la ponencia de MIGUEL ALONSO a la IV Jornada de Profesores de Derecho procesal (Salamanca, 1968, RDP., Madrid 1968-II, págs. 17 y ss.); la Conclusión IV de dicha reunión, B) ("Que en la redacción de las Leyes de Enjuiciamiento, y por razones de economía y técnica legislativa, dado el estado actual de la doctrina, es aconsejable recoger como disposiciones generales los resultados alcanzados en la construcción de una teoría general del proceso en el tratamiento positivo de las instituciones que la misma comprende", en la misma RDP., y núm. de 1968); FAIREN GUILLÉN. Informe de la Universidad de Valencia al Ministerio de Justicia sobre la reforma del sistema procesal español, publ. en Valencia (1966) con el título "*Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil de 1966*", Parte I Cap. único, págs. 9 a 23, proponiendo una Ley procesal general al frente de las especiales (o Códigos) correspondientes a cada orden (civil, laboral, contencioso-administrativo y penal y de seguridad); el "Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia" elaborado en 1968 por la Comisión General de Codificación, en el cual, se acepta parcialmente nuestro Plan; y por último, el Informe de la Universidad de Valencia, elaborado también por nosotros, en el que nos quejamos de que dicho Plan no haya sido aceptado por completo].

(29) Cfr. PISAPIA, *El segreto istruttorio* cit., págs. 52 y ss.

(30) La doctrina española mantiene diferentes posiciones sobre la naturaleza jurídica y función del sumario —entiéndase, en el procedimiento ordinario bipartido entre el Juez instructor y el Tribunal sentenciador, no en el de la Ley de 8 de abril de 1967, desarrollado totalmente ante el instructor, por razón de delitos cuya pena no exceda del arresto mayor (6 meses máx.), privación del permiso de conducir o multa no sup. a 50.000 ptas.—.

Así, FENECH (*Derecho procesal penal*, Barcelona, 1952, II, págs. 266 y ss.),

Un proceso de este tipo compuesto es el español ordinario —con la excepción del introducido en la Lecrim. por la Ley de 8 de abril de 1967 para delitos castigados con penas no superiores a arresto mayor, privación del permiso de conducir o multa no superior a

GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA (*Lección de Derecho procesal penal*, Madrid, desde 1946, pág. 133), JIMÉNEZ ASENJO (*Concepción técnica-jurídica de la instrucción criminal*, RDPr., 1960-IV, pág. 875) afirman su naturaleza procesal —el último, de modo no muy claro—, y su función de preparación del juicio oral, la que le asigna expresamente el art. 299 de la Lecrim. (lo mismo, ahora, p. ej., CLARIA OLMEDO, *Criticas instructorias iniciales en el proceso penal*, "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba" (Argentina), núm. 4-5, págs. 11 y s. y TORRES BAS, *Anteproyecto de Código procesal penal* (provincia de Entre Ríos, 1967, página 46); para VIADA (*Curso cit.*, II, págs. 21 y s.) el sumario tiene naturaleza administrativa (excepto las actuaciones irreiterables).

Interesante es la posición JIMÉNEZ ASENJO (ob. cit., pág. 876): en el sumario habría "prueba", prueba eficaz y trascendente que decide la tesis del proceso; el juicio oral no haría sino homologar lo que proviene del sumario. Excesiva esta tesis, sin embargo, a nuestro juicio, como vamos a ver, tiene algo de aprovechable.

PASTOR LÓPEZ, considerando (cfr. *El sumario: su función y naturaleza jurídico*. RDPr., 1965-I, págs. 61 y ss.) que el proceso bien puede terminar sin apertura del juicio oral (mediante el sobreseimiento), llega a la conclusión de que se trata de un proceso con entidad propia (desarrolla así una tesis de FENECH, ob. cit., II, pág. 938 ed. 1960). Hace tiempo que estábamos de acuerdo con esta tesis; desde 1948, obra en los archivos del Ministerio de Educación y Ciencia nuestra "Memoria sobre el concepto, método, fuentes y programa de Derecho procesal" presentada para participar en las oposiciones a las Cátedras de Santiago y La Laguna, y allí, desde su pág. 136, la mantuvimos, fijándonos, efectivamente, en la posibilidad de que *todo* el proceso penal, termine por un sobreseimiento libre, con efectos de cosa juzgada.

Con lo cual, nos encontramos, en principio, dados los caracteres predominantemente inquisitivos del sumario, con un nuevo tipo de proceso español: de dicho tipo, y en el que no se produce un "cambio" hacia el sistema acusatorio, ya que ni siquiera llega a producirse la acusación formal (arts. 645 y 649 Lecrim.).

Pero examinando más a fondo el sumario, hallamos en él matices del contradictorio —propio del sistema acusatorio— que permiten llegar a la conclusión de que la tesis de considerar al sumario, en ciertos casos (en los de sobreseimiento libre a su final) como *todo* un proceso penal, no introduce la incoherencia en el sistema general procesal penal español, de tendencia mejor acusatoria —hasta límites desconocidos en casi todo el mundo, como veremos— (y salva la excepción del citado proceso para delitos leves, de la ley de 8 de abril de 1967, de cariz clásicamente inquisitivo, que sí es incoherente con el sistema de la Lecrim.).

Se ha dicho, contra el carácter procesal del sumario, que durante el mismo, el imputado no asume realmente la posición de parte, puesto que está sometido a toda una serie de restricciones en su libertad de acción y de defensa, que afectan gravemente a ésta (Cfr. p. ej., MORENO, *El principio de oficiosidad en el proceso penal*, en RDPArg., II (1944), núm. 3, págs. 253 y ss.; y la motivación de esta inferioridad está espléndidamente expuesta en la Exposición de Motivos de nuestra Lecrim.).

Mas frente a esto —que es evidente— resulta que el imputado puede requerir el auxilio de un técnico jurista para su defensa desde un momento muy temprano de la instrucción (art. 118 Lecrim. cuando hayan de "intentar algún recurso" y ya cabe la apelación contra el auto de prisión provisional, art. 518):

50.000 pesetas, en el cual la instrucción y el juicio propiamente dicho dependen del mismo juez y otro, esta vez para el castigo de ciertos delitos graves (Orden Público, Ley de 2 de diciembre de 1963), en el que pese a existir la bipartición en dos estadios, uno ante el juez

las actuaciones más importantes de la investigación sumarial, están sujetas a contradicción "a posteriori", protegida por todo un sistema de recursos (artículos 216 y ss.), y alguno de ellos, el de queja sin sujeción a plazo de interposición (arts. 213 y 235) demuestra que los autos del juez sumarial, por tratarse de su adopción en régimen inquisitivo, *no surten efectos de cosa juzgada formal*, exactamente como defensa contra dicho sistema (tesis que defendemos en nuestro trabajo "El sistema de recursos procesales de queja en España", en RGLJ, 1969 —en prensa—).

El imputado, puede declarar alegando cuanto considere conveniente para su defensa; el defensor puede promover actuaciones que le exculpen; el secreto sumarial, le afecta relativamente (art. 302) y también puede ser declarado secreto para el querellante particular (art. 316); además, la especial posición del Ministerio Fiscal, debe favorecerle en lo que sea justo, a través de la inspección de lo que el juez haga y de procurar reducir al límite exactamente admisible al ataque del acusador particular. (La Exposición de Motivos de la Lecrim., también se refiere a ello.) Además, que no se trata de meras diligencias preparatorias que luego "hayan de ser expurgadas en el crisol de la contradicción" (Cfr. Exp. de Motivos de la Lecrim.) lo muestra el hecho de que el juicio oral no se abre si se produce el sobreseimiento.

El sobreseimiento libre —como el provisional— está precedido de sendas actuaciones escritas del Ministerio Fiscal y del futuro acusador particular (sólo del acusador privado en los casos de delitos no perseguibles de oficio), en los cuales, evidentemente valorando las actuaciones sumariales, piden lo que estimen procedente; tras lo cual, el Tribunal (no el juez instructor, salvo en el procedimiento llamado "de urgencia", art. 795, y sólo el sobreseimiento provisional que supone la suspensión del proceso, pero no su resolución) resuelve.

Con el sobreseimiento definitivo, acaba el proceso, surtiendo el auto correspondiente, el efecto de cosa juzgada material (Memoria de la Fiscalía del T. S. de 15 de septiembre de 1908). Ello significa que se entiende que el sumario —algunas de cuyas actuaciones, las irreiterables más tarde, son plenamente contradictorias— ofrece suficientes garantías para poder valorar como pruebas las diligencias en él practicadas, y significa también, que *tiene lugar un verdadero juicio*, sin contradicción del procesado, sobre la base de dicho material sumarial.

Hay que entender que es el MF el que en estas actuaciones sin contradicción, debe asumir la defensa del procesado (ya que él mismo puede pedir al sobreseimiento, mientras el futuro acusador privado pide la apertura del juicio oral); la Exp. de Mot. de la Lecrim. le consagra en este papel de defensor del inocente.

Nos encontramos pues, que el sumario, cuando a su final se produce un sobreseimiento libre o definitivo, constituye, por sí solo, *todo* un proceso. Lo que ocurre es que sólo "a posteriori" podremos decir *si ha constituido todo un proceso*; pues en el caso de que no se produzca el sobreseimiento definitivo pasa a integrarse como preparación del juicio oral.

Nótese por último, que si hallamos que puede producirse *todo* un proceso regido por el sistema inquisitivo —el sumario—, este proceso como totalidad, *sólo puede terminar con una resolución absolutoria*. Es decir, el predominio del sistema inquisitivo sólo puede operar en favor del imputado, pero nunca en su contra.

He aquí el punto de congruencia entre este fenómeno y la vigencia general del sistema acusatorio a lo largo del proceso penal español (a salvo el de la Ley de 8 de abril de 1968, y alguno extraordinario).

instructor y otro ante el Tribunal sentenciador, por los hechos de admitir la prisión preventiva incondicional y la condena en rebeldía con muy escasa posibilidad de purgarla (31), no puede ser calificado de acusatorio—; nos limitaremos a examinar el proceso ordinario y el llamado “de urgencia” que deben resolver las Audiencias provinciales (arts. 793 y ss. del a Lecrim., reformada por la de 8 de abril de 1967), y especialmente, el primero, por razones que no escapan a quien continúe leyendo.

En la nota 30 de este trabajo se puede ver cómo el “sumario” el período de instrucción español, puede funcionar a título de proceso completo (cuando a su fin se dicta auto de sobreseimiento definitivo, que surte efectos de cosa juzgada, como si se tratase de una sentencia final sobre el fondo); cierto es que el “sumario” tiene características inquisitivas, pero su funcionamiento, como “totalidad” del proceso, sólo lo concibe la ley cuando termine con la absolución del imputado a través de dicho auto de sobreseimiento; esto es, trátase de un caso en que la “inquisitio”, considerada por sí sola, sólo puede operar en “favor rei” (32). Es posiblemente la escasa atención prestada a este fenómeno, la que hace dudar sobre el verdadero carácter del “sumario” como proceso (33), aunque ello sólo se pueda constatar “a posteriori”, cuando todo terminó mediante un sobreseimiento definitivo.

5. Particularidades del proceso penal español son, entre otras, la de poder comenzar “ex officio”, por iniciativa de los jueces, y también la de la existencia de la “acción pública”.

A) En cuanto al comienzo del proceso penal de oficio, aludida por los artículos 106, 303, 638 y 793 de la Lecrim., entendemos que su clave se halla en lo que hemos denominado “hallarse el Derecho en estado de necesidad”, por no haber llegado al juez la “notitia criminis” por ningún otro conducto que el de su propia percepción de la actividad delictiva; de aplicarse el principio procesal de la imposibilidad para dicho juez, de utilizar en el proceso su ciencia privada, el resultado sería, no habiendo ni denuncia ni querrela (ni del Ministerio Fiscal, ni de la autoridad administrativa, ni de los ciudadanos particulares), que el delito no perseguido, quedaría impune, lo cual es inadmisibles (34). Ciertamente esta “oficialidad pura” del proceso tiene escasa duración temporal —y procesal—, ya que el juez, apenas incoado el sumario “ex officio” —como en el caso de querrela

(31) Sobre este último punto, Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro del proceso penal español* cit., esp. págs. 66 y s.

(32) He aquí una interesante manifestación a la que no se dedica bastante atención en el interesante trabajo de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *El principio “pro roo” en el Derecho y en el Proceso penal*, en RDPt., Madrid, 1966-II, págs. 77 y ss y esp., pág. 108.

(33) Cfr. p. ej., SERRA DOMÍNGUEZ, voz “Instrucción”, en NEJES, § II y III.

(34) Cfr. esta exposición en FAIREN GUILLÉN, *Acción, Derecho procesal, Derecho político*, en “Estudios de Derecho procesal”, Madrid, 1955, esp., páginas 117 y ss.

del particular o de simple denuncia—, debe “ponerlo en conocimiento del fiscal de la respectiva Audiencia” (art. 308 Lecrim.), el cual “se constituirá” (como inspector, dice la Lecrim., este es otro problema; en realidad, como parte instrumental) al lado del juez instructor, al cual podrá formular “pretensiones” (art. 306 de la Lecrim.) (35). No vemos otro medio de explicar este atentado contra categorías procesales que, por generalmente admitidas, son, en ocasiones, abusivamente arrastradas al proceso penal, la “acción”, la “demanda”, la “pretensión”. De aquí que parezca —y posiblemente lo sea— “forzada” esta construcción; mas si consideramos al sumario como una parte del proceso penal, *qué puede integrarlo totalmente*, ésta es la explicación de su origen en tales casos; repetimos que el negar la naturaleza jurisdiccional (36) —y procesal— del sumario pese a las manifiestas pruebas de ellos que suministran el hecho de que el juez se comporte como tal, protegido por la independencia e inamovilidad; de que exista una serie de recursos contra los actos del mismo —recursos jurisdiccionales, como lo es la apelación—; que la parte de las actividades sumariales no reiterables se celebre bajo el principio de publicidad y contradicción para el imputado (arts. 467 y ss., prueba pericial no reiterable en el juicio oral: nombramiento de peritos por el imputado, y presencia del mismo, “aun cuando estuviese preso”, artículo 476); esta negación olvida la posibilidad del sobreseimiento definitivo. Para quien tal piensa, resultaría que en España existe la posibilidad de un proceso penal puramente administrativo, en cuyo caso no se explicaría la razón por la cual los autos de sobreseimiento definitivo están amparados por la cosa juzgada material (37) (38).

Pero, para terminar con este punto, repetimos: se halla en el proceso ordinario español la posibilidad de que todo un período de predominio inquisitivo pase a constituirlo íntegramente; pero sólo

(35) Los Tribunales españoles también pueden actuar como simples denunci-ciantes. Véase un ejemplo en el art. 684 (III) Lecrim.:

“Podrá también acordar (el presidente del Tribunal juzgador) que se detenga en el acto a cualquiera que delinquiere durante la sesión, poniéndole a disposición del Juzgado competente” (del competente para la instrucción sumarial); y para nosotros, cuando la denuncia se dirige a una autoridad judicial, éste, incluso para desestimarla debe producir un acto... procesal; luego hubo acción penal, en el sentido que nosotros le damos (Cfr. sobre esto, FAIREN GUILLÉN, *Acción, Derecho procesal y Derecho político*, cit., esp., págs. 112 y s.).

(36) Cfr. en este punto, MORÓN PALOMINO, *Sobre el concepto de Derecho procesal*, en RDP., Madrid, 1962-III, pág. 533.

(37) El recurso de casación que contra los autos de sobreseimiento libre concede el art. 636 Lecrim., también quedaría sin explicación. Siendo el sumario de naturaleza administrativa, o A) reducimos al Tribunal Supremo a la función de tribunal de primera instancia o B). Como —según algunos— “el proceso penal nace con la calificación provisional de las acusaciones”, este recurso de casación, o sería “preprocesal” —cosa muy bizarra para la casación— o bien una especie de “agotamiento de la vía administrativa”. Ambas tesis serían difíciles de mantener.

(38) Cfr. supra.

puede desembocar en una resolución absolutoria; el resto del proceso es de tipo acusatorio (39).

B) Especialidad de mayor interés del proceso español es el de conocer, para su iniciación, la "acción pública" o "popular" (40), no en el impropio sentido en que la conceden algunas legislaciones ("delitos de acción pública dependiente de instancia privada" u otras denominaciones) (41), sino en el propio y más correcto de que el Ministerio Fiscal no detenta la iniciativa del proceso penal él sólo, ni tampoco el monopolio de acusar en materia de delitos públicos; incluso —siempre en esta materia— el ciudadano español puede quedar

(39) Con excepción del repetido para delitos menores de la Ley de 8 de abril de 1967, y del Tribunal de Orden Público. En materia de faltas, también es el mismo, el juez instructor y el sentenciador.

(40) Artículo 101 de la Lecrim.: "La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley."

Art. 107: "La renuncia de la acción civil o de la penal renunciante no perjudicará más que al renunciante; pudiendo continuar el ejercicio de la penal en el estado en que se halle la causa, o ejercitarla nuevamente los demás a quienes también correspondiere."

Art. 270: "Todos los ciudadanos españoles, hayan sido ofendidos o no por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley."

Art. 274: "... pero podrá (el querellante particular) apartarse de la querella en cualquier tiempo, quedando, sin embargo, sujeto a las responsabilidades que pudieran resultarle por sus actos anteriores."

Art. 649: "Cuando se mande abrir el juicio oral, se comunicará la causa al fiscal..., para que en el término de cinco días califiquen por escrito los hechos" (la acusación).

Art. 651: "Devuelta la causa por el Fiscal, se pasará por igual término y con el mismo objeto al acusador particular, si lo hubiere..."

Art. 734: "Llegado el momento de informar, el presidente concederá la palabra al fiscal, si fuere parte en la causa, y después al defensor del acusador particular, si le hubiere."

"En sus informes expondrán éstos los hechos que consideren probados en el juicio, su calificación legal, la participación que en ellos hayan tenido los procesados..."

Art. 732: "Practicadas las diligencias de la prueba, las partes podrán modificar sus conclusiones de los escritos de calificación" (acusación definitiva o retirada de la acusación).

(41) Cfr. p. ej., para Argentina, VÉLEZ MARICONDE, *Acción penal dependiente de instancia privada*, en Rev. Iberoam. DPr., Madrid, 1964-IV, páginas 745 y ss.; GUERRERO LECONTE, *Acción penal e instancia privada*, en RArg. DPr., 1968, núm. 2, págs. 27 y ss. y esp. 33.

En México, concretamente, no existe la "acción popular" concebida como independiente de la actuación del Ministerio Público (Cfr., p. ej., ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Síntesis de Derecho procesal (Panorama del Derecho mexicano)*, México, 1966, págs. 204 y s. y varios lug.; FRANCO SODI, *El procedimiento penal mexicano*, México, 1946, págs. 36 y s. y 136, monopolizando la "acción penal" el Ministerio Público. Cfr. también RIVERA SILVA, *El procedimiento penal*, México, 1944, págs. 69 y s.

Según el primer autor citado (FRANCO SODI), la "acción popular" concedida para perseguir los delitos denominados genéricamente de abuso de autoridad, no puede ponerse en práctica, por estimar la Corte Suprema que es inconstitucional, según su interpretación del art. 21 de dicha Norma Fundamental.

sólo acusando ante el Tribunal, en el caso de que el Ministerio Fiscal haya solicitado el sobreseimiento (42) o de que, en pleno desarrollo del juicio oral, retire su acusación (43). Esto es lo que da al proceso español por razón de delitos públicos su cariz peculiar, tan semejante al del proceso penal inglés (ya veremos cómo esta semejanza se manifiesta también en cuanto a la “conformidad” del acusado).

Ello ocurre, claro está, en el campo de la acusación por delitos públicos; pues en cuanto a los delitos llamados “privados”, la “acción” penal está reservada a determinadas personas, fijadas por el Código penal, quedando excluido el Ministerio Fiscal (art. 105 Lecrim.), salvo ciertos casos (desvalidez, etc.).

Por tanto, se trata de un sistema plenamente acusatorio; en él, la llamada “acción popular” se manifiesta en toda su extensión genuina; no es éste el lugar de entrar en disquisiciones sobre el pro y el contra de ésta que estimamos excelente y democrática institución (44); lo hemos hecho en otro lugar, y a él nos remitimos. Baste recordar que la concebimos como un “status activae civitatis”, como el desempeño por el particular de una función pública —el “ius accusandi”— (45) (46); cualquier duda que en otros ordenamientos

(42) Art. 642 Lecrim.: “Cuando el Ministerio Fiscal pida el sobreseimiento de conformidad con lo dispuesto en los arts. 637 y 641, y no se hubiere presentado en la causa querellante particular dispuesto a sostener la acusación, podrá el Tribunal acordar que se haga saber a los interesados en el ejercicio de la acción penal, para que dentro del término prudencial que se les señale comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno.”

“Si no comparecieren en el término fijado, el Tribunal acordará el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal.”

Art. 643: Prevé el llamamiento por edictos a “los interesados en el ejercicio de la acción penal” de no conocerse su paradero.

Art. 644: “Cuando el Tribunal conceptúe improcedente la petición del Ministerio Fiscal relativa al sobreseimiento y no hubiere querellante particular que sostenga la acción...”

Art. 645: “Si se presentare querellante particular a sostener la acción... no podrá prescindir de la apertura del juicio.”

Con ref. a la doctrina jurisprudencial del TS sobre la retirada de la acusación por el Ministerio fiscal, Cfr. VIADA, *Curso*, II, págs. 292 y ss. La solución correcta, la da en la pág. 296.

(43) Cfr. sobre este punto, FAIREN GUILLÉN, *El proceso como función de satisfacción jurídica*, en “Temas del Ordenamiento procesal” (Madrid, 1969, en prensa) núm. 12 ad. A).

(44) Para LÓPEZ-REY ARROJO, y no sin razón, el monopolio de la “acción penal” (siempre entre comillas, pues muy otro es nuestro concepto de la misma, cfr. “Acción, Derecho procesal y Derecho político” cit., *passim*) por el Ministerio Público, es antidemocrático; se trata de una manifestación autoritaria procedente de la obra napoleónica (Cfr. LÓPEZ-REY ARROJO, *La reforma procesal penal en Bolivia*, Buenos Aires, s. a. (pero ulterior a 1947), páginas 117 y s.).

“En cuanto a nuestra construcción de la “acción popular”. cfr. FAIREN GUILLÉN, *Ideas sobre una teoría general del Derecho procesal*, en “Temas del Ordenamiento procesal” (en prensa, 1969), y en RDPPr., 1966-II, págs. 62 y s.; desarrollada en “El proceso como función de satisfacción jurídica” cit., loc. cit.

(45) Cfr. FAIREN GUILLÉN, ob. cit., en nota anterior.

(46) Esta concepción de la “acción popular”, muy fácil después de los

haya podido provocar, en el nuestro, a la vista de la Lecrim., se desvanecen (47).

Era fundamental exponer la concepción amplísima de la “acción popular” en el ordenamiento español, como base que es del sistema acusatorio que en él impera; de interés el recordar, a los efectos de que pasaremos a tratar —la conformidad del acusado— que éste, desde el principio del juicio oral y en su preparación, puede hallarse, frente a frente, no con el Ministerio Fiscal —que pidió el sobreseimiento libre, pues no iba a formular acusación—, sino con otro ciudadano, con el acusador particular.

Esta concepción tan liberal del proceso es la que ha de contribuir en no poco a aclarar la naturaleza jurídica de dicha “conformidad”, como clave igualmente del sistema acusatorio español.

6. Para centrar el tema, precisamos pensar sobre cuáles son los medios que la Lecrim. admite de intervención personal de la parte penal pasiva (exceptuando de aquí su participación en las demás actividades del juez o del Tribunal, como lo son, las de asistencia a la práctica de otras pruebas, las instrucciones dadas a su defensor para la proposición de diligencias en su defensa, etc.).

A) Su interrogatorio en dos momentos procesales: en el sumario y en el juicio oral.

B) Su participación en careos.

C) Sus declaraciones de conformidad o disconformidad con las calificaciones de la acusación.

D) Su respuesta a la “última pregunta” en el juicio oral.

A) El interrogatorio del sumariado o del acusado (art. 385 y ss.). La Lecrim. utiliza en alguna ocasión la palabra “confesión” (artículo 406), pero no se trata de ella. No se puede transponer la “confesión judicial” del proceso civil al penal en el sistema acusatorio. Dejó de ser la “regina probatorum” del sistema inquisitivo al desaparecer su antecedente formalista necesario —el juramento que la Lecrim. no admite, art. 387— y su corolario confirmativo, la tortura, terminantemente prohibida en todos sus matices, incluso en el del siniestro “tercer grado” (arts. 389, 391, 393 y 394); extinguidas dichosamente la violencia moral del juramento (48) y la física subsiguiente (49), no queda sino la discusión en torno a si se trata de un medio de

estudios de Derecho público de JELLINEK, ya era intuida en España por SILVELA, en 1888. Cfr. *La acción popular*, en RGLJ, T. 73 (1888), esp. pág. 483.

(47) Nos referimos a las dudas de la doctrina italiana, inaplicables al ordenamiento español, dada la meridiana claridad de éste. Cfr. FAIREN GUILLÉN, *El proceso como función de satisfacción* cit., núm. 12, ad. A), bibl. cit.

(48) Cfr. JIMÉNEZ ASEÑO, *La confesión del reo o inculpaado*, en RDPProc., Madrid, 1945-III págs. 375 y s.

(49) Muy interesante sobre el final de esta trágica época —malgrado de que abusivamente se la pueda utilizar a título de corruptela, como “recurso utilizado en la persecución”, lo que los juristas no debemos permitir, pero tampoco

prueba, en grados diferentes, desde el simplemente informativo (50) o de defensa del propio declarante sujeto pasivo del proceso (51).

Pero en todo caso, queda excluido que se trate de un acto dispositivo (de los que GOLDSCHMIDT llamaría “de causación”) (52), de una participación de voluntad que vincule al Tribunal, el cual apreciará estas declaraciones del imputado o acusado en su sentencia, “según conciencia” (art. 741 Lecrim.); en tanto que la “conformidad” de los arts. 655, 688 y ss. y 800, surte efecto vinculante —dispositivo— sobre el Tribunal, como veremos.

El grupo B) sale de los límites de este trabajo; no se trata tampoco claramente de actos dispositivos, pues la declaración o intervención del imputado o acusado en ellos también han de ser apreciadas “según conciencia” por el Tribunal, en su sentencia; tampoco tienen relación con la “conformidad”.

El grupo D) será objeto de un examen especial, en el lugar en que corresponde, como eventualidad posible en el caso de que no haya

ignorar— TOMÁS VALIENTE, *La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España*, en “Anales de la Universidad de La Laguna” (Facultad de Derecho) 1964, *passim*.

(50) Así, concretamente, SILVA MELERO, *El interrogatorio del inculpa-do*, en “Tres comunicaciones al III Congreso Internacional de Derecho comparado de Londres de 1950”, en RDPProc., Madrid, 1950-III, pág. 402.

Es una prueba para FENECH *Derecho procesal penal* cit., I, págs. 795 y ss. v II, 213 (sin perjuicio de considerar sus matices de medio de defensa); medio de prueba también para JIMÉNEZ ASENJO, ob. últ. cit., págs. 356 y s.; doble medio de defensa y de prueba para MUÑOZ ROJAS (*El imputado en el proceso penal*, Pamplona, 1958, pág. 71); y desde luego, no es un medio dispositivo del contenido material del proceso (FENECH, ob. cit., I, 797).

El legislador mexicano la mantiene como prueba plena (art. 249 del CPP) (Cfr. p. ej., ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Síntesis* cit., pág. 219; FRANCO SODI, ob. cit., págs. 251 y s.; RIVERA SILVA, ob. cit., págs. 181 y ss.).

Entendemos que son compatibles las dos direcciones arriba citadas; el sujeto al proceso penal, toma parte en un medio de prueba de valor indiciario [art. 406 de la Lecrim.: La confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de prácticas todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión...]; art. 746-6.º (en el juicio oral, la Lecrim. ha omitido el tratamiento de la declaración del acusado; mas la doctrina está conforme en su necesidad, cfr. por todos, AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, V, —Madrid, 1914—, pág. 332): “Cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria.”]; pero a través de él mismo, se defiende. La Lecrim. no le *obliga* a decir verdad (art. 387, “No se exigirá juramento a los procesados, exhortándoles solamente a decir verdad...”).

No debe desconocerse que la Ley reconoce al acusado, y hasta el momento en que es condenado, un interés jurídico en su propia defensa (el que llamamos “interés de salvación”), y que el medio de exponerlo, es el de sus propias declaraciones; la Ley incluso le autoriza la auto-defensa (la “última palabra” en el juicio oral, de que más tarde hablaremos).

(51) Así, cfr. doctrina citada en nota anterior (muy interesante, FOSCHINI, *L'imputato*, Milán, 1956, págs. 25 y ss.) y art. 396 de la Lecrim.: “Se permitirá al procesado manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación...”; el art. 739 (“la última palabra” en el juicio oral).

(52) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Problemas* cit., pág. 63.

“conformidad” previa a las sesiones del juicio oral o al comienzo del mismo.

7. Vamos a examinar “la conformidad” del acusado en el sentido que le da la Lecrim. española.

El art. 655 de la misma reza así:

“Si la pena pedida por las partes acusadoras fuese de carácter correccional (53), al evacuar la representación del procesado el traslado de calificación podrá manifestar su conformidad absoluta con aquella que más gravemente hubiere calificado, si hubiere más de una, y con la pena que se le pida: expresándose además por el letrado defensor si esto, no obstante, conceptúa necesaria la continuación del juicio”.

“Si no la conceptúa necesaria, el Tribunal, previa ratificación del procesado, dictará sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada.”

“Si ésta no fuese la procedente, según dicha calificación, sino otra mayor, acordará el Tribunal la continuación del juicio.”

“También continuará el juicio si fuesen varios los procesados y no todos manifestaren igual conformidad.”

“Cuando el procesado o procesados disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará el juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad.”

Esta es la primera ocasión en que el “acusado” (no el simplemente procesado, como dice la Lecrim. con manifiesto error de terminología, ya que se ha producido la acusación en la calificación de las partes activas, arts. 649 y ss.) puede conformarse con la pena contra él solicitada, siempre que ésta no exceda de una entidad temporal de seis años de privación de libertad (54).

(53) Estas penas, originariamente (Código penal de 1870) eran las de presidio y prisión correccionales, destierro, reprensión pública suspensión de cargo público, derecho de sufragio, profesión u oficio y arresto mayor. Hoy día, las más graves (presidio y prisión menores y destierro) tienen una duración de seis meses y un día a seis años como máximo (art. 30 C. P.).

(54) La doctrina procesal penal española, con justicia, se detiene en esta singular institución; un trabajo exhaustivo sobre la misma es el de ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano*, en “Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional”, Buenos Aires, 1944, páginas 411 y ss.

En este trabajo se examina nuestra figura en toda la serie de jurisdicciones españolas existentes antes de 1936 —algunas de ellas, actualmente desaparecidas—, en las cubanas de la época, y los pocos datos de semejanza existentes en el derecho comparado. Para todos estos extremos, así como para el estudio de la

Nótese, para comenzar, que el que la voluntad conjunta del defensor técnico y del acusado, sin que se haya retirado la acusación (acaba de producirse a través de las calificaciones), impida al Tribunal el manifestar libremente su convicción —que no puede formar, pues con la “conformidad” se elimina la prueba posterior— sobre el fondo del proceso, se compagina de modo extraño con el carácter público de éste (55); muestra, a nuestro entender, de la potente influencia del principio dispositivo (56) que sólo dentro de un sistema acusatorio puede manifestarse.

En cuanto a su motivación, se dice que mediante la “conformidad” el acusado se desembarca definitivamente del proceso, incómodo, efectivamente, para él —amenazador de mayores males (57)—; que descongestiona a los Tribunales de trabajo (58); que es “la aceptación de un mal menor” (59) mediante el que puede aprovecharse incluso un error cometido por la acusación al calificar (60). Así es; y todo esto responde a un sistema acusatorio llevado a sus más altos extremos, hasta el punto de que ha llegado a decirse que constituye un atentado contra el mismo si se le considera desde el ángulo visual del o de los acusadores (61).

La norma fundamental del art. 655 (en la que prescindimos del efecto negativo que produce en el caso que haya varios acusadores y algunos de ellos no “se conforma”, en cuyo caso, “continúa el juicio”, pero con las correspondientes diferenciaciones que la doctrina (62) y la jurisprudencia han hecho) supone, pues, la “confor-

figura en general, nos remitimos de aquí en adelante, a este notable trabajo, que no pretendemos enular; sólo se pretende examinar la naturaleza jurídica de la misma. Esta exposición previa, tiene solamente un carácter explicativo de la “conformidad”, sin otras pretensiones.

(55) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., núm. 65, págs. 460 y s.

(56) Más adelante expondremos este problema.

(57) Cfr. está arg. en ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., pág. 462.

(58) Cfr. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios* cit., V, pág. 69; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., pág. 462.

(59) Cfr. AGUILERA DE PAZ, ob. cit., V, pág. 80; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., págs. 460 y s.

(60) Cfr. autores cit., loc. cit., en nota anterior.

(61) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., págs. 475 y s. y 480 y ss.

(62) Acertada la distinción de la “conformidad parcial” de FENECH (Cfr. su *Derecho procesal penal* cit., II, págs. 233 y s.); la hipótesis de lo que él llama “parcialidad subjetiva” —la más clara prevista por la ley— estimamos que constituye una restricción más, impuesta a la disposición sobre el derecho de defensa, en méritos de un procedimiento, contradictorio y exhaustivo —el juicio oral—, aunque plantea para los que se conformaron, el peligro de que, en dicho juicio oral y como consecuencia de la prueba practicada, la acusación (calificación) definitiva, sea más grave que aquélla con la cual se “conformaron”.

La hipótesis más espinosa, esto es, la que se trate de varios acusados por dos o más hechos diversos, es resuelta correctamente por el citado autor —que así matiza acertadamente la inexistencia de litisconsorcio necesario pasivo en el proceso penal—; el juicio continuará para aquellos que no se conformaron, dictándose sentencia desde luego, con respecto a los que le hicieron (así también la jurisprudencia del T. S.).

midad”, el acuerdo; supone estarlo con “la calificación” más grave; esto es, con todos los extremos contenidos en la misma (63), de los que la propia Ley destaca —pero sólo destaca— uno: “la pena” solicitada (64).

Es este “acuerdo” cuya naturaleza jurídica estudiaremos.

Pero antes debemos recordar que el art. 655 ha proporcionado no escasos problemas —como el 688 y ss.— (65).

Destaquemos que el Tribunal debe valorar la incongruencia de la calificación con la pena en ella solicitada solamente cuando el error suponga que debería imponerse una pena mayor, pero no cuando el error ha consistido en solicitar una pena inferior a la que correspondería (66); incluso puede absolver al acusado si lo estima inocente (67). En el primer caso, debe ordenar que continúe el juicio,

(63) La “calificación provisional” —la acusación—, según el art. 650 Lecrim., comprende los siguientes extremos:

1.º Los hechos punibles que resulten del sumario.
2.º La calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyan.

3.º La participación que en ellos hubieren tenido el procesado o procesados, si fueren varios.

4.º Los hechos que resulten del sumario y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal.

5.º Las penas en que hayan incurrido el procesado o procesados, si fueren varios, por razón de su respectiva participación en el delito”, etc.

Por lo tanto, yerra quien estima que “en el procedimiento del art. 655 no existe confesión de culpabilidad, sino conformidad con la penalidad” (Cfr. VIADA, Curso cit., II, pág. 297).

(64) Cfr. la nota anterior.

(65) Hay quien considerándolo como clave de un “proceso truncado” dice que “allí donde existe una organización judicial eficiente por su capacidad y suficiente por su número y distribución, el juicio truncado no tiene razón de ser, pues nunca ofrecerá las garantías del juicio completo. En cambio, en estados de características opuestas, con medios de comunicación rudimentarios o restringidos y tribunales recargados de trabajo, el allanamiento puede prestar grandes servicios...” (Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El juicio penal truncado* cit., núm. 71, pág. 464).

Estimamos excesiva esta declaración del autor; por encima de las consideraciones de economía procesal que operan a favor del mantenimiento de la “conformidad”, se halla la del “favor rei”; con ella, el acusado “conforme” evita el riesgo de que, como resultado de la prueba que se practique en el juicio oral, la calificación definitiva de la acusación, agrave su situación; y que entre en acción el art. 733 de la Lecrim., que podría resultar catastrófico para su defensa.

(66) Cfr. AGUILERA DE PAZ, con ref. a Instrucciones de la Fiscalía del T. S., en *Comentarios* cit., V, pág. 80.

(67) Consulta de la Fiscalía del T. S., de 31 de mayo de 1898 y Exposición de la misma, de 15 de septiembre de 1896, pág. 138.

Esta posición es criticada por ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO (ob. cit., páginas 468 y ss.), entre otras razones, por estimarla “un desbordamiento inadmisibles de los principios inquisitivos y de oficialidad sobre una institución que precisamente se basa en los opuestos a ellos, o sea, el acusatorio y el dispositivo”, y que lesiona “gravemente los derechos de las partes acusadoras” (puesto que según la Fiscalía del T. S., no cabe recurso de casación contra la sentencia de “conformidad”).

y en el segundo, dictar sentencia recogiendo la conformidad (68). —siempre que la pena no exceda de la de prisión menor, naturalmente.

Otro problema planteado por el art. 655 es el de la no ratificación por el propio acusado, de la conformidad expresada por su letrado defensor, ya que la Lecrim. no habilita un momento procesal expreso para proponer prueba (puesto que el juicio debe continuar); la doctrina y la jurisprudencia resuelven el conflicto (69) provocado por esta defectuosa colocación del artículo (70), de modo que la proposición de prueba pueda ser formulada.

Otros problemas giran en torno a las facultades del Tribunal, fijadas "a máximo" por la Ley, pero "dentro" de la pena, que tiene una extensión máxima y otra mínima, naturalmente, según el C. P. (¿puede tener en cuenta agravantes, atenuantes o eximentes enunciadas en la calificación acusadora?) (71); en torno a la capacidad del acusado que

Estimamos que, si hay un desbordamiento de lo inquisitivo, se produce operando el "favor rei", por lo cual, es admisible.

En cuanto a la argumentación sobre la no constitución de prueba por el material sumarial —el cual constituye la única base en virtud de la cual, el Tribunal, apartándose de la conformidad, puede imponer una pena menor o incluso absolver—, no se trata de un caso tan excepcional; cuando el Tribunal sobresee definitivamente (art. 637), surtiendo este auto efectos de cosa juzgada material, como si se tratase de una sentencia, tampoco cuenta con otro material probatorio que el recogido durante el sumario. He aquí otro caso en el que opera la "inquisición" sumarial, *pero sólo en favor del procesado* (Cfr. supra, en el texto, núm. 4).

(68) Salvo el caso, citado en la nota anterior.

(69) Así, la Fiscalía del T. S., en su Instrucción de 1883 dijo que para conformarse, los letrados debían contar con previas instrucciones de sus defendidos, en sentido de hacerlo (lo que no consta en la ley); correcta jurisprudencia del Tribunal Supremo mismo, dice que en caso de esta disconformidad del acusado, los autos deben volver al mismo o a otro defensor. a efectos de dicha proposición de prueba (Sobre si debe ser el mismo defensor u otro nuevo cfr. p. ej., GONZALEZ DEL ALBA, *Observaciones al art. 655 de la Lecrim.*, en RGLJ, T. 67, 1885, págs. 141 y s.; AGUILERA DE PAZ, *Comentarios cit.*, V, páginas 81 y ss.).

También se ha dicho (FENECH, *Derecho procesal penal cit.*, II, 223) que como la Ley no exige que la conformidad la preste el letrado en forma de "conclusiones", lo procedente es, en el caso de que su conformidad tropiece con la no ratificación del acusado, que vuelvan los autos al mismo o a otro letrado, para que califique contestando a la acusación y proponiendo prueba. Esto es lo correcto, y se mantiene por el T. S.

La verdadera solución legal, la daba el art. 796 de la Lecrim. (sobre el procedimiento especial a seguir en los casos de flagrante delito; cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. últ. cit., pág. 424) dando un plazo para articular la prueba en el caso de la no conformidad; pero este art. fue desdichadamente derogado por la llamada "Ley de procedimiento de urgencia", de 8 de junio de 1957, que vino a sustituir al Tít. III Libro IV de la Lecrim., y después, por la ya citada Ley de 8 de abril de 1967, igualmente incrustada en la Lecrim. Se ha sufrido pues, un importante retroceso.

(70) Así, GONZÁLEZ DEL ALBA, ob. cit., págs. 141 y ss.

(71) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. últ. cit., págs. 475 y ss.

“se conforma” por tratarse de un acto “dispositivo” (72); en cuanto al carácter jurisdiccional o no de la sentencia que recoge la conformidad (73). Estos problemas también los plantean los arts. 688 y ss.

Pero, malgrado la entidad de estos problemas, es evidente que la “conformidad” del acusado —tanto en este momento del art. 655 como en el del 688 y ss.— es una declaración de voluntad en virtud de la cual, siempre que se halle dentro de los límites y requisitos legales, se produce el final del proceso, sin continuar el juicio oral, ni producirse la contradicción, ni prueba alguna ulterior.

El art. 688 y ss. de la Lecrim. recogen por segunda vez el fenómeno de la conformidad en un momento ulterior:

“Art. 688. En el día señalado para dar principio a las sesiones (del juicio oral propiamente dicho), el presidente, en el momento oportuno, declarará abierta la sesión.”

“Si la causa que haya de verse fuese por delito, para cuyo castigo se pida la imposición de pena correccional, preguntará el presidente a cada uno de los acusados si se confiesa reo del delito que se le haya imputado en el escrito de calificación, y responsable civilmente a la restitución de la cosa o al pago de la cantidad fijada en dicho escrito por razón de daños y perjuicios.”

“Art. 689. Si en la causa hubiere, además de la calificación fiscal, otra del querellante particular o diversas calificaciones de querellantes de esta clase, se preguntará al procesado si se confiesa reo del delito, según la calificación más grave, y civilmente responsable por la cantidad mayor que se hubiese fijado.”

“Art. 690. Si fueren más de uno de los delitos imputados al procesado en el escrito de calificación, se les harán las mismas preguntas respecto de cada cual”.

“Art. 691. Si los procesados fueren varios, se preguntará a cada uno sobre la participación que se le haya atribuido.”

“Art. 693. El presidente hará las preguntas mencionadas en los artículos anteriores con toda claridad y precisión, exigiendo contestación categórica.”

“Art. 694. Si en la causa no hubiere más que un procesado y contestare afirmativamente, el presidente del Tribunal preguntará al defensor si considera necesaria la continuación del juicio oral. Si éste contestare negativamente, el Tribunal procederá a dictar sentencia en los términos expresados en el art. 655.”

“Art. 696. Si el procesado no se confesare culpable del delito que le fuere atribuido en la calificación, o su defensor

(72) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. últ. cit., págs. 477 y ss.

(73) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. últ. cit., págs. 472 y ss. y 480.

considerase necesaria la continuación del juicio, se procederá a la celebración de éste.”

“Art. 698. Se continuará también el juicio cuando el procesado o procesados no quieran responder a las preguntas que les hiciere el presidente.”

“Art. 699. De igual modo se procederá si en el sumario no hubiese sido posible hacer constar la existencia del cuerpo del delito cuando, de haberse éste cometido, no pueda menos de existir aquél, aunque hayan prestado su conformidad el procesado o procesados y sus defensores.”

Estas son las normas de interés primario. Véase a su través que el sistema de prestar la conformidad —que la Lecrim. llama, impropia-mente, “confesión”, sin serlo (74)— se invierte con respecto al del artículo 655: allí era en primer lugar el defensor y después el acusado (que no el procesado, como toscamente dice la Lecrim.) los que se “conformaban”; aquí es primero el propio acusado y después su defensor quienes han de “conformarse” (75).

De “momento inoportuno” y de “poco ventajosa reiteración de la diligencia”, se ha calificado al art. 688 y ss. y a su impostación en la Lecrim (76). De acuerdo con el primer punto, no lo estamos con el segundo, pensando siempre que esta excepción al sistema acusatorio está justificada en el “favor rei”, que, como en el art. 655, puede evitar el peligro —aún más inminente— de que una acusación definitiva o la utilización por el Tribunal del art. 733 agrave su situación.

Aunque la Lecrim. utilice diversa terminología, estimamos que el art. 688 y ss. tienen el mismo contenido material que el 655: la conformidad con “el contenido” de la calificación acusadora, ya que si en el 655 se le preguntaba por “la pena” y en el 688 y ss. por “el delito”, ambos van unidos (salvo en los casos de excusas absolutorias). Diferente, es, por el contrario, el aspecto procesal que ofrece nuestra figura: se altera el orden de los factores (el orden de las contestaciones), pero no sustancialmente el producto: o continuación del

(74) Estamos de acuerdo con FENECH (*Derecho procesal penal* cit., II, 229 y ss.) en que sólo puede hablarse de “confesión” en el proceso penal, por parte del responsable civil; esto es, propiamente, en el proceso sobre resarcimiento, etc., que corre conjuntamente con el penal, de haberse ejercitado las pretensiones penal y civil conjuntamente, según el art. 111 de la Lecrim.

(75) Este trámite de la “conformidad” no ha desaparecido del “juicio correccional” instaurado por la Ley de 8 de junio de 1857 y renovado por la de 8 de abril de 1967; en efecto, el art. 795, si ha desaparecido, mas se refería a la misma oportunidad de conformarse del art. 655 para el proceso ordinario; pero el nuevo art. 800 de la Lecrim., dice que “El juicio se celebrará en la forma ordinaria, con las modificaciones siguientes: Primera. A falta de conformidad del procesado...”. Opinaba por la derogación TORRES BAS, *Anteproyecto de Código procesal penal* (Provincia de Entre Ríos), 1967, pág. 73, sin tener en cuenta este nuevo art. 800 de la Lecrim.

(76) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. últ. cit., pág. 420 y ss.

juicio, o sentencia recogiendo la conformidad siempre que ésta fuere legal.

Nótese, sin embargo, que la vinculación del Tribunal a través del art. 655, lo es “con la pena” (pudiendo desviarse solamente, a nuestro entender, como ocurre en la práctica, en favor del acusado), y la del art. 688, lo es con “el delito” siempre que se pida la imposición de pena correccional y no más grave; luego queda bastante claro, que en el caso del art. 688 y ss. el Tribunal podía moverse con mayor soltura en la corrección de una calificación que pretendiese una pena erróneamente inferior (siempre que no rebasase los límites de la “correccional”, esto es, de seis años de privación de libertad, etc.); el Tribunal Supremo declara, en efecto, que el juzgador “puede moverse dentro del margen que limita el grado” de la pena pedida (77), pero relacionando el art. 694 con el 655, no puede imponer pena superior.

Y naturalmente, también puede incluso llegar a la absolución, siempre que aparezca evidente la falta de caracteres delictivos de aquellos hechos sobre los que hubo completo acuerdo (78).

Añadamos que en el nuevo proceso —inquisitivo, por dirigir la instrucción ver el “juicio oral” y sentenciar el mismo Juez (79)— para “delitos menores”, esto es, los públicos castigados con penas no superiores a arresto mayor (hasta seis meses de privación de libertad, con posibilidad de extinguirlos en libertad condicional, artículo 93 del C. P.), privación del permiso de conducir o multa no superior a 50.000 ptas., introducido en la Lecrim. por la de 8 de abril de 1967, debe considerarse que existe la posibilidad de “conformarse” correlativa a la del art. 688 y ss. de la misma Ley —esto es, al comenzar el juicio oral—, por la remisión que el art. 791-8.º hace al 800, y tratarse en éste de dicha conformidad. No existe, por el contrario, oportunidad análoga a la del art. 655.

8. De los posibles antecedentes de esta “conformidad” española, habla ALCALÁ-ZAMORA (80); a él nos remitimos. Pero hallamos se-

(77) Cfr. la Sentencia del T. S., de 24 de abril de 1950, Ar. núm. 660; la de 22 de abril de 1966, Ar. núm. 1.881.

(78) Cfr. la Sentencia de 22 de abril de 1966, cit.

(79) Sobre ello, cfr. FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro del proceso penal español*, cit., pág. 34 y bibl. cit.

(80) Cita este autor, además del “plea guilty” inglés, el Code d’Instruction Criminelle francés —nótese que el trabajo de ALCALÁ-ZAMORA es de 1945 o anterior—, la Ley de Enj. criminal cubana, de ascendencia española; el monitorio o por decreto italiano (cfr. ob. cit., págs. 413 y ss. y 546 y s.). VIADA (“Curso” cit., II, págs. 297 y ss.) alude también a las “Strafbefehl” de la StPO alemana, § 407 a 412 y a algunas otras figuras europeas, de las que ciertas ya están transformadas.

Por nuestra parte, hallamos otro proceso —éste, de tipo administrativo-penal— análogo a algunos de los citados: el de las órdenes punitivas (Straf-förelägganden) del RB de Suecia (Kap. 48).

Para casos de pequeñas infracciones que pueden ser castigadas sólo con pena pecuniaria a imponer discrecionalmente, el Ministerio Fiscal, en lugar

mejanza muy notoria entre esta nuestra "conformidad" —sobre todo, en la del art. 608 y ss.— y el "Plea guilty" inglés (81).

Recuérdese que consiste en la posibilidad del acusado, de responder a la acusación, declarándose culpable ("plea guilty") o inocente ("not guilty"). (Nótese que se trata de una confesión de culpabilidad). En el caso de que confiese, no ha lugar a constituir el Jurado, y el confeso es sentenciado por su propia confesión ("en confesión"). No hay limitación en cuanto a la gravedad del delito de que el acusado

de acusar, dirige al inculcado una orden para que se allane reconociendo el hecho y admitiendo las consecuencias jurídicas del mismo que debe enumerar. Esta orden punitiva debe contener el nombre del inculcado, la expresión de los hechos y de las consecuencias jurídicas que surgen para el mismo (la pena); el allanamiento debe ser consignado por escrito al dorso de la orden, y debe expresar que el inculcado reconoce los hechos y se somete a la pena y demás consecuencias jurídicas (§§ 1 y 3, Kap. 48).

Si el allanamiento no se produce inmediatamente, se ha de notificar la orden al inculcado en la forma prevista para las notificaciones en el proceso penal, requiriéndole para que la devuelva, con dicho allanamiento, en un plazo no superior al de dos semanas a partir de la notificación; advirtiéndole de que, en caso contrario, se presentará querella contra él (§ 3-2).

En los casos en que el mandato punitivo no exige ser confirmado por el Tribunal, una vez reconocido por el inculcado, surte efectos de cosa juzgada (§ 5).

Si el inculcado se allana a un mandato punitivo de entidad superior a 100 coronas, éste mandato es sometido al Tribunal; al mismo que sería competente para conocer de la querella. El MF debe remitir inmediatamente nota de los autos, la orden punitiva y una exposición de la investigación preliminar, si es que ésta tuvo lugar. Si para resolver sobre esta orden precisa el Tribunal interrogar al inculcado u otra persona, se ordena su comparecencia del modo ordinario.

Si la orden es congruente con la ley y el castigo impuesto no es notoriamente muy alto o muy bajo, el Tribunal así lo constata y aprueba; si es muy alto, lo rebaja. En los demás casos revoca el mandato punitivo, sin que quepa recurso alguno contra el auto que el Tribunal dicta, más que el extraordinario del Kap. 59 (Kap. 48-§ 4).

El MF no puede recurrir, pero sí presentar querella ante el mismo Tribunal.

Este proceso lo estimamos de carácter bastante semejante al de los monitorios, pero con la particularidad de que es el mismo Ministerio Público el que, en caso de incumplimiento de la orden, se querellará; esto es, respetando el papel de "demandado" del condenado sin que la "posición" clásica de los monitorios (§ 409 de la StPO alemana) haya de producirse.

De otro lado, el que el allanado por razón de pena pecuniaria superior a 100 coronas pueda incluso ser beneficiado por diligencias probatorias ante el Tribunal (la de su interrogatorio o el de otras personas), recuerda en algo al "Plea guilty" inglés.

En todo caso, en un sistema en el que el proceso principal se desarrolla bajo el sistema acusatorio (no puro, pues interviene el Ministerio Público como querellante), como lo es el sueco, este "truncamiento del juicio" muestra una clara disposición por parte del inculcado.

Sobre este proceso, cfr., p. ej., GINSBURG-BRUZELIUS, *Civil procedure in Sweden*, La Haya, 1965, págs. 69 y ss.; SIMSON, *Einleitung*, a la trad. alemana del RB sueco (Berlín, 1953, pág. 14).

(81) Sobre esta figura, cfr., p. ej., JACKSON, *The machinery of justice in England*, Cambridge, 1953, pág. 119; AMOS, *British justice*, Edinburgh, 1944, pág. 32.

se declare culpable; por lo cual, en casos de concurrir dicha gravedad, el juez o Tribunal tienen la facultad de aconsejar al confeso que se retracte, a fin de que el asunto sea plenamente debatido (82).

El "plea guilty", cierto es, se halla "más cerca del art. 694 que del 655"; que en él se "confiese" la culpabilidad y no la penalidad, es, a los resultados, casi lo mismo; lo que sí es diferente, es el freno lógico que al sistema acusatorio pone la Lecrim. española, frente al gravísimo y extenso poder de disponer que el derecho inglés concede al acusado, hasta el extremo de haber de corregirlo mediante la intervención judicial para que retire su "confesión". Merced a que la conformidad española es imposible —ni se solicita, en el caso del art. 688— cuando se trata de penas que acarreen privación de libertad por más de seis años (83).

9. En la "conformidad" de los arts. 655 y 688 y ss., concurren dos voluntades: la del acusado y la de su defensor (en cuanto al primero, a la inversa).

Pero cualquiera de las dos conformidades, supone el que el acusado, entre otras actuaciones procesales contradictorias y públicas —nada menos que la prueba— dispone y renuncia a su "auto-defensa".

Esta se halla consagrada por el art. 739 de la Lecrim.:

"Terminadas la acusación y defensa (acusación y defensa definitivas, fundamentadas por los respectivos "informes") el Presidente preguntará a los procesados si tienen algo que manifestar al Tribunal."

"Al que contestare afirmativamente le será concedida la palabra."

"El presidente cuidará de que los procesados, al usarla, no ofendan la moral ni falten al respeto debido al Tribunal ni a las consideraciones correspondientes a todas las personas, y que se ciñan a lo que sea pertinente, retirándoles la palabra en caso necesario."

Es la "última palabra", conocida en casi todos los Ordenamientos procesales penales; el acusado (no es el procesado, como toscamente dice la Lecrim.), no cuenta para nada con su defensor (84).

(82) En España, se recuerda el "plea guilty" en relación con la "conformidad del acusado", por GOLDSCHMIDT *Problemas jurídicos y políticos* cit., página 59 (núm. 25, c); ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., núm. 3, págs. 413 y s.; AGUILERA DE PAZ, *Comentarios* cit., V, pág. 315, etc. Últimamente, con acierto, PASTOR LÓPEZ, *El proceso penal inglés*, en RDPProc., Madrid, 1967-II, págs. 87 y s..

Es grande la cantidad de autores extranjeros que citan el "plea guilty" y que pese a su garrulería no se asoman a la Lecrim. española.

(83) Sobre la comparación, cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., pág. 414.

(84) Se ha dicho que la estructura de la defensa exige que la responsabilidad penal se declare, no sólo en función de un criterio individual, sino también

Es evidente que "la última palabra" concedida al acusado ya definitivamente, es un medio de defensa del mismo (85), probablemente el más intenso que aquél pone en juego al servicio de su interés de salvación frente a la expectativa de una sentencia desfavorable. Pues bien, la conformidad del acusado supone el renunciar a este medio.

10. En resumen, la conformidad, impide que el Tribunal pueda enmendar un error cometido en las calificaciones acusatorias (86); impide que el mismo utilice el art. 733 (auto-freno del Tribunal, en favor del sistema acusatorio, para cohonestar la necesidad de no condenar por una calificación totalmente errónea, con la de que se produzca una nueva acusación en virtud de otra que el mismo Tribunal sugiere como acertada) (87); el error interno de la calificación acusatoria, opera solo efectivamente "por defecto", esto es, cuando se pide erróneamente una pena inferior a la que correspondería según el propio contexto de la acusación (88), pero no cuando se cometió "por exceso", solicitándose una pena mayor que la que correspondería; ello es lo que constituye una desviación del sistema acusatorio puro (89) triunfando el "favor rei", ya que el Tribunal, como se ha visto, puede incluso absolver al acusado (90).

11. Nos hallamos, pues, no ante declaraciones de conocimiento (o de defensa, el interrogatorio del inculcado y del acusado, la "última palabra" en el juicio oral), sino ante declaraciones (manifestaciones, para J. GOLDSCHMIDT) (91) de voluntad del acusado, de "confor-

del de la colectividad social; a ello responde el que la defensa esté integrada por dos elementos: el abogado (elemento público) y el propio acusado (elemento privado) (FOSCHINI, *L'imputato*, Milán, 1956, págs. 26 y ss.).

(85) V. gr., FENECH, *Derecho procesal penal* cit., I, pág. 693; AGUILERA DE PAZ, *Comentarios* cit., V, pág. 550: "Nueva garantía del derecho de defensa del acusado" dice; veremos cómo en esta explicación hay una gran dosis de intuición.

(86) Cfr., p. ej., GONZÁLEZ DEL ALBA, *Observaciones al art. 655 de la Lecrim.* cit., RGLJ, T. 64 (1884) pág. 115.

(87) Cfr. GONZÁLEZ DEL ALBA, ob. cit., págs. 115 y s.

Sobre el bienintencionado art. 733 de la Lecrim., pero defectuoso en expresar lo que el legislador quiso, esto es, que el Tribunal no saliese del sistema acusatorio so pretexto de calificaciones acusatorias erróneas en bloque, cfr., por ejemplo, VIADA, *Correlación entre la acusación y la sentencia*, en RDPProc., Madrid, 1959-II, págs. 319 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, *Quebrantamiento de forma. Delito continuado y principio acusatorio* (arts. 505 y 506 Cód. penal de 1932 y arts. 733 y 912 núm. 4 Lecrim.), en RDPProc., Madrid, 1946-II, págs. 121 y siguientes.

(88) Cfr. las notas, núm. 66 y ss. supra y la bibl. allí cit.; GONZÁLEZ DEL ALBA, ob. últ. cit., págs. 116 y s.; J. B. ESTEVE, *El artículo 655 de la Lecrim.*, en RGLJ, T. 65 (1885), págs. 575 y ss. y esp. 581.

(89) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El juicio penal truncado*, cit., págs. 475 y s. y 480 y ss.; ESTEVE, ob. cit., págs. 581 y s.

(90) Cfr. la jurisprudencia del T. S. cit., en notas núm. 77 y 78, supra; la bibl. cit.; y p. ej., también JIMÉNEZ ASENJO, *Derecho procesal penal*, Madrid, s. a., II, pág. 159.

(91) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Problemas*, cit., pág. 63.

marse” con peticiones del o de los acusadores (92); declaraciones de voluntad sin fundamentación expresa alguna (93).

En cuanto a su naturaleza jurídica, el art. 655 se refiere a “la calificación mutuamente aceptada”; se habla de “conclusiones convenidas por las partes” (94).

Se ha querido ver en la misma figura, trasplantada al proceso penal cubano, una transacción (95), a lo que cabe responder que no cabe transigir sobre el derecho de acusar y de penar (96); también se ha querido ver una “confesión” (97), o se la ha confundido con la misma (98). Aparte de que estimemos que no existe la confesión en el proceso penal español (99), faltaría el juramento —no admitido por el artículo 387 Lecrim. que debe aplicarse analógicamente— y el mismo interrogatorio; la “confesión” sólo versaría sobre hechos, y aquí se trata de contestar a una sola pregunta sobre el derecho —el aplicado por los acusadores en sus calificaciones y sus consecuencias—; no se trata, pues, de un “interrogatorio probatorio” —o defensivo (100)—.

Se llega a la conclusión, de que se trata de “una forma autocompositiva” (101), de un allanamiento (102), que implica nada menos que

(92) Cfr. FENECH, *Derecho procesal penal*, cit., II, pág. 225.

(93) “En cuanto a los móviles de esta singular institución, pueden variar mucho y hallarse faltos de altruismo que de acuerdo con su naturaleza jurídica debiera motivarla: cabe así que obedezca al deseo de ahorrarse gastos y molestias procesales en caso de que la pena probable esté cubierta mediante el abono de la prisión preventiva o beneficio de la condena condicional; puede responder también al propósito de librar de castigo, por afecto, precio, etc., al verdadero culpable, o bien a querer aprovechar una errónea calificación acusadora en beneficio del reo, o al temor de que la prosecución del juicio aporte retractaciones o revelaciones que comprometan más la situación del procesado, o tener como fin desviar la acción de la justicia, apareciendo como culpable de una infracción menos grave y distinta de la efectivamente cometida, etc.” (Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Proceso autocomposición y autodefensa*, México, 1947, página 82; “El juicio penal truncado”, cit., núms. 65 y 66, págs. 460 y ss.; GONZÁLEZ DEL ALBA, ob. cit., pág. 115 y s.

(94) Cfr., supra, en el texto.

(95) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ricardo Dolz y Arango*, Buenos Aires, 1943, páginas 12 y s. (también repr. en “Ensaños”).

(96) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *El juicio penal truncado*, cit., núm. 39, págs. 439 y siguiente.

(97) Así lo estimaron SOLER y VÉLEZ MARICONDE, cit., por ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Proceso autocomposición y autodefensa*, cit., pág. 81.

(98) JIMÉNEZ ASEÑO, *La confesión del reo o inculpaado, esbozo de una lección*, en RDProc., Madrid, 1945-III, págs. 359 y s.

(99) Salvo para el que sea responsable civil.

(100) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El juicio penal truncado*, cit., § 41, páginas 441 y ss.

(101) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El juicio penal truncado*, cit., § 42 y ss., págs. 443 y ss.; AGUILERA DE PAZ, *Comentarios*, cit., V, pág. 66; siguiendo al primero. VIADA, *Curso*, cit., II, pág. 298 y I, 257: “Una cierta facultad de disposición (del acusado) conjuntamente con las partes acusadoras, si la pena pedida no excediere de prisión menor...”. También, ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Teoría general del proceso y enseñanza del mismo*, en RIberoam. DProc. Madrid, 1968-I, págs. 20 y s. y 61.

(102) Puesto que hay audiencia de la parte y manifestación de conformidad con la petición dirigida.

una derogación de los principios de oficialidad del proceso penal, por reconocer la disponibilidad de la parte acusada respecto del proceso (103) —y de algo más, añadimos nosotros—. “De un acto de disposición o de renuncia de derechos” se dice también (104).

Naturalmente, la noción de “allanamiento” no se puede trasplantar total, brutalmente, del campo del proceso civil, al penal; por hacer una crítica excesiva en este sentido, se exceden algunos autores, a nuestro entender (105).

Para FENECH, no puede tratarse de un allanamiento (según ya lo veía la Memoria del Ministerio Fiscal de 15 de septiembre de 1883); el allanamiento en lo civil, supone disposición de las partes sobre el contenido *material* del proceso, en tanto que en el proceso penal, las partes no tienen tal derecho de disposición (106).

“Pero si en lugar de hablar de una disposición material —sigue diciendo— nos referimos a una *disposición procesal*, estaremos más cerca de la verdad; no sobre el contenido sino sobre el desarrollo del proceso mismo. Cuando el imputado se conforma con la calificación más grave... dispone del proceso por cuanto que su acto tiene como efecto la no celebración del debate del juicio oral como etapa procesal más importante, juzgando el Tribunal sólo a base del material que le proporciona el sumario o etapa preprocesal, y las alegaciones de los acusadores. Ahora bien, esta disposición sobre el proceso no significa una disposición sobre las normas procesales que... son de naturaleza pública... y como tales se hallan incluidas en el “*ius cogens*”, sustraído a la disposición de las partes” (107).

(La conclusión a que llega este autor, de que se trata “de un procedimiento especial, concediéndose al acusado que no pueda ser sujeto de pena superior a la de prisión menor, etc., la posibilidad de optar por el ordinario —continúa el juicio oral— o este otro, mucho más rápido, nos devuelve al umbral del problema, ya que también el allanamiento civil tiene su procedimiento.”) (108)

Conformes con estos dos autores (ALCALÁ-ZAMORA y FENECH) en que se trata de “un acto de disposición” estimamos, frente al segundo, que no es una simple “disposición procesal” sobre el tipo de procedimiento a seguir en el futuro, por parte del acusado; éste decide más allá, sobre el contenido material-penal de la sentencia (dejemos aparte la cuestión de su responsabilidad civil), en cuanto que para forjarla, no se podrá tener en cuenta una prueba —que no se celebra— de la que podría resultar muy bien una acusación más grave; evita

(103) Cfr., la bibl. de la nota núm. 101, e infra.

(104) Cfr. VIADA, ob. cit., II, pág. 298.

(105) Así, JIMÉNEZ ASENJO, *Derecho procesal penal*, cit., II, pág. 157, en donde parece estimar exclusivo del proceso civil al principio dispositivo. Ahí está su error; otra cosa es que la “disposición” que supone la conformidad esté rodeada de garantías por la Ley.

(106) Cfr. FENECH, *Derecho procesal penal*, cit., II, pág. 214.

(107) Cfr. FENECH, ob. cit., loc. cit.

(108) Cfr. FENECH, ob. cit., pág. 215.

que el Tribunal pueda utilizar el art. 733 de la Lecrim.; dispone del contenido defensivo de la actividad de su defensor y de la suya, propia (la "última palabra"). Lo que era provisional —la acusación— pasa, por su voluntad, a ser definitivo.

Y la acusación, tiene un contenido jurídico-material.

Hay en las dos "conformidades", a nuestro entender, una doble disposición por parte del acusado: A) sobre el proceso; B) sobre el derecho material (delito-pena) ya que por su voluntad impide no sólo que se agrave la acusación, sino incluso que se produzca otra nueva —la correspondiente al art. 733—.

Se trata, pues, de una manifestación del principio dispositivo, "indicio el más característico del predominio del principio acusatorio" (109).

¿En qué medida hay que considerar "dispositivo" el acto de la conformidad del acusado? Se trataría de encuadrar este acto en el marco de la doctrina —cara a CARNACINI— que, acertadamente, diferencia dos planos: el del régimen de tutela de los intereses materiales por medio del proceso (proceso o no proceso, visto de modo previo, categoría que si bien es aplicable al proceso civil, no lo es al penal por razón de delitos públicos) y el del régimen de la organización interna del proceso (110).

Entendemos que para él, que, desgraciadamente, no se ha asomado al proceso penal, y menos a un tipo acusatorio como el español, se trataría de una "dispositividad" de doble carácter; el acusado, al conformarse, "dispone" sobre la estructura del proceso, que se acorta sensiblemente, eliminándose en una de sus más importantes partes —el juicio oral—; de otro lado, "dispone", dentro de los límites legales, sobre su propia defensa; y para el citado profesor italiano —que no llega a extraer las últimas consecuencias de su investigación (111)— el principio (en este caso, también aplicable al proceso penal español) "de la dependencia de la tutela, de la voluntad del interesado" (112) (al menos, cuantitativamente, en virtud de su renuncia a defenderse en los momentos en que se le ofrece el contradictorio para hacerlo), se hallaría en la teoría general del derecho. Pena es que no haya profundizado más en este aspecto; no es suficiente al sentirnos tan especialistas, que hayamos de abandonar a otros la tarea de encau-

(109) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Problemas*, cit., págs. 58 y s.; también SILVA MELERO, *La estructura del proceso penal en relación con el concepto de parte*, en RDPProc., 1946-II, pág. 255.

(110) Cfr. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en "Studi in onore di Enrico Redenti", II, Padua, 1951, págs. 705 y ss. esp.

(111) Su trabajo, queda pues, con un resultado parcialmente negativo; no sólo por cerrar los ojos al proceso penal —que hubiera proporcionado harto que pensar al distinguido procesalista-civilista de Bologna— sino por desembarazarse de parte del "dispositivo" para no decir exactamente en dónde debe impostarse.

(112) Cfr. CARNACINI, ob. cit., pág. 744.

drar al principio en dicha teoría general (113), máxime si es un principio que se pone de manifiesto con ocasión del proceso (114); antes bien, nos corresponde el contribuir a encuadrarlo dentro de la misma, que es lo que aquí trataremos de hacer (115).

Se trataría, para nosotros, de lo que NIESE hubiera denominado un “acto procesal con doble función” (y efectivamente, en su obra, aunque muy de pasada, trata sobre el allanamiento, aunque sólo desde el punto de vista civil, el más claro (116); de una “disposición” sobre el proceso; pero que supone, con anterioridad y superioridad, una “disposición” —aunque limitada por la Ley— del derecho de defensa; he aquí cómo en un solo acto confluirían la disposición procesal y la material. Volveremos sobre ello.

[Observamos que NIESE no observó el proceso por “Strafbefehl”, que tiene alguna semejanza —no excesiva— con la conformidad (§ 409 StPO) (117)].

No se trata de un simple acto de obtención, de una petición simple, ya que vincula al Tribunal (siempre que se halle dentro de los límites de no producirse fuera y sobre la prisión menor como pena); por ello, es acto dispositivo (118).

12. Nos encontramos, pues, con un acto dispositivo de doble actuación —una especie del allanamiento—; veamos cuál es el contenido del mismo en concreto.

(113) Esta objeción, en otra ocasión, hubimos de hacerla a un colega español que concluía con la necesidad de “abandonar a la doctrina del derecho civil o del derecho político” la construcción del concepto de acción —para nosotros, derecho político (Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Acción, Derecho procesal y Derecho político*, en “Estudios de Derecho procesal”, Madrid, 1955, pág. 88)—.

(114) A ellos alude —aunque no en concreto al que citamos— CARNACINI, ob. cit., pág. 744.

Anotemos que ya llamamos la atención sobre el hecho de que, en gran parte de los procesalistas —por no decir en casi todos— se advierte cómo la excesiva preocupación por la iniciativa del proceso (acción, pretensión, etc.), llega a oscurecer la figura de la “resistencia” en lo contencioso; de aquí una fuente de posibles errores. Cfr. FAIREN GUILLÉN, *El proceso como función de satisfacción jurídica* (RDProc., Madrid, 1969, en prensa); “El proceso como satisfacción jurídica”, Comunicación al V Congreso Nacional (argentino) de Derecho procesal (Salta, julio de 1968), en “La Ley” (Buenos Aires), 6 de agosto de 1968 y en las “Actas” de dicho Congreso; también en la Rev. Jur. Cat., octubre-diciembre 1968.

(115) La tarea ya se halla facilitada desde hace muchos años; en 1950, el Prof. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO publicó (en la Universidad de Honduras), un trabajo titulado “Principios técnicos y políticos de una reforma procesal”, que da la clave general del encuadramiento para el fenómeno de la “conformidad”.

(116) Cfr. NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, cit., págs. 54 y s.

(117) Cfr., p. ej., PETERS, *Strafprozess*, Karlsruhe, 1952, págs. 450 y ss.; BE-LING, *Derecho procesal penal*, trad. esp., FENECH, Barcelona, 1943, págs. 357 y ss.; FENECH, *Nuevas orientaciones del Derecho procesal penal*, en RGLJ (170), 1942-II, pág. 77.

(118) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Problemas*, cit., pág. 63.

La misma clasificación de los actos procesales “Erwirkungshandlungen” y “Bewirkungshandlungen” la hallamos después en NIESE, ob. cit., págs. 52 y s. y BRUNS, *Zivilprozessrecht*, Berlín y Frankfurt, 1968, págs. 150 y s. y 154.

El acusado, no dispone del derecho de acusar ni del de penar; “dispone del derecho de defensa, que no es un derecho autónomo, sino un derecho-réplica o reverso del de acusación y un instrumento para tratar de evitar o de disminuir la condena. Al acusado, titular, incluso forzoso, de ese derecho, se le permite, por excepción, en estos casos, renunciarlo o más exactamente: renunciar a los actos procesales posteriores del juicio en que aquél habría de manifestarse... (119) (120). Así se expresa ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO.

Ni con él ni con FENECH (121) estamos de acuerdo en cuanto al alcance de las “conformidades”: mediante ellas, se autolimita el derecho de defensa, ya que sólo se extiende a lo que vaya por encima de la acusación —provisional, no lo olvidemos— que entraña una pena superior a la de prisión menor, etc.; y este modo de administrar el derecho de defensa, supone el disponer *cuantitativamente* —ya que no de la idea genérica— de la “pena” que se acepta, de la “condena”: luego se trata de una disposición que tiene también alcance jusmaterial.

Puede oscurecer esta idea, el hecho de que, inmediatamente, el acusado que se conforma con la pena solicitada para él por la acusación —que de provisional que era, él, por medio de su conformidad “dispone” transformar en definitiva, no lo olvidemos—, de lo que dispone es, en efecto, del proceso normal, de la dialéctica del juicio oral (122), de “los principios tutelares de libertad, de contradicción, igualdad de condiciones entre las partes contendientes, publicidad y oralidad” (Exposición de Motivos de la Lecrim.); del juicio oral, “crisol de la contradicción” en el que han de depurarse los elementos sumariales adquiridos de modo predominantemente inquisitivo (arg. en la misma Exposición de Motivos) (123): ya vemos cómo comienza a disponer,

(119) Cfr. *El juicio penal truncado*, cit., núm. 48, pág. 449.

(120) Cfr., la nota núm. 114, supra.

(121) Cfr. FENECH, *Derecho procesal penal*, cit., I, pág. 798.

(122) La importancia de ello puede verse, últimamente, p. ej., en JURGEN MEYER, *Dialektik im Strafprozess*, Tübingen, 1965 (no hay alusiones al proceso español, probablemente desconocido por el autor. Sobre este desconocimiento general, por parte de los juristas alemanes —con alguna excepción— del ordenamiento y de la doctrina española e hispano-americana, cfr. nuestra reseña al “Zivilprozessrecht” de BRUNS, en RDPoc., 1968-IV).

(123) “Subsiste, pues, el secreto del sumario; pero sólo en cuanto es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público. Y a tal punto lleva la nueva ley su espíritu favorable a los fueros sagrados de la defensa, que prescribe y condena una preocupación hasta hoy muy extendida que... implicaría hoy el desconocimiento de la índole y naturaleza del sistema acusatorio, con el cual es incompatible. Alude el infraescrito a la costumbre... de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado. No; de hoy más las investigaciones del juez instructor no serán sino una simple preparación del juicio. El juicio verdadero no comienza

nada menos que de principios de orden supra-procesal, constitucional, como lo es, p. ej., el de publicidad (124); y del de contradicción.

Dispone el acusado, de toda la prueba a celebrar en el juicio oral; intentando evitar que la acusación provisional, como resultado de aquélla, se transforme en otra más grave, dispone también del principio "pro reo" —penal, con manifestaciones procesales (125)—, clave del derecho del acusado al contradictorio (126); al conformarse, dispone, renuncia el acusado a un derecho suyo, personalísimo, de auto-defensa" (127): del de hablar por última vez ante el Tribunal en su propio favor; "indisputable derecho a hacerse oír; y precisamente la sentencia que ponga fin a los debates, ha de fundarse sobre las manifestaciones que ante el Tribunal hiciere el acusado. Es por tanto un derecho personalísimo, preestablecido en la ley, renunciable sólo por la voluntad de a quien se otorga" (128).

Toda esta renuncia "procesal" tiene claramente un fondo de derecho material; una "conformidad", una disponibilidad del proceso, no puede dejar así de estar vinculada con la conformidad sobre el resultado del proceso, que la acusación previó provisionalmente.

En este cuadro, la única disponibilidad relativa, es la del "pro reo" o "favor rei" que, como se vio, el Tribunal puede aplicar pese a la conformidad del acusado (129).

[Antes de terminar con este punto, hemos de agregar que existen en el sistema procesal penal español, otras posibilidades dispositivas del proceso.

Aparte la posible resignación pre-procesal de los ofendidos por delitos privados (art. 105 de la Lecrim.) y de su posible renuncia al proceso (art. 106) (130) es posible que el mismo Ministerio Fiscal

sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal..." (Exposición de Motivos cit.).

Es evidente que cuanto así no ocurra, es contrario a la Ley (Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, voz *Instrucción*, en NEJES).

(124) Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso*, en "Temas del Ordenamiento procesal" (en prensa, Madrid, 1969), y en "Estudios procesales en memoria de Eduardo J. COUTERE, Madrid, 1958, passim.; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Principios técnicos y políticos*, cit., páginas 21 y s.; VIADA, *Correlación entre la acusación y la sentencia*, cit., pág. 433.

(125) Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *El principio "pro reo" en el derecho y en el proceso penal*, en RDPProc., 1966-II, passim. Y la observación que se hace, en el texto, super nota núm. 129.

(126) Cfr. CONSO, *Procedura penale*, cit., Milán, 1964, págs. 83 y s.

(127) Cfr., la doctrina general —no se alude al derecho español— en FOSCHINI, *Sistema di Diritto processuale penale*, Milán, 1956, I. pág. 236; "L'imputado", cit., págs. 25 y s.; FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., páginas 57 y s.

(128) Cfr. GONZÁLEZ DEL ALBA, *Observaciones al art. 655 de la Lecrim*, cit., en RGLJ, T. 67 (1885), pág. 141.

(129) Cfr. la jurisprudencia del Tribunal Supremo cit., en las notas número 77 y 78, supra.

(130) Este proceso penal por "delitos privados" suministraría un claro ejemplo de aplicabilidad de la doctrina sustentada por CARNACINI, de que se hizo mención (Cfr. supra texto y nota 110).

solicite el sobreseimiento libre o definitivo (con efectos de cosa juzgada) antes de comenzar el juicio oral (art. 642) y que a ello se unan los querellantes particulares (art. cit., por analogía) (131). Cabe igualmente que la acusación sea retirada en el acto del juicio oral (arts. 732 y 741 en rel. con el 851 de la Lecrim.); trátase aquí claramente de un acto unilateral de carácter dispositivo de la pretensión punitiva por estimarla el acusador infundada, en vez de ser el acusado el que “se conforme” con ella por estimarla fundada, según ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO (132) (133).]

13. Hemos dicho que la conformidad (mejor, las conformidades) del acusado con la acusación provisional, suponen una disposición por parte del mismo, de su derecho de defensa, y en dos intensidades: procesal y jusmaterial.

Hemos de examinar ahora, brevemente, el principio del derecho de defensa, encuadrándolo en donde procede; esto es, en el Derecho Constitucional.

Debemos comenzar por examinar las Declaraciones y Convenciones sobre Derechos y Libertades humanos —Derecho internacional Público—: allí campea el derecho a la defensa en juicio.

Declaración de Derechos del Hombre, formulada por la O. N. U. el 10 de diciembre de 1948:.

“Art. 11. 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”

Convención Europea para la salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales:

“Art. 6. 3. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a las siguientes garantías mínimas:

c) A defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección o si no tuviera medios para remunerar a un defensor, a

(131) Aquí se manifiesta una vez más la fuerza del sistema acusatorio español, pues como ya se indicó, supra, el Tribunal “debe buscar” alguien que acuse; si no lo halla, no puede abrir el juicio oral (arts. 642 y ss. Lecrim.).

(132) Cfr. “El juicio penal truncado”, cit., § 49, pág. 449.

(133) Alude también ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO (ob. cit., § 50, págs. 449 y s.) al fenómeno de la “conformidad relativa” del art. 652 Lecrim. según el cual, el acusado, en respuesta a la calificación acusadora, puede manifestar “si está o no conforme con cada una”; pero se diferencia de la “conformidad total” de los arts. 655 y 688 y ss., en que la primera, no vincula al Tribunal, de modo que aun siendo completa, el Tribunal debe ordenar la continuación del juicio y dictar sentencia. Es el formalismo de la “conformidad” del art. 655 lo que le atribuye fuerza dispositiva.

También alude, como figura afin a nuestra “conformidad”, la de la auto-denuncia y presentación espontánea del culpable a las autoridades (art. 9-9.º del Código penal), que beneficia de una atenuante; disposición parcial del derecho de libertad personal contra una ventaja penal posible (ob. cit., § 52, página 450).

que se le otorgue uno cuando los intereses de la Justicia lo requieran.”

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (O. N. U., 16 de diciembre de 1966, sometido a la firma y ratificación de los Estados):

“Art. 14. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las garantías siguientes mínimas:

c) A hallarse presente en el proceso y defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección...

Pasando al Derecho interno, veamos algunas Constituciones:

Constitución francesa de 24 de junio de 1793.

“Art. 14. Nadie puede ser juzgado y castigado, sino después de haber sido oído o legalmente llamado...”

Constitución francesa del 5 de Fructidor del año III (22 de agosto de 1795):

“Art. 11. Nadie puede ser juzgado y castigado, sino después de haber sido oído o legalmente llamado.”

Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947.

“Art. 24-II: La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado y grado del procedimiento.”

Ley Fundamental Alemana (occidental) de 23 de mayo de 1949:

“Art. 103. Cada uno tiene derecho a ser oído jurídicamente ante el Tribunal” (134).

Constitución de Yugoslavia, de 7 de abril de 1963.

“Art. 50 (4). El derecho a la defensa está garantizado” (5). En el curso del procedimiento criminal, el inculcado tiene derecho de tomar un defensor que tiene la posibilidad, según la ley, de defender y de proteger los derechos del mismo. La ley prevé en qué casos debe tener un defensor el inculcado en el procedimiento criminal.

Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (enmienda 6.^a, de 1791).

“En toda persecución criminal, el acusado disfrutará del derecho... de tener la asistencia de un abogado para su defensa.”

Entre las Constituciones de las Repúblicas Centro o Sudamericanas, vemos, por ejemplo:

La Constitución mexicana vigente:

(Título I, Capítulo I, “De las garantías individuales”).

“Art. 20. IX. Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos según su voluntad...”

(134) En relación con el art. 1.º (protección de la dignidad humana) y 20 (3) —Poder ejecutivo y jurisprudencia, vinculados a la ley y al derecho—.

Se trata, según la doctrina, de un derecho fundamental y de una norma de procedimiento constitucional (Cfr. DAHS, *Das rechtliche Gehör im Strafprozess*, Munich-Berlín, 1965, págs. y ss.) de vigencia inmediata (Cfr. BAUR, en *Archiv. Pr.*, Vol. 53, págs. 393 y 395; HABSCHIED, *Der Anspruch auf Rechtspflege*, en *ZZP*, 67 (1954), pág. 197).

La Constitución de Nicaragua, de 1950:

(Título IV, "Derechos y garantías"):

"Art. 49. A nadie se puede privar del derecho de defensa."

La Constitución de Guatemala, de 2 de febrero de 1956.

(Capítulo I, "Garantías individuales", del Título IV, "Derechos humanos"):

"Art. 60. Es inviolable en juicio la defensa de la persona y de sus derechos."

La Constitución de la República del Ecuador, de 25 de mayo de 1967.

(Título IV, "De los Derechos, Deberes y Garantías"; Capítulo II, "De los Derechos de la Persona".)

"Art. 18. d) Nadie puede ser penado sin juicio previo, ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del juicio, ni de la facultad de ser oído el último."

La Constitución de la República Argentina vigente, de 25 de mayo de 1853.

(I Parte, Capítulo único, "Declaraciones, Derechos, Garantías"):

"Art. 18. "... es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos."

Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945.

(Título I, Capítulo I, "Deberes y derechos de los españoles".)

"Art. 19. Nadie podrá ser condenado sino en virtud de Ley anterior al delito, mediante sentencia de Tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado."

La doctrina "no discute ya, por fortuna, que la defensa sea o no un verdadero Derecho originario del Hombre, y que en su manifestación externa tiene toda la sociedad un interés directo" —dice SILVA MELERO (135)—; la asistencia procesal técnica, continua, tiene carácter de derecho individual insoslayable; el derecho a defenderse es "de carácter irrenunciable" (136) (137).

Ya hemos visto cómo hay excepciones a esta irrenunciabilidad, sin embargo, como concesión al sistema acusatorio que nunca cabría pensar en el marco del inquisitivo penal.

Más correctamente entendemos que debería calificarse a la defensa en el juicio penal, como una garantía que contribuye a asegurar el derecho de libertad individual (138) (entre otros varios, como lo son

(135) Cfr. SILVA MELERO, *Derechos de defensa ante el juez de instrucción*, en "Tres comunicaciones al III Congreso Internacional de Derecho Comparado que tendrá lugar en Londres del 31 de julio al 5 de agosto de 1950", en RDProc., 1950-III, págs. 407 y 409.

(136) Cfr. SILVA MELERO, ob. últ. cit., loc. cit.

(137) Para VIADA (*La ausencia del acusado en el proceso penal*, RDProc., 1962-III, pág. 137). No puede ser una obligación perfecta, si, como hemos visto es parcialmente renunciable en cuanto a su contenido.

(138) Cfr. por todos, FIX ZAMUDIO, *La protección procesal de las garantías individuales en la América latina*, en Rev. Iberoam. DPr. (Madrid), 1967-III, págs. 9 y ss.

los correspondientes al "habeas corpus" o a la "manifestación" aragonesa hasta fines del siglo XVI (139) (140) (141).

Estamos de acuerdo con que el concepto de garantía consiste en que "en las Declaraciones de Derechos hay una esquemática enume-

(139) Cfr. FIX ZAMUDIO, ob. cit.; sobre la Manifestación, FAJEN GUILLÉN, *Consideraciones sobre el proceso aragonés de "Manifestación de personas"* en relación con el "Habeas corpus" británico, en RDP., 1963-II, pág. 9 y ss.

(140) COUTURE (Cfr. *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en sus "Estudios de Derecho procesal", Buenos Aires, 1948, págs. 60 y ss.) hablaba de la "garantía de defensa en juicio, no sólo mediante actos de obtención (siguiendo a GOLDSCHMIDT), esto es, mediante peticiones afirmaciones, pruebas, sino también a través de actos constitutivos; convenios procesales, conciliación, transacción, declaraciones unilaterales de voluntad y participaciones de voluntad, diferentes de las anteriores en que la voluntad manifestada no tiene por qué coincidir con el efecto producido (allanamiento a la demanda, confesión, juramento). Véase que cerca estaba del proceso penal español.

La conformidad, constituiría, como acto dispositivo, una renuncia a la garantía de defensa más importante; a la de tomar parte en el juicio oral.

(141) La situación en España en cuanto a la calidad de derechos de los contenidos en el Fuero de los españoles de 1945, no es satisfactoria (Cfr. últimamente, TORRES BOURSALT, *Cara y cruz de los Derechos del Hombre*, en "Cuadernos para el diálogo" (núm. especial de diciembre de 1968, dedicado a los "Derechos Humanos y Democracia", págs. 20 y ss.), pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo es vacilante.

Así, la Sala VI (Social) del mismo, en un caso de despido, conflicto laboral colectivo, huelgas, ilegalidad, ha declarado que "los principios morales, religiosos o de derecho natural o internacional, aparte de su razonable imprecisión y de su obligado carácter admonitivo y no normativo, no son en sí mismos fuente jurídica en sentido propio que pudiera ser aplicable en instancia invocable en casación, sino fuente mediata, y en tal concepto, inspiradora de la normativa estatal, pero carentes de idoneidad para ser hechas valer ante los Tribunales, aunque su alegación se haga en conexión con normas positivas de referencia y enlace, como medio de entronque con aquellos principios, ya que los intermedios preceptos positivos de rango constitucional a que se alude para ensamblar en nuestro ordenamiento las normas extranacionales son enunciación de compromisos o de propósitos legislativos y no dirigidos al juez, sino al legislador para el dictado de futuras leyes en revisión, actualización y perfeccionamiento de las actuales, sin que por ello puedan vincular al órgano jurisdiccional en su genuina misión de aplicar el derecho positivo en su país".

(Nótese que esta S. no se refiere directamente al Fuero de los españoles, sino a la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento de 1968 y a la Ley Orgánica del Estado; no obstante, su influencia sobre la aplicabilidad de dicho Fuero, puede ser grave.)

(Sentencia de 18 de marzo de 1968, Rep. Ar., núm. 1.258.)

La Sala II (Penal), por su parte, ha declarado que "si bien el art. 12 del Fuero de los españoles (derecho de libertad de expresión) permite a éstos expresar libremente sus ideas, la condiciona (y en exacto según su texto, interpolamos nosotros) a que en el uso de este derecho no atenten a los principios fundamentales del Estado".

(Sentencia de 16 de febrero de 1968, Rep. Ar., núm. 953.)

Más claras son estas dos sentencias, también de la Sala II (Penal) del Tribunal Supremo:

No hay coacción al impedir que obreros y técnicos municipales entren en una casa alquilada a realizar obras "porque si bien impidió la entrada a

ración de derechos fundamentales, de ordenario, brevísima —tal la del art. 2.º de la Declaración de 1789: “La libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”— y todo el resto de sus artículos es una organización de garantías, ligadas en el fondo a cada uno de esos derechos. Es más, en la mayor parte de estos textos declarativos se suprime la enunciación de aquellos derechos, y éstos resultan reconocidos al darse el fundamento orgánico de las garantías que los han de proteger. Por consiguiente, las garantías institucionales no son ciertas formas artificiales de protección de unos derechos que no son fundamentales, sino que constituyen piezas decisivas de la vida social, en las que se dan importantes cruces de aquellos derechos” (142).

Refiriéndose concretamente el autor a quien citamos, al artículo 19 del Fuero de los Españoles (repr. supra. coincidente en mucho con toda una serie de Constituciones de otros países, también repr. en en el texto), comenta la frase, “previa audiencia y defensa del interesado”, en estos términos:

“Prevía audiencia y defensa del interesado.” “Ya que tenga que ser oído el inculpado requiere una formalidad procesal insoslayable.

técnicos y obreros lo efectuó por estar legítimamente autorizado, ya que el art. 13 del Fuero de los españoles de 17 de julio de 1945 establece que nadie podrá entrar en el domicilio de un español sin su consentimiento o con mandato de la autoridad competente y en la forma que establecen las leyes... la actitud negativa por el acusado observada no es la positiva que el precepto penal exige, máxime cuando la oposición era en el presente caso también ejercicio de un derecho que sólo debe ceder ante otro preferente reconocido y declarado por la autoridad competente”.

(Sentencia de 7 de octubre de 1961, Rep. Ar., núm. 3.351.)

Y de referencia muy interesante para nosotros, por rozar el tema de las conformidades:

Aun cuando el art. 655 de la Lecrim., a diferencia de lo que establecen los arts. 692 y 700 del mismo ordenamiento, no prevé el caso de que en las calificaciones se atribuya responsabilidad civil a persona distinta de aquella a quien se impute la criminal, no por eso puede prescindirse de la conformidad de dicha persona, y sin ella, considerarla como responsable civil subsidiario, porque ello “supondría la flagrante violación del art. 19 del Fuero de los españoles, que elevó al rango de norma institucional el antiguo principio de que nadie puede ser condenado sin su previa audiencia y defensa.”

(Sentencia de 14 de noviembre de 1964, Rep. Ar., núm. 4.810.)

Es evidente que si se llegare a instituir en el Tribunal Supremo español el organismo de las “Salas reunidas” que hemos propugnado, para conocer, entre otros asuntos, aquéllos en que una Sala se vea en el trance de haber de dictar una sentencia divergente de un criterio adoptado por la otra, estas lamentables discrepancias entre las Salas II y VI del T. S. no se hubieran producido (Cfr. sobre este tema, FAIREN GUILLÉN, *Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil de 1966*, Valencia, 1966, páginas 237 y s., y bibli. cit.; últimamente (enero de 1969), FAIREN GUILLÉN, *Informe de la Universidad de Valencia sobre el Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia*, comentario y sugerencias sobre su Base 13-3.

(142) Cfr. MARAVALL, *El proceso judicial penal como garantía política*, en “Información jurídica” (Madrid), núm. 49, 1947, pág. 17.

(Se está refiriendo al art. 1.º de la Lecrim., de fundamental significación política.)

Pero tengamos en cuenta que audiencia y defensa no son dos palabras de equivalente significación que se yuxtaponen con el fin de dar mayor realce e intensidad al concepto. Defensa en el procedimiento es mucho más que dejarse oír o tener posibilidad de ser oído el inculpado. La defensa supone el que se dé conocimiento al presunto reo de la acusación que se le imputa, que la imparcialidad del juzgador esté firmemente asegurada (143), que se le tome a aquél como persona en el juicio y no como simple objeto o medio para lograr el esclarecimiento de los hechos, que se le concedan amplias posibilidades en materia de prueba, que cuente con medios eficaces para defenderse, etc." (144).

Así, pues, el "derecho a la defensa", es un principio político del proceso penal, característico del sistema acusatorio; principio político fundamental, plasmado en las Constituciones.

Y el acusado, al "conformarse" de acuerdo con los artículos 655 o 688 y ss. de la Lecrim., dispone de ese derecho de defensa; procesalmente, pues inmediatamente, se dicta sentencia, suprimiéndose el juicio oral; materialmente, pues, las actuaciones procesales renunciadas están cargadas de contenido penal.

Esta disponibilidad del derecho a la defensa es limitada objetivamente (en cuanto al máximo de la pena a "conformarse" con su imposición) y subjetivamente (conurrencia de dos voluntades; la del defensor y la del verdadero titular de la defensa, del acusado) (145); extensible del defensor al acusado y recíprocamente (146). Si en abstracto, el derecho a la defensa es irrenunciable, en cada caso en concreto, y siempre que la pena solicitada por la acusación no exceda de los límites marcados por la Lecrim., el acusado puede renunciarlo.

¿Podrá tratarse de un derecho de defensa ejercitado negativamente (esto es, el acusado se defiende declarando que no quiere defenderse, orientando así su defensa) (147)?

En caso de admitirse esa posición podría pensarse, a lo sumo, que la "conformidad" supone un ejercicio negativo de la defensa de modo formal; pero sustancialmente declinada. Y es esta "declinación" la clave —que no la forma— de la figura, como formidable manifestación del sistema acusatorio.

14. Llegamos, pues, a la conclusión de que mediante la "conformidad del acusado" en el proceso español, aquél dispone del proceso y del contenido material del mismo, al menos en parte, siempre que esa

(143) Anotemos que pudiendo proponerse la recusación de los Magistrados que integren el Tribunal "en cualquier estado de la causa, pero nunca después de comenzado el juicio oral" según el art. 56 de la Lecrim., el acusado conforme, también dispone de su "chance" de recusar.

(144) Cfr. MARAVALL, ob. rit., págs. 10 y s.

(145) Interesante al respecto, CARULLI, *Il diritto di difesa dell'imputato*, Nápoles, 1967, esp. pág. 179.

(146) Cfr. CARULLI, ob. cit., pág. 73.

No hace referencia al proceso español.

(147) Interesante, también CARULLI, ob. cit., págs. 55 y s.

disposición no exceda de los límites penales cuantitativos fijados por la ley; que tal disposición lo es del "derecho a la defensa", el cual, a su vez, es una garantía constitucional.

He aquí cómo la influencia del sistema acusatorio llega, pues, hasta el mismo seno de la Constitución de los países (*).

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

La división en dos fases del proceso penal *

MARINO BARBERO SANTOS

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Murcia

1. La Asociación internacional de Derecho penal ha elegido como uno de los temas a debatir durante el X Congreso de Derecho penal que se celebrará en Roma del 29 de septiembre al 4 de octubre de 1969, precisamente éste: La división en dos fases del proceso penal.

No se trata de una cuestión inédita en la palestra de la discusión internacional, ya que desde el año 1951 ha sido objeto de estudio en varios seminarios o congresos de este carácter. Ello se debe, a nuestro juicio, a dos motivos. Ante todo, al entusiasmo de ciertos penalistas adherentes al movimiento de la moderna defensa social. La división del proceso en dos fases se halla, en efecto, en la línea de sus concepciones (1). También, a la importancia de la cuestión en sí, en el sentido de que la eventual acogida legislativa de la innovación produciría una transformación honda del ordenamiento procesal vigente en la casi totalidad de las legislaciones, que solamente sería posible a su vez sobre la base de una mutación no menos radical de los principios inspiradores de los respectivos sistemas jurídico-penales.

Parece, por estas razones, que las perspectivas que la institución tiene de *lege ferenda* son escasas. En cuanto en su raíz se encuentra una concepción jurídico-penal distinta de las hoy día generalmente imperantes. Eco de lo que decimos se observa en las reuniones internacionales citadas. Y de ello nos ocuparemos con alguna amplitud al final de nuestro estudio. El próximo Congreso de Roma puede ser en este sentido altamente clarificador.

Pero ¿qué se entiende por división del proceso penal en dos fases?

2. No puede afirmarse que reine acuerdo entre los mismos partidarios de la moderna defensa social acerca de cuál sea el contenido de cada una de las dos fases en que quedaría dividido el proceso penal. Las graves discrepancias que separan a las direcciones mo-

* Este estudio se dedica al insigne penalista P. Julián Pereda, como homenaje en su ochenta cumpleaños.

(1) Según GRAVEN, ésta es una de las reformas más interesantes por las que hoy aboga la defensa social. Véase: *Droit pénal et défense social*, en "Revue Pénal Suisse", 1955, pág. 32 (nota).

derada y extrema del movimiento (2) se exteriorizan también en este punto.

Para Gramática, por ejemplo, la primera fase del proceso consistiría en la *atribución del comportamiento*, es decir, en la verificación de las pruebas y en la decisión acerca de si una determinada persona se ha comportado realmente de aquella forma concreta que, de acuerdo con la ley, puede justificar la declaración de antisocialidad. En la segunda fase, de *apreciación de la antisocialidad*, se investigaría la personalidad del sujeto y se decidiría si la persona a quien se ha atribuido un comportamiento legalmente determinado es o no antisocial y debe ser o no sometida a las medidas de defensa social. Sólo en esta segunda fase, según Gramática, surgiría el problema de la "capacidad de entender y de querer", pero no como un elemento jurídico de la imputabilidad, sino como un elemento antropológico de la antisocialidad (3).

Para los partidarios de la dirección moderada, por el contrario, la división o "cesura" del proceso penal —"cesura" es un término tomado por Cornil del lenguaje poético que Ancel también manifiesta preferir—, consiste en una distinción entre la decisión sobre la culpabilidad y la decisión sobre la elección de la pena. El juez penal debe investigar en primer término el fundamento de la acusación o sea, si el procesado ha cometido un acto legalmente cualificado como crimen o delito, y si el autor es imputable. Es la fase que Ancel llama "proceso de culpabilidad". En la segunda fase, que denomina "proceso de defensa social", se enjuiciaría al hombre, sobre la base de la elección de una sanción penal apropiada a su situación y a sus características individuales (4).

La disparidad es tan grande que surgen serias dudas acerca de

(2) Desde el plano de la defensa social analiza esas discrepancias, ANCEL: *La défense sociale nouvelle*, 1966, 2.^a ed., págs. 121 y s. Es excelente el estudio crítico del movimiento de JIMÉNEZ DE ASÚA: *La nueva defensa social*, en "El Criminalista", 2.^a serie, tomo V, Buenos Aires, 1961, págs. 11 y s. Recientemente se ha ocupado con agudeza de la defensa social, ANTÓN ONECA: *Las teorías penales italianas en la postguerra*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1967, págs. 26 y s. Véase también, BERISTAIN: *Análisis crítico de la Nueva Defensa Social*, en "Libro Homenaje al doctor Serrano", Valladolid, 1965, II, págs. 93 y s.

(3) GRAMÁTICA: *Imputabilità-Imputazione e Atribuzione di condotta anti-sociale*, en "Rev. Intern. de Déf. Sociale", 1953, pág. 127. En 1955 CORNIL se planteaba el siguiente interrogante: Est-il possible de décider si un homme est coupable d'une action qui lui est reproché, sans savoir si on a affaire à un aliéné ou à un homme sain d'esprit? Y respondía: Je crois que cela est réalisable, mais nous sommes tellement habitués à voir l'expertise mentale précéder la condamnation que nous imaginons difficilement l'ordre inverse. CORNIL: *La césure entre la condamnation et le prononcé de la peine*, en "Rev. Pen. Suisse", 1955, pág. 235.

(4) ANCEL: *La césure du procès pénal*, en "Recueil d'études en hommage à Huguency", París, 1964, pág. 220. Del mismo: *La défense sociale nouvelle*, 2.^a ed., París, 1966, pág. 251. Del mismo: *Le rôle social du juge pénal*, en "Estudios in memoriam do profesor Dr. J. Beleza dos Santos", Boletim da Facultad de Direito de Coimbra, 1966, pág. 210.

si ya sobre este primer y básico punto podrá llegarse alguna vez a un acuerdo entre los sostenedores de la "cesura". Pues mientras para la dirección extrema de la defensa social en la primera fase se determinaría únicamente la materialidad de la infracción y en la segunda se analizaría la imputabilidad (estimada elemento antropológico de antisocialidad), para el ala moderada no sólo la imputabilidad (en el sentido de que el sujeto sea alienado o semi-enfermo mental), sino incluso el dolo o *intención*, "au sens traditionnel du mot" (que incluye la conciencia de la antijuricidad), deben analizarse en la primera fase (4a).

Hay también pareceres encontrados en lo relativo a la determinación del carácter facultativo u obligatorio de la "cesura". Una amplia corriente de la defensa social se inclina por otorgar a la división del proceso carácter voluntario. Ancel llega a decir que la "cesura" constituye una innovación verdaderamente útil siempre que sea el propio juez el que tenga la facultad de poder hacer uso de ella. El III Congreso internacional de Defensa social de Amberes, de 1954, no se atrevió, sin embargo, a seguir abiertamente este camino. Y después de haber reconocido que era oportuno otorgar carácter voluntario a la "cesura" se creyó obligado a añadir un inciso que limitaba de forma notable el alcance de la resolución. Este fue su tenor: Cada legislación podrá determinar en qué casos la "cesura" del proceso podrá ser impuesta de forma obligatoria, sea respecto a ciertos delinquentes determinados, sea en lo que atañe a la imposición de ciertas medidas especiales.

Otro aspecto esencial del problema que nos ocupa, y sobre el cual las opiniones dentro de la defensa social también divergen, es el relativo a la determinación de la jurisdicción competente en la segunda de las dos fases de que constará el proceso. Tres son las posturas: competencia de la misma jurisdicción que en la primera fase; competencia del juez de ejecución de penas; competencia de un organismo especial. La más moderada es la primera y la más radical la última, defendidas, respectivamente, entre otros, por Ancel y Cornil. Para Ancel debe mantenerse en esta segunda fase —la más importante, según él— el poder del juez, por decidirse en ella la suerte del sujeto, y porque pueden quedar afectados su libertad, sus derechos fundamentales y su personalidad profunda (5). Cornil, en cambio, prefería una comisión mixta, presidida por un magistrado y compuesta por pedagogos, sociólogos y médicos (6).

Los citados son los problemas más importantes, pero no los únicos, que la defensa social deja sin precisar. De algún otro se ocupa Ancel en el artículo *La césure du procès pénal*, al que ya nos hemos referido. Mas no agota la enumeración. A título ejemplificativo podrían mencionarse: posibles recursos contra las decisiones pronun-

(4a) ANCEL: *La césure du procès pénal*, cit., pág. 220.

(5) ANCEL: *La césure du procès pénal*, cit., pág. 223.

(6) CORNIL: *La césure*, en "Rev. Pen. Suisse", cit., págs. 237 y s.

ciadas al finalizar cada una de las fases; facultad por parte de la jurisdicción a la que compete la decisión en la segunda fase para rectificar en su caso —por disponer de un mayor número de datos— la tomada en la primera; composición del tribunal de apelación; plazo para pronunciar la segunda decisión; situación del “inculpa-do” de una a otra fase, etc.

3. La falta de acuerdo entre los penalistas que abogan por la “cesura” o división en dos fases del proceso penal acerca de su contenido y notas esenciales no es el único obstáculo que se opone a su eventual aceptación.

La “cesura” produce —incluso en la formulación moderada de Ancel— una transformación profunda de la ordenación procesal penal, en cuanto origina no ya la fractura del proceso, sino del propio juicio oral (7). No es por ello adecuado desde un punto de vista terminológico hablar de división en dos fases del proceso penal, aparte de que con esta denominación se olvida alguna otra fase, y no de escasa importancia, del proceso. Cornil y Ancel se han dado cuenta de ello, y en el comentario que ambos redactaron para la cuestión 2.^a del próximo Congreso de Roma se han referido, en términos más precisos, a una división “au stade du jugement” (8). La transformación pues que se originaría en el ordenamiento procesal penal de la mayoría de las legislaciones de admitirse la “cesura” sería radical. Se trataría, en cierto modo, de la acogida de un sistema similar al anglo-americano. Ancel ha subrayado incluso las conexiones con éste al emplear los términos de *conviction* y de *sentence* para denominar a cada una de las dos fases. Y ha argüido que la “cesura” no constituye una ruptura “brutale” con la tradición porque fue conocida ya por el Derecho clásico, y porque ella es la que ha mantenido en Inglaterra el sistema del jurado en su pureza y en su eficacia (9).

a) Tanto el argumento histórico como el de apelación al Derecho inglés no nos parecen en este caso demasiado afortunados. Es cierto que el sistema inglés de jurados fue acogido en gran número de países europeos, y de fuera de Europa, después de la Revolución francesa, pero por razones puramente políticas (10). E inmediatamente se comenzó a dudar de que sus principios jurídicos fueran practicables, en especial la separación entre el “aspecto fáctico” y el “aspecto jurídico” de la conducta delictiva, encomendado el primero a los jurados y el segundo al juez. Ya Feuerbach, en 1813, en sus *Betrachtungen*

(7) MICCICHE: *La divisione del processo penale in due fasi*, Precongresso Internazionale, Siracusa, 1969, pág. 3. escribe con acierto: Lo que se ha denominado “cesura” del proceso penal se resuelve más bien en una verdadera y propia fractura, en cuanto rompe la unidad del juicio que estimamos debe ser indivisible para una equilibrada valoración del delito y de la pena.

(8) En su comunicación al Precongreso de Siracusa, LORZS habla por ello de “Le due fasi del giudizio e della decisione: a) accertamento e qualificazione dei fatti, b) determinazione della pena”.

(9) ANGEL: *La césure*, cit., pág. 217.

(10) HENKEL: *Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch*, Stuttgart-Berlin-Colonia-Maguncia, 1968, 2.^a ed., pág. 57.

über das Geschworenengericht hizo ver agudamente que el veredicto del jurado "culpable" o "no culpable" no se limita sólo a la determinación fáctica de la conducta, sino que abarca también su valoración jurídica como delito, y constituye pues una cuestión mixta (11). Más tarde, no sólo la base jurídica del jurado, sino también la política, han sido sometidas a censura. Hoy la doctrina de todos los países es adversa a la institución. Se niega al jurado la condición de representante del pueblo y la de constituir un factor democrático en la función jurisdiccional, en cuanto no es elegido por el pueblo, ni son elegibles todos los que forman el pueblo. Se le objeta su falta de independencia —su sugestionabilidad— frente a poderosos grupos de presión social. Se pone en duda su capacidad para la función que desarrollan, en cuanto los jurados proceden de profesiones que exigen otras aptitudes anímicas, corporales y de preparación, etc. Y el sistema de jurados ha desaparecido de casi todas las legislaciones. De España (12), Italia, Yugoslavia, Rusia (13) y países hoy dentro de su área al convertirse en Estados totalitarios. De Alemania, el año 1924, de Francia por ley de 25 noviembre 1941 y ordenanza de 20 de abril de 1945, de Japón en 1943, etc. En el continente europeo la tendencia durante estos últimos años ha sido la de sustituir los jurados por escabinos, que se diferencian de los primeros por formar con los jueces parte del tribunal y por compartir con éstos tanto la responsabilidad de decidir acerca de los aspectos fácticos y jurídicos de la conducta delictiva como la de sentenciar. Pero no faltan tampoco críticas al escabinato (14).

(11) Cfr. HENKEL, ob. y pág. cit., nota.

(12) En España el juicio de jurados fue dejado en suspenso, pero no derogado, por decreto de 8 de septiembre de 1936. De acuerdo con la ley de 20 de abril de 1888, modificada por decreto de 22 de septiembre de 1931 y por ley de 27 de julio de 1933, el tribunal del jurado se compone de tres magistrados como jueces de derecho y de ocho jurados legos. Cfr. VIADA, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1964, III págs 14 y s.

(13) En Rusia los Principios legislativos sobre el Ordenamiento judicial de la URSS y de las Repúblicas federadas y autónomas, de 1959, prevén jurados populares —elegidos por un número determinado de años— igual que prevén jueces populares en los diversos niveles de la magistratura. El jurado, según RANIERI, se estructura y funciona en la URSS como instrumento del partido político en el poder. Véase RANIERI, *Problemi della corte d'assise*, en "La Scuola Positiva", 1963, reproducido en "Scritti e discorsi varii", Milán, II, 1968, pág. 239.

(14) BAUR, *Laienrichter-heute?*, en "Tübinger Festschrift für E. Kern", Tübinga, 1968, págs. 49 y s. HENKEL, ob. cit., págs. 57 y s. y 128 y s. WILLIAMS, *The proof of Guilt. A study of the English Criminal Trial*, Londres, 1963, 3.ª ed., págs. 254 y s. Según RANIERI (*Problemi*, cit., 1968, pág. 239), el jurado es "istituzione venerabile ma da ritenere ormai superata in Italia. Anzi protrebbe dirsi che è contro il tempo sostenere oggi la rinascita nel nostro Paese...". MUELLER, Edgar Jacques, *Die heutige Bedeutung der Schwurgericht in der Schweiz*, en "Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft", Neue Folge, Heft 209 (1957), pág. 128: "Das Schwurgericht in seiner klassischen Form in absehbarer Zeit aus unserer Rechtspflege verschwunden sein wird". VOUIN, *La question du jury*, en "Rev. Science Crim. et Dr. Pen. Comp", 1955, pág. 503, etc. La Sección 2.ª del Congreso de Defensa social de Amberes se

b) En la eficacia del jurado inglés, por otra parte, creen más los juristas no insulares que los propios ingleses. Se comprende, porque aquella convicción no se apoya en una base objetiva. Una observación atenta de la realidad muestra que el sistema del jurado pierde terreno en Inglaterra. Los datos son concluyentes. La generalidad de las figuras delictivas que el Parlamento crea las considera "summary offences" y en consecuencia su conocimiento corresponde directamente a los magistrados, o al menos puede corresponderles éste si el reo hace uso de la posibilidad de opción que se le concede. Pero es que incluso la gran mayoría de las infracciones más graves ("indictable offences") (15), que en principio corresponden a la competencia del jurado, son juzgadas hoy día "summarily" por el magistrado: v. gr., la casi totalidad de los crímenes cometidos por jóvenes de los que conocen actualmente los tribunales de menores, y gran número de infracciones "indictable" cometidas por adultos, en el caso de que el reo consienta en ello. La policía, los jueces y el Parlamento favorecen este proceso (16).

La realidad es que aproximadamente el 84 por 100 de las "indictable offences" son ahora juzgadas "summarily" y sólo el 16 por 100 llegan ante el tribunal del jurado. Si se hace la comparación entre las dos clases de procesos mencionados se obtiene el resultado aún más sorprendente, son palabras de Glanville Williams, de que en 1961, por ejemplo, sólo el 3 por 100 de los reos fueron transferidos previo "indictment" al tribunal del jurado. De este porcentaje hay que deducir los procesados que se declararon culpables y se sustrajeron así a la intervención del jurado. ¿Cuál es la consecuencia? Que muchos años la proporción de reos juzgados por el tribunal del jurado excede en poco del 1 por 100 (17).

Este claro proceso de traslado de la mayoría de las causas criminales de la competencia de jurados legos a la de jueces togados constituye, según Williams, un expresivo voto de confianza en la magistratura, "if it is not also a vote against the efficiency of the jury system" (18).

hizo eco de esta situación manifestando, en la resolución segunda, que parte de las objeciones formuladas contra la "cesura" "tiennent à l'organisation actuelle des juridictions et spécialement à la présence du jury".

(15) *Indictable offences* son las infracciones de mayor gravedad que deben ser juzgadas, en principio, por el tribunal del jurado previo *indictment* o acusación.

(16) WILLIAMS, ob. cit., págs. 301-302.

(17) WILLIAMS, ob. cit., pág. 302.

(18) WILLIAMS, ob. cit., pág. 303. Sobre la base del sistema norteamericano, MUELLER y BESHAROV abogan —en su estudio en multicopista y sin fecha *Bifurcation of criminal proceedings in the United States* (págs. 62 y s., principalmente)— por la introducción en Europa del proceso bifásico. Sus dos ventajas fundamentales son: a) Impedir que, conocidos el carácter y antecedentes del reo se puedan obtener conclusiones erróneas acerca de su culpabilidad, b) garantizar la inviolabilidad de la esfera privada del individuo mientras no se haya declarado su culpabilidad. Los mismos autores reconocen empero que la primera pretendida ventaja del sistema norteamericano desapa-

4. El proceso penal bifásico presupone una determinada concepción jurídico-penal, de la cual es consecuente corolario. Y esa concepción es la de la nueva defensa social. El mismo Ancel lo reconoce expresamente. La "cesura", escribe, aparece como una exigencia nueva de un derecho penal ampliamente impregnado de las ideas de prevención, de reintegración y de individualización (19), y subraya que no puede dar "ses résultats véritables que si l'on se place dans la perspective qu'il faut bien appeler celle de la justice pénale de défense sociale?" (20). Totalmente de acuerdo. Y aún nos permitimos añadir que estimamos que únicamente dentro de la perspectiva de la nueva defensa social la "cesura" puede tener sentido. O lo que es lo mismo, que los juristas o las legislaciones que partan de unas premisas jurídico-penales distintas han de rechazar lógicamente la "cesura" como un elemento extraño, inconciliable con sus concepciones fundamentales sobre la culpabilidad y la pena.

Según el Programa mínimo de la defensa social, fin verdadero del Derecho penal no es otro que la protección de la sociedad y de sus miembros contra la criminalidad. Y en los Estatutos de 6 de abril de 1956 se hizo constar que el sistema de defensa social, teniendo en cuenta los factores que concurren en el acto antisocial y las posibilidades de resocialización de su autor, tiende tanto a proteger a la sociedad contra los delincuentes como a preservar al individuo de delinquir o de recaer en la delincuencia. La eficacia de la reacción social se hace depender de una auténtica individualización (21) sobre la base de la resocialización del delincuente, que deviene la noción esencial de la política criminal del movimiento (22). No hay nada que objetar a que sobre este presupuesto se propugne la creación de una segunda fase en el proceso destinada a elegir la sanción penal adecuada a la situación y a las características individuales del sujeto. Pero si a la pena se le otorgan también otras finalidades u otra naturaleza, si la pena debe satisfacer ante todo exigencias retributivas, resulta absolutamente inconsecuente con estos fines la existencia de una segunda fase en el proceso penal en la cual la culpabilidad ya no será tomada en cuenta. Al prescindirse de la culpabilidad en el momento de la sentencia se imposibilita el cumplimiento del fin retributivo de la sanción penal.

rece en la práctica, en cuanto en los Estados Unidos se permite investigar en la fase del juicio oral, en casos excepcionales, acerca del carácter y los antecedentes del sujeto, y precisamente en los mismos casos en los que los tribunales europeos suelen ordenar la citada investigación. Respecto a la segunda supuesta ventaja puede argumentarse que la división del proceso no siempre garantiza la inviolabilidad de la esfera privada en la fase instructoria o de juicio oral, siendo numerosos los ejemplos en ese sentido.

(19) ANCEL, *La cesure*, cit., pág. 212.

(20) ANCEL, *La cesure*, cit., pág. 224.

(21) CHAZAL-ANCEL, *Introduction a Les enfants et adolescents socialement inadaptés*, París, 1958, pág. 7.

(22) Véase por todos: ANCEL, *Une définition de la Défense sociale?*, en "Rev. Science Crim. et Dr. Pen. Comp.", 1956, pág. 450.

Ahora bien, es un hecho cierto que para gran número de ordenamientos jurídicos y para una parte no despreciable de la doctrina de muy diversos países a la pena le es inherente la finalidad retributiva, sea como fundamento o como fin único, sea como componente de una más amplia gama de funciones (23). Y esto no sólo en el continente europeo o en países iberoamericanos, sino, lo que en principio pudiera parecer extraño, en la misma Inglaterra. Rico de enseñanzas es un artículo reciente del profesor Smith, de la Universidad de Nottingham, sobre la elección de la pena por los tribunales superiores ingleses. La infracción, escribe, ha sido considerada tradicionalmente en el *common law* como una falta moral merecedora de castigo (Blackstone, Denning) y esta concepción influye aún hoy en la elección de la pena. La misión del juzgador es la de hacer justicia, y con frase del juez Lord Asquith "es uno de los principios fundamentales de la justicia... que la pena sea proporcionada a la culpabilidad". De hecho, los tribunales de apelación ingleses modifican "sentences" si estiman que hay desproporción entre la infracción cometida y la pena pronunciada. Los jueces parten del postulado de que existe una pena apropiada para el delincuente que ha cometido una infracción determinada. La pena es "apropiada" no por asegurar su enmienda o por impedir, a él o a otros, cometer nuevas infracciones, es apropiada si es proporcionada a la iniquidad moral de la infracción. Aunque los jueces vacilan en emplear esta palabra, se trata, en efecto, afirma Smith, de "retribución" (24).

(23) A título simplemente ilustrativo, por no ser éste el lugar adecuado para ofrecer una amplia bibliografía sobre el problema a que nos referimos en el texto, nos permitimos remitir, respecto a Alemania: JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*. All. Teil, Berlín, 1969, págs. 49, 560 y s. Sobre los principios del nuevo Proyecto oficial alemán, véase: BARBERO SANTOS, *La reforma del codice penale germanico*, en "La Scuola Positiva", 1961, pág. 283. También el reciente Proyecto alternativo (*Alternativ-Entwurf*) parte del principio de culpabilidad por el hecho (parágrafos 2 y 59), lo cual, según uno de sus redactores, le aleja de un Derecho penal de pura prevención especial al estilo del postulado por la defensa social (BAUMANN, *Was erwarten wir von der Strafrechtsreform?*, en "Tubinger Festschrift für E. Kern", Tubinga, 1968, pág. 33). Respecto a Argentina: SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1963, II, pág. 344. NÚÑEZ, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1965, 2.ª ed., pág. 347, y el notable volumen *Jornadas de Derecho penal (Buenos Aires 22-27 de agosto de 1960)*, Buenos Aires, 1962, págs. 95 y s. Respecto a Chile: NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho penal Chileno*, II, Santiago de Chile, 1966, pág. 313. Respecto a Italia: ANTÓN ONECA, *Las teorías penales italianas*, cit., págs. 17 y s. Respecto a Portugal: CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito penal*, Lisboa, 1961, págs. 119 y s. CORREIA, *Direito criminal*, Coimbra, 1965, I, págs. 39 y s. SOUSA E BRITO, *Direito criminal*, Lisboa, 1963, II, págs. 5 y s. (ed. en policopia). La generalidad de la doctrina española, por último —JIMÉNEZ DE ASÚA, ANTÓN ONECA, CUELLO, QUINTANO, BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, JIMÉNEZ HUERTA, etc.—, parte de premisas retributivas.

(24) SMITH, *Le choix de la peine dans les tribunaux superieurs en Angleterre*, en "Rev. Science Crim. et Dr. Pen. Comp.", 1966, pág. 49. Según CROSS y JONES, *An Introduction to Criminal Law*, Londres, 1959, 4.ª ed., página 376, los tres fines principales de la pena son la retribución, intimidación y enmienda.

5. Del 3 al 5 de diciembre de 1951 se celebró en Bruselas un Seminario, organizado por las Naciones Unidas y bajo la presidencia de Cornil, sobre examen médico-psicológico y social de los delincuentes. Tanto la propuesta en favor de la conveniencia de obtener la máxima información posible sobre el imputado, incluso si parece "normal", como la de separar el examen científico del sujeto de la investigación judicial (destinada ésta a establecer la culpabilidad del acusado y aquél a decidir cómo debe ser tratado), chocaron con viva resistencia. A la primera se opuso abiertamente una de las secciones del Seminario: "It met with the strongest opposition in the judicial section", nos relata Cornil (25). Sobre la segunda el Dr. Baan hizo ver lo difícil que resulta en la práctica separar totalmente ambos procesos, ya que para conocer la personalidad del sujeto es necesario en muchos casos saber si cometió o no la conducta delictiva que se le imputa, y, en otros, sólo se puede llegar a determinar la responsabilidad del sujeto si se conoce su personalidad y ambiente.

La sección 2.^a del III Congreso internacional de defensa social, celebrado en Amberes del 20 al 24 de abril de 1954, se ocupó, bajo la presidencia de Ancel, de la escisión del proceso penal en dos fases. Relatores generales fueron Strahl y Levasseur, que presentaron unas brillantes ponencias. La discusión mostró, una vez más, por enfrentarse concepciones jurídico-penales y procesales opuestas, la imposibilidad de lograr una mínima base de asenso. Eliane Liekendael nos ha descrito sin ambages la situación en el propio *Bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale* (1954, pág. 10); El problema de la división del proceso en dos fases, espinoso como pocos, dio lugar a debates del más vivo interés, pero en los que se enfrentaron opiniones tan radicalmente divergentes sobre cuestiones de principio que surge la duda de si será posible llegar alguna vez a conciliarlas. Y añade, si se tiene en cuenta que en la sesión de clausura numerosos participantes se abstuvieron de votar las resoluciones relativas a la 2.^a sección, es obligado admitir que el problema se encuentra aún lejos de estar resuelto (26).

El segundo tema —la división del proceso penal en dos fases— del próximo congreso de Roma de la Asociación Internacional de Derecho Penal, ha merecido dos reuniones preparatorias de estudios. La primera se ha celebrado en Estocolmo del 29 al 31 de agosto de 1968, y a la misma han asistido una quincena de penalistas, Schwartz, Andenaes, Graven, Bouzat, Cornil, Mueller, Strahl, Conso, etc. La

(25) CORNIL, *Introduction* al número 3 de la "International Review of Criminal Policy", 1953, pág. 5, dedicado al Seminario.

(26) La sección médica de la delegación italiana en el Congreso (profesores MACAGGI y CANEPA) estimó en su relación que, "desde el punto de vista médico, nos parece inoportuno la escisión del juicio en dos fases; la evaluación del hecho delictivo no debe separarse de la personalidad de su autor y viceversa. Las dos investigaciones deben efectuarse simultáneamente, tanto durante la instrucción como durante el proceso". Cfr. "Bulletin de la Société Intern. de Défense Sociale", 1954, pág. 49.

segunda, en Siracusa, en enero de este año. Las dos notas quizá más importantes del Coloquio de Estocolmo han sido: 1.º Corroborar la dificultad de conciliar las dispares concepciones existentes sobre el tema del proceso bifásico (27), y 2.º Confirmar el desvío de Cornil —antes uno de los más apasionados y cualificados defensores del proceso penal en dos fases— de sus antiguas convicciones.

Cornil manifestó abiertamente su separación de la “cesura” en un artículo que salió a luz en 1966 en el libro homenaje a la memoria del profesor Beza dos Santos. Parte Cornil en este artículo de que el proceso penal está cada vez más influenciado por concepciones análogas a las que presiden el tratamiento de los delincuentes. Y pone como ejemplos el Código procesal penal francés de 1958 que ha introducido una “enquête de personnalité” desde la fase sumarial (28). La ley belga de 29 de junio de 1964, que prevee en algunos casos la posibilidad de dejar en suspenso el pronunciamiento de la condena una vez comprobada la culpabilidad del sujeto. Y la ley también belga de 1.º de julio de 1964 (que modifica la de defensa social de 1930), que permite pronunciar la decisión sobre el internamiento bajo una forma absolutamente indeterminada (29). Estos ejemplos, según Cornil, revelan un desmoronamiento de la noción de pena basada únicamente en la prevención general. Y el convencimiento de que estas innovaciones legislativas se hallan en la línea de una evolución de carácter más general obligará a prescindir del proceso bifásico. Si la prevención general tiende a convertirse en un tratamiento individualizado, la “cesura” —que no era otra cosa que un expediente para hacer vivir en paz dos elementos antagonicos— no tendrá ya razón de ser y habrá que instaurar una modalidad única de procedimiento penal que abarque en un conjunto coherente el juicio y el tratamiento del delincuente (30).

El Precongreso de Siracusa, magníficamente organizado por el Grupo italiano de la Asociación internacional de Derecho penal, ha tenido lugar del 25 al 28 de enero de 1969, con asistencia de más de 200 penalistas de 15 países. Los temas de que se ha ocupado han sido: la división en dos fases del proceso penal y la extradición. Sobre el primero expuso al relación introductoria —de la cual era autor en colaboración con el Dr. Barletta Caldarera— el magistrado

(27) Véase CUCCHIARA, *Note per il Precongresso di Siracusa sui risultati del Colloquio di Stoccolma*, addenda a BARLETTA CALDARERA-CUCCHIARA, *La divisione del processo penale in due fasi*, Precongresso Internazionale, Siracusa, 1969, pág. 2.

(28) Sobre el examen médico psicológico y social, trascendente innovación del art. 81 del nuevo Código de procedimiento penal francés, véase VOÛIN, *L'individualisation de la répression dans le Code de Procédure pénale*, en “Rev. Science Crim. et Droit Pénal Comparé”, 1959, págs. 291 y s. ROCHE, *L'expertise médicale dans le nouveau Code de Procédure pénale*, misma Rev. y año, páginas 665 y s.

(29) CORNIL, *Declin de la cesure dans le procès pénal*, en “Estudos in memoriam” do prof. doutor José Beza dos Santos, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1966, págs. 224 y s.

(30) CORNIL, *Declin de la cesure*, cit., págs. 225 y s.

de Catania, Dr. Cucchiara. La relación de sistesis fue obra del profesor Conso, que había presentado una comunicación conciliadora.

Barletta y Cucchiara partieron en su ponencia de que a la pena es inherente una multiplicidad de fines y después de aludir a que quizá no sea extraño al tema fijado por la Asociación internacional de Derecho penal la idea de acabar formal y prácticamente con la pena para sustituirla por una determinada modalidad de tratamiento, reafirmaron la "insopprimibile esigenza della pena". Era lógico que con estas premisas se declaran adversarios del sistema bifásico, resultado al que les ha conducido también el análisis del proceso psíquico por medio del cual el juez, después de escuchar al imputado y a los testigos, logra una reconstrucción propia de los hechos y de su valoración (31).

Conso, por su parte, ha pretendido en su propuesta —en cuya elaboración ha intervenido una comisión integrada entré otros por De Mattia, Malinverni, Pedrazzi, etc.— conciliar los dos sistemas mono y bifásico del proceso. ¿Por qué medio? Por la única vía que ha estimado hacedera: la de prever alternativamente, según los casos, la adopción de una u otra clase de proceso. Rechaza Conso la solución de confiar al legislador la determinación de las respectivas hipótesis, salvo en lo que afecta a los delitos más leves, para excluirlos *a priori* de la posibilidad del proceso bifásico. En todos los demás delitos corresponderá al juez que conozca de la causa el determinar si en el momento de la decisión sobre el hecho dispone de elementos suficientes para pronunciar una sentencia conjunta, o sólo para pronunciarse sobre el hecho, dejando para un segundo momento el precisar el tratamiento. Únicamente en este segundo supuesto se desdoblara el proceso, es decir, cuando la personalidad del sujeto no resultase "compiutamente delineata" en el momento de decidirse sobre el hecho. A Conso le basta con que en la segunda fase sea competente el mismo órgano que en la primera, sin exigir la identidad física del juzgador, pero estima necesario que la segunda fase finalice a más tardar dos meses después de pronunciada la sentencia parcial (32).

Numerosos participantes en el Precongreso de Siracusa no se sentían inclinados a compartir siquiera la posición conciliadora de Conso. Por ello, la resolución final —aprobada con dos votos tan sólo en contra, lo que muestra que reflejó la postura de los congresistas— viene a significar una línea media entre la tesis conciliadora de Conso y la que rechaza el proceso en dos fases; o sea, que es aún más desfavorable para el proceso bifásico que aquélla, sobre la base de que en Siracusa, por tratarse de un precongreso, no era dable inclinarse por decisiones radicales, sino únicamente ofrecer un posible punto de partida para la amplia discusión que sobre el tema habrá de sostenerse en septiembre en Roma.

(31) BARLETTA-CUCCHIARA, *La divisione del processo penale in due fasi*, cit., *passim*.

(32) CONSO, *La divisione del processo penale in due fasi*, Precongresso internazionale, Siracusa, 25-28 gennaio, 1969, *passim*.

Este fue el tenor de la resolución citada:

El Precongreso internacional de Derecho penal de Siracusa, reafirmando la necesidad de que la sanción penal responda al triple fin de la retribución, de la prevención y de la reeducación, y de que, en la aplicación de la pena, el juez tenga en cuenta —para elegir e individualizar de forma adecuada la sanción— no solamente la gravedad del hecho, sino también la personalidad del culpable; estima que la posibilidad de prever una división del proceso en dos fases sólo es concebible en el caso de que el juez, a causa del limitado período de tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la sentencia, no se encuentre en condiciones de realizar una investigación profunda, en particular en lo que afecta al carácter del culpable.

En esta limitada perspectiva, el Precongreso emite el voto de que en un eventual proceso en dos fases se garanticen:

1. La inmutabilidad del juez en las dos fases.
2. El transcurso de un período de tiempo lo más breve posible entre el fin de la primera fase del proceso y el comienzo de la segunda, la cual se destina a estudiar de forma completa la personalidad del imputado.
3. La posibilidad de acudir, en la segunda fase, a la colaboración de especialistas.
4. Adecuadas garantías para la defensa, en la segunda fase del proceso.
5. La obligación de fundamentar minuciosamente la sentencia condenatoria, también en lo que afecta a la personalidad del culpable (33).
6. Reafirmada en el preámbulo de la resolución que acabamos de transcribir la necesidad de que la pena satisfaga a una multiplicidad de fines, era lógico que las posibilidades que se otorgasen al proceso bifásico fuesen muy limitadas; a pesar de que en la resolución se subraye asimismo la necesidad de tomar en cuenta la personalidad del culpable en la aplicación de la pena.

En la segunda parte del mencionado preámbulo se han tenido presentes aquellos casos en los cuales el juzgador debe pronunciar la sentencia dentro de unos plazos perentorios y bajo ciertas condiciones. V. gr., los supuestos que en el ordenamiento procesal italiano se juzgan por el procedimiento especial denominado “giudizio direttissimo”, que se caracteriza por prescindir de la fase de instrucción e iniciarse inmediatamente con el juicio oral. Las disposiciones que regulan el “giudizio direttissimo” han sido dictadas, según Ranieri, en consideración más que a la evidencia de la prueba, a la celeridad —al carácter ejemplar— con que se desea llegar a la decisión (34).

(33) La Comisión científica que redactó la resolución estaba compuesta por los profesores Siracusano (presidente), Visky (Budapest), Feller (Jerusalén), Barbero Santos (Murcia), Petoello Mantovani (Camerino) y Mueller (Nueva York) y por los magistrados italianos Icardi, Cucchiara y Finocchiaro.

(34) RANIERI, *Manuale di Diritto processuale penale*, Padua, 1965, 5.^a ed., páginas 404 y ss.

Pero si lo que se pretende con estos procesos sumarios es ante todo un fin de ejemplaridad, mal se acomoda este fin —que encuentra su expresión en el momento de dictarse la sentencia condenatoria— con una demora en el pronunciamiento de esta sentencia hasta que se conozca suficientemente la personalidad del sujeto. Salvo que la ejemplaridad a que se aspira pueda lograrse con la sola determinación de la culpabilidad. Lo que parece dudoso.

En cualquier caso únicamente dentro de esta limitada perspectiva se ha inclinado el precongreso de Siracusa por un eventual proceso en dos fases, supeditándolo a su vez a una serie de requisitos, entre los cuales parece oportuno mencionar la exigencia de la inmutabilidad del juez en las dos fases del proceso. Con esta exigencia, empero, ha terminado por reconocer la importancia que otorga a la “unidad” valorativa de las dos fases, o, lo que es lo mismo, a lo que en ellas se decide, la culpabilidad y la personalidad del sujeto. Con lo cual, a nuestro modo de ver, ha llegado a un resultado que es exactamente el contrario del que pretende la institución de la “cesura”.

Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios (*)

FRANCISCO BUENO ARUS
Letrado del Ministerio de Justicia
Profesor de Derecho penal de la
Universidad de Madrid

SUMARIO: I. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: GENERALIDADES. 1. Carácter fundamental. 2. Finalidad. 3. Juridicidad. 4. Unificación. 5. Internacionalización del régimen penitenciario.—II. SISTEMAS PENITENCIARIOS. 1. Sistema progresivo: grados. 2. Crisis del sistema progresivo. 3. Prisiones abiertas. 4. Noción de "tratamiento". 5. Tratamientos especiales.—III. ESTUDIO DE LA PERSONALIDAD DEL RECLUSO. 1. Observación penitenciaria. 2. Clasificación. 3. Psicoterapia de grupo.—IV. MEDIOS DE TRATAMIENTO. 1. Generalidades. 2. Religión. 3. Instrucción y educación. 4. Cuidados físicos. 5. Trabajo. 6. Empleo del tiempo libre. 7. Relaciones con el exterior.—V. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. 1. Centralización o descentralización. 2. Funcionarios. 3. Arquitectura penitenciaria.—VI. ASISTENCIA NO INSTITUCIONAL. 1. Probation. 2. Párole. 3. Instituciones asistenciales.—VII. CRISIS DE LA PENA DE PRISIÓN.

I. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: GENERALIDADES

1. CARÁCTER FUNDAMENTAL

Las penas de privación de libertad ocupan el lugar principal en el catálogo de penas judicialmente aplicables a partir de finales del siglo XVIII (Ilustración, Revolución francesa), indiscutible tras la supresión de la pena de galeras (que a su vez había sido el gran sustitutivo de la pena capital en la Edad Moderna). La simple privación de libertad como pena coexiste con las de deportación a colonias y trabajos forzados (utilitarismo) durante todo el siglo XIX,

(*) Estas páginas constituyen el núcleo de una conferencia pronunciada en la Universidad de Madrid los días 22 y 29 de abril de 1966. Actualizadas con bibliografía posterior, han sido redactadas para su inclusión en el Libro homenaje dedicado al profesor JIMÉNEZ DE ASÚA, maestro insuperable en Derecho penal de cuantos, después de él, vienen dedicándose a la misma disciplina.

a la vez que se va adquiriendo paulatinamente conciencia de que su ejecución ha de concebirse como un sistema, como un tratamiento, y los medios de que se dispone (establecimientos, personal, actividades) se orientan y se perfeccionan con arreglo al sistema.

El poderoso influjo de la Escuela Positiva hace que se tengan en cuenta la Ciencia y la Técnica criminológicas, en las reformas penitenciarias que se llevan a cabo después de la I Guerra Mundial. También por esta época se consuman la separación entre el enjuiciamiento y el tratamiento de los menores, y el de los adultos, en los países europeos. El menor "queda al margen del Derecho penal" (CUELLO CALÓN). La II Guerra Mundial representa un paréntesis notable en la evolución del Derecho y la Ciencia penitenciarios. Las secuelas de la guerra y de los campos de concentración se harán notar durante algún tiempo, v. gr., en la preferencia que se da a la misión de vigilancia sobre las demás funciones penitenciarias, pero también es verdad, como se ha observado, que, al haber conocido tanta gente las prisiones durante la contienda, la cuestión penitenciaria adquiere notable difusión y popularidad, y los Parlamentos, juntamente con los Gobiernos, comienzan a interesarse por el desarrollo de los sistemas penitenciarios. Desde 1945 el progreso (al menos, legislativo y doctrinal) ha sido constante.

2. FINALIDAD

Aunque jamás han podido deslindarse de modo radical los fines de prevención y retribución en la teoría de la pena (1), el Derecho penal clásico ponía el acento fundamentalmente en la retribución, y su influjo permanece todavía en los Códigos penales, los cuales señalan las penas atendiendo a la gravedad de los delitos. El movimiento penitenciarista iniciado en el siglo XVIII (HOWARD) y la Escuela correccionalista asignaron a las penas una finalidad de prevención especial (corrección del delincuente). La Escuela positiva se inclinó en los primeros momentos por la prevención entendida como eliminación ("la idea del criminal nato hacía desconfiar de la corregibilidad de los criminales", dice ANTON ONECA), pero más adelante prevaleció también en ella la consideración de la prevención especial como readaptación social del delincuente.

Los tratadistas contrastan esta etapa con la siguiente: el Derecho penal autoritario, durante la cual la pena es sobre todo instrumento de defensa social, concepto en cuya fijación no se escatiman criterios discriminatorios, esto es, políticos. Después de la II Guerra Mundial, las diversas escuelas y directrices vuelven a considerar universalmente que el fin de la pena de privación de libertad es, ante todo, la corrección, la reforma, la reeducación, la reinserción social del de-

(1) Me parece interesante considerar despacio lo que sobre el particular expone STAMPA BRAUN en *Las ideas penales y criminológicas de L. A. Séneca*, Universidad de Valladolid, 1950, *passim*.

lincente. (Sin que ello quiera decir que se ignore que hay personas no corregibles, y que para éstas la pena no puede cumplir otra finalidad que la intimidación, y aun se llega a la eliminación radical en los países que mantienen la pena de muerte.) Estas ideas aparecen en todos los Reglamentos penitenciarios, a veces en una evidente falta de armonía con la orientación de los Códigos penales. Valga como ejemplo el artículo 1.º del Reglamento de los Servicios de Prisiones español de 1948 ó 1956 (vigente): “Las instituciones penitenciarias tienen por objeto no sólo la retención y custodia de detenidos presos y penados en orden a la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, sino también, y primordialmente, a realizar sobre ellos una *labor reformadora*, con arreglo a los principios y orientaciones de la Ciencia penitenciaria.”

En ocasiones, la finalidad correccional de las penas adquiere rango constitucional. El famoso artículo 27 de la Constitución italiana de 1947 (comentado por el profesor DELL'ANDRO, en su trabajo *Crisi e avvenire della pena carceraria*) dispone: “La pena no puede consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y debe tender a la reeducación del condenado.” Y el artículo 124 de la Constitución portuguesa de 1933: “Para prevenir y reprimir los delitos se adoptarán penas y medidas de seguridad que tengan por finalidad la defensa de la sociedad y en lo posible la readaptación social del delincuente.” Más moderada es la Constitución argentina, artículo 18: “La cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...”

3. JURIDICIDAD.

Entre las diversas garantías jurídicas que constituyen manifestaciones del principio de legalidad en Derecho penal, recoge CUELLO CALÓN la que denomina *garantía ejecutiva*: las penas se ejecutarán del modo previsto en las leyes y reglamentos (artículo 81 del Código penal español).

Las penas privativas de libertad constan, según M. E. MAYER, de dos elementos: *duración e intensidad* (entendiendo por ésta el grado de aislamiento, el tratamiento que recibe el penado, la disciplina a que está sometido, etc., es decir, la ejecución). Los Códigos se refieren, por supuesto, a la duración de las penas, pero contienen escasas normas sobre la ejecución, “y, sin embargo, esta última es tan importante o más que la primera para el valor aflictivo del castigo y la realización de los fines de la pena, no obstante lo cual queda su regulación a merced de Reglamentos u otras disposiciones administrativas de menor jerarquía” (ANTÓN), por ejemplo, Ordenes ministeriales o Circulares del organismo central de la correspondiente Administración penitenciaria.

Ello ha dado lugar a que sea cuestionable la naturaleza de estas normas jurídicas: a) Para unos, es Derecho procesal, puesto que se refiere a la ejecución de las penas (GÓMEZ ORBANEJA). b) Para otros,

es Derecho administrativo, puesto que se trata de normas que regulan la organización y funcionamiento de la Administración Pública (posición mantenida por los administrativistas). c) Los penalistas (BERNALDO DE QUIRÓS, JIMÉNEZ DE ASÚA, RIVACOBIA) incluyen el Derecho (o Legislación) penitenciario dentro del Derecho penal. d) NOVELLI proclamó la autonomía didáctica, científica y jurídica del Derecho penitenciario en un artículo titulado: *L'autonomia del Diritto penitenziario* (1933), y ha tenido seguidores. La autonomía jurídica resultaría de su objeto: "constituido por un conjunto de normas especialmente dedicadas a regular la ejecución de penas y medidas de seguridad. Esta ejecución da lugar a una relación jurídica, en la cual, si de un lado está la facultad del Estado para exigir el cumplimiento de la condena, de otro, y en virtud de la autolimitación que el Estado impone a su poder, están los derechos del condenado a no sufrir la ejecución en otra modalidad que la establecida en la norma jurídica".

Ciertamente, la idea de fundar el Derecho penitenciario sobre una relación jurídica *sui generis*, la relación jurídica penitenciaria, puede ser fecunda, dado el criterio aún vigente de concebir las diversas ramas del ordenamiento jurídico como regulaciones de relaciones jurídicas específicas. Con todo, no puede decirse que la cuestión de la autonomía del Derecho penitenciario haya sido satisfactoriamente resuelta por la doctrina. Lo que sí ha desarrollado ésta por extenso es la teoría de los derechos de los reclusos, en particular los autores de lengua francesa.

"Parece natural que, una vez declarados los derechos de los condenados a no sufrir la pena sino con las modalidades jurídicamente establecidas, se procure la garantía de la ley, ya que el principio *nulla poena sine lege* quedaría desvirtuado si la Administración, al ejercitar sus facultades reglamentarias, o los funcionarios de prisiones, al proceder arbitrariamente, pudiesen potenciar la intensidad de la ejecución punitiva hasta el infinito" (ANTÓN). Sin embargo, NOVELLI y el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en Palermo en 1933, consideraban que el momento no era todavía propicio para la elaboración de Códigos de ejecución penal. El panorama es algo diverso en la actualidad, dado el considerable número de países que han promulgado Códigos o Leyes de esa índole, a los que han de adecuarse naturalmente los preceptos de los Reglamentos penitenciarios: Ley penitenciaria nacional argentina de 14 de enero de 1958, Ley de régimen penitenciario de Venezuela de 21 de julio de 1961, Código de ejecución penitenciaria de Grecia de 1962, Ley de prisiones del Japón de 1908 (modificada en 1953), Código de régimen carcelario de Colombia de 1934 y de 1964. Ley de prisiones holandesa de 21 de diciembre de 1951, *Prison Act* inglesa de 1952 (deben también citarse la *Criminal Justice Act* de 1948 y la de 1967), y Anteproyecto de Código de ejecución penal del Perú de 1962 (elaborado por el Dr. Carlos A. BAMBARÉN).

"Pero las garantías no han de estar sólo en la ley que regula la ejecución, sino también en la autoridad encargada de aplicarla. De

aquí, la necesidad de un juez de ejecución de la pena" (ANTÓN). La institución, que fue debatida con resultado positivo en el Congreso penal y penitenciario de Berlín de 1935, ha sido ya introducida en los ordenamientos de Italia (Código Rocco) y Brasil, con amplias facultades para dirigir y modificar el régimen de ejecución de las penas o medidas de seguridad, y también en Portugal y en Francia, con facultades exhaustivamente enumeradas en la legislación reguladora. En Dinamarca, Finlandia, Bélgica y Holanda existen más bien Tribunales penitenciarios, de presidencia judicial, para la dirección del tratamiento de los reclusos.

4. UNIFICACIÓN.

El profesor ANTÓN ONECA señala que "consecuencia de dar a la pena carcelaria por fin único la educación es su unificación". En las legislaciones clásicas había pluralidad de penas privativas de libertad para proporcionarlas a la gravedad de las infracciones (Código francés y español de 1848), pero algunas de las legislaciones más progresivas de la segunda mitad del siglo iniciaron la simplificación mediante el sistema de las penas paralelas, que "consistía en dos sanciones de distinta intensidad, aunque de la misma duración, para que los jueces pudieran sustituir la más grave por la menos grave cuando los móviles con que se había realizado el delito no fueran deshonestos". Así, según el parágrafo 20 del Código alemán de 1870, el Tribunal podía aplicar el arresto en fortaleza (*Festungshaft*) en lugar de la reclusión (*Zuchthaus*). El Código italiano de 1889 también establecía dos sanciones, la reclusión y la detención, y el Código noruego, la *foengsel* y la *hest*. En la legislación española el paralelismo prisión-presidio no aparece adecuadamente recogido en el Código, pese a la "dudosa galantería para las damas delincuentes" que supone su artículo 77, en frase de QUINTANO RIPOLLÉS.

La tendencia unificadora se ha ampliado posteriormente. En Alemania la Comisión de Control de los países ocupantes después de la guerra unificó la ejecución de la *Zuchthaus* y la *Gefängnis*. La ley inglesa de 1948 suprimió la *penal servitude* y la *hard labour*. En la actualidad, el panorama es por lo general más sencillo que en el anacrónico artículo 27 del Código español. En Argentina: reclusión y prisión. En Holanda: *imprisonment*, *detention* y *committal to a state labour-colony*. En Suiza: *réclusion*, *emprisonnement* y *arrêt*. En Dinamarca también hay tres penas, etc.

Penitenciariamente, sin embargo, la cuestión es más compleja. De un lado, porque las diversas penas recogidas en los Códigos no representan tratamientos diferentes. Ejemplo: en España, con independencia del arresto mayor y menor (que se ejecutan como una mera detención o prisión preventiva: artículo 47 del Reglamento de los Servicios de Prisiones), todas las demás penas se ejecutan conforme al sistema progresivo (artículo 84 del Código penal y 48 del Reglamento), con lo cual prisiones, presidios y reclusiones son una misma.

pena con diferente duración. Ahora bien, de otra parte, la finalidad reeducadora del sistema penitenciario obliga a separar a los reclusos en grupos homogéneos, que faciliten la ejecución armónica del sistema y eviten el contagio de unos reclusos por otros de mayor peligrosidad o perversión. En consecuencia, aunque el sistema, el tratamiento, sea único (lo que hace a la pena de privación de libertad, en la práctica, única), su ejecución se diversifica (lo que es compatible con la flexibilidad del sistema progresivo) en los variados grupos de reclusos establecidos, los cuales pueden o no coincidir con instituciones independientes para cada uno de aquéllos.

Así pues, desde el punto de vista penal, el auténtico dualismo se manifiesta en la pareja penas-medidas de seguridad, pero, en cuanto a las primeras, las figuras que recogen los Códigos (salvo las penas cortas) pueden perfectamente refundirse en una sola pena de duración variable. Desde el punto de vista penitenciario, los penados son distribuidos en grupos y en establecimientos, atendiendo a sus características individuales y no a las características de las condenas (al menos, no preferentemente). Por ello, hay establecimientos especiales para menores, para delincuentes habituales o profesionales, para anormales mentales, para alcohólicos, para perversos sexuales, etc., considerándose los demás establecimientos "comunes". En todos ellos el sistema penitenciario aplicado es el mismo, aunque sus diversos medios son puestos en práctica con una flexibilidad que depende de la edad, sexo, salud, cultura, corregibilidad, etc., del individuo o del grupo de que se trate. Por eso dice Charles GERMAIN: "Una de las tendencias más características del Derecho penal moderno es el movimiento hacia la *unificación* de las penas privativas de libertad; bastante paradójicamente, el movimiento se inspira en la idea de la *individualización* de la pena y conduce a la creación de establecimientos diferentes, destinados a la aplicación de regímenes diferenciados." Y Marc ANCEL repite: "Es la unificación legal la que permite una diversificación penitenciaria que hace posible el tratamiento individualizado."

5. INTERNACIONALIZACIÓN DEL RÉGIMEN PENITENCIARIO.

La importancia de los Congresos internacionales penales y penitenciarios ha sido siempre grande para crear un estado de opinión común en torno a los problemas que plantea la ejecución de las penas de privación de libertad. Pero esa importancia ha alcanzado un grado superlativo cuando promotora de los mismos ha empezado a ser la Organización de las Naciones Unidas.

El primer Congreso de las N. U. sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955) ha constituido sin duda un hito divisor en la evolución de los sistemas penitenciarios modernos, el comienzo de una nueva etapa. Entre sus resoluciones figuraban unas "Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos", cuya finalidad fue establecer, inspirándose en conceptos generalmente admitidos en nuestro tiempo y en los elementos esenciales de los sistemas

contemporáneos más adecuados, los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos". Su importancia resulta extraordinaria, por la gran difusión que han tenido y porque la ONU solicita de los Estados miembros informes periódicos sobre la adecuación entre las Reglas mínimas y la legislación del país en cuestión. Desde entonces, los países miembros se han esforzado, o bien por adaptar su régimen penal a dichas normas, o bien por demostrar que su legislación era tan avanzada que ya se inspiraba en esos mismos principios desde antiguo.

Los temas estudiados en las resoluciones de los Congresos de las Naciones Unidas han sido —esquemáticamente— los siguientes: I Congreso (Ginebra, 1955): reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, selección del personal de los establecimientos penitenciarios, y establecimientos abiertos; II Congreso (Londres, 1960): delincuencia de menores, delitos que son consecuencia de los cambios sociales especialmente en los países en curso de desarrollo, penas cortas de privación de libertad y trabajo penitenciario; III Congreso (Estocolmo, 1965): evolución social y criminalidad, lucha contra la reincidencia, régimen de prueba y tratamiento de los jóvenes-adultos (2).

Consecuencia de la labor de estos Congresos, y también de la actividad de las Naciones Unidas en la lucha contra el delito y el tratamiento de los delincuentes (seminarios de estudio, ayudas técnicas a los países menos desarrollados, elaboración de proyectos-tipo, etc.), es que el Derecho penitenciario de los diversos Estados tiende hacia un ideal que es prácticamente el mismo en todas partes.

II. SISTEMAS PENITENCIARIOS

1. SISTEMA PROGRESIVO: GRADOS.

"En el siglo XX, mientras en Norteamérica, por razones prácticas, se abandonó prontamente el sistema celular iniciado en la penitenciaría de Filadelfia a fines del XVIII, adoptándose el de Auburn, en Europa se generaliza el celular a partir de mediados de siglo. El régimen de aislamiento por su intensidad aflictiva servía al fin de la pena retribucionista, pero las ilusiones de conseguir por la incomunicación la enmienda espontánea [defendida por los cuáqueros y por la Iglesia católica en la *detrusio ad monasterium*] se disiparon rápidamente" (ANTÓN).

(2) Ya está anunciado el IV Congreso, que se celebrará en Kyoto (Japón), del 17 al 26 de agosto de 1970, y que versará sobre temas relacionados "con proyectos del programa de trabajo de las N. U. en materia de defensa social, esto es, la prevención y control de la delincuencia en el contexto del desarrollo nacional, los aspectos económicos de la capacitación del personal de defensa social y la participación pública en la prevención del delito y de la delincuencia" (*Revista Internacional de Política Criminal*, 25, 1967, Nueva York, 1968, pág. 90).

En el siglo xx, después de la I Guerra Mundial, se generalizaron los sistemas progresivos, que se habían iniciado en España (ABADÍA, MONTESINOS) (3) e Inglaterra (MACONOCHE, CROFTON) en el siglo anterior. Incluso Bélgica, que adoptó el sistema celular en tiempos de DUCPETIAUX y SCREVEUS (1831), lo abandonó en 1919. En el año 1931, decía NOVELLI en el artículo citado, el sistema progresivo estaba adoptado en todos los Reglamentos penitenciarios.

Lo esencial del sistema progresivo es distribuir el tiempo de duración de la condena en diversos períodos, en cada uno de los cuales se va acentuando el número de privilegios o ventajas de que puede disfrutar el recluso, paralelamente con su buena conducta y el aprovechamiento del tratamiento reformador de que es objeto. La meta del sistema es doble: constituir un estímulo a la buena conducta y a la adhesión del recluso al régimen que se le aplica, y lograr que este régimen, por la buena disposición anímica del penado, consiga paulatinamente su reforma moral y su preparación para la futura vida en libertad. Todo ello, sobre la base de la máxima individualización posible de las normas del tratamiento penitenciario y de la participación del penado en la vida de la comunidad penitenciaria (de la que forma parte, en contra de las antiguas concepciones filadélficas y auburnianas). La idea de que el conjunto de reclusos de un establecimiento integra una *comunidad sui generis*, un grupo social diversificado, ha sido especialmente desarrollada por los autores norteamericanos. Los ensayos de autogobierno de los establecimientos por los propios internos se corresponden con esta idea directriz.

Los períodos en que se divide la duración de la pena son variables, mas en todos los países pueden reconducirse a un esquema general único: a) un período de aislamiento celular, para el reconocimiento del recluso y la observación de sus características físicas, morales, psicotécnicas, etc., que termina con su clasificación y destino al establecimiento considerado más adecuado para el cumplimiento de la condena; b) otro u otros períodos, de vida en común, en que el penado es objeto de la acción conjunta de los medios a disposición de la Administración penitenciaria: instrucción, educación cultural y artística, trabajo y formación profesional, asistencia religiosa, tratamiento psiquiátrico, etc. (mientras el primer período es una reminiscencia del sistema celular, este segundo conserva aspectos del viejo sistema auburniano); c) un nuevo período, a veces llamado de confianza o de pre-libertad, cuya finalidad más inmediata es preparar al recluso para la vuelta a la sociedad, fomentando las relaciones con el exterior, en forma de salidas, permisos, búsqueda de trabajo, etc.; d) finalmente, la libertad condicional o bajo palabra.

Lo esencial de estos períodos es el diverso régimen de vida que en cada uno practica el condenado; por tanto, nada se opone a que

(3) Cfr. SALILLAS: *Prioridad de España en las determinantes del sistema penitenciario progresivo*. Congreso de Madrid, tomo VI, págs. 59-78 (Asociación española para el Progreso de las Ciencias, Madrid, 1914).

todos ellos (salvo la libertad condicional, claro está) transcurran en el mismo establecimiento. Sin embargo, se va insinuando en la práctica la conveniencia de que cada uno se desarrolle en un establecimiento distinto, que, en los casos más paradigmáticos, puede ser un establecimiento cerrado para el primer grado, establecimiento semiabierto para los grados intermedios, y establecimiento abierto para el grado o período de pre-libertad. Así, Argentina, Bélgica, y recientemente España (después de la reforma del Reglamento de los Servicios de Prisiones por Decreto de 25 de enero de 1968).

2. CRISIS DEL SISTEMA PROGRESIVO.

El sistema progresivo fue combatido por los alemanes en el Congreso de Berlín de 1933, "declarando su escasa eficacia para la educación y que todo lo más serviría para el mantenimiento de la disciplina con la esperanza de las recompensas". Después de la guerra ha sido objeto de nuevos ataques, por fidelidad precisamente a la finalidad reeducadora y a la individualización de las penas. "Ahora, de una parte, vemos que, como un perfeccionamiento de los sistemas progresivos, se adoptan instituciones como la libertad intermedia y las vacaciones a los presos, mientras por otro se tiende a suprimir la gradación uniforme con que se reglamentaban los mismos períodos para todos los presos. La tendencia actual es a clasificar científicamente a los penados, a distribuirlos en pequeños establecimientos según su naturaleza y a dar a cada uno de estos establecimientos un régimen distinto. Sin embargo, en estos regímenes variados se adoptaron elementos de los sistemas progresivos" (ANTÓN).

En realidad, la crisis afecta primordialmente a la unificación del tratamiento para todos los penados. De éstos, los hay no susceptibles de reeducación por sus características: perversidad moral, anomalías mentales, etc. Otros tampoco precisan ser educados porque ya lo están (delinquentes por ocasión, culposos). Los menores de edad pueden en general ser objeto de mayores esperanzas para el funcionamiento que los adultos. Por tanto, no puede haber un sistema, o mejor un método de tratamiento, único para todos, por cuyas etapas pasen todos necesariamente (si bien con posibilidades de retroceso lo mismo que de ascenso). En consecuencia, de un sistema único con flexibilidad en su aplicación se está pasando a una fase de pluralidad de sistemas o pluralidad de tratamientos. PINATEL y GARCÍA BASALO distinguen entre tratamiento en medio libre (*probation*), tratamiento institucional (en prisiones) y tratamiento en semi-libertad (establecimientos abiertos). Ahora bien, por supuesto que el "tratamiento institucional" se sigue regulando por los principios del sistema progresivo, pero cabe que un recluso, que tenga la personalidad adecuada para ello, sea puesto directamente en el grado intermedio o en el penúltimo, sin necesidad de pasar cronológicamente por todos. (Cfr. artículo 48 del Reglamento español, después de la reforma de 1968.)

Se tiende, en suma, a eliminar el automatismo normativo en la ejecución de las penas de privación de libertad.

3. PRISIONES ABIERTAS.

Eliás NEUMÁN enumera, como precedentes legislativos de esta institución, el Decreto francés de 25 de febrero de 1852 y el Código penal italiano de 1898, y, como antecedentes prácticos, los establecimientos de Düsseldorf (1880), Dinamarca (1899) y la famosa colonia penitenciaria suiza de Witzwil (1891), regentada por Otto KELLERHALS.

La consagración definitiva de las prisiones abiertas ha tenido lugar, después de los Congresos de Budapest (1905) y La Haya (1950), en el de las Naciones Unidas de Ginebra, 1955. En sus Resoluciones se define el establecimiento abierto, como el que "se caracteriza por la ausencia de precauciones materiales y físicas contra la evasión, así como por un régimen fundado en una disciplina aceptada y en el sentimiento de la responsabilidad del recluso respecto a la comunidad en que vive". El establecimiento abierto supone una determinada evolución de la personalidad del recluso que permita tener confianza en el mismo y en su facultad de autodominio, se hace especialmente recomendable para ciertas categorías de penados (jóvenes, primarios, trabajadores agrícolas), y requiere una cuidadosa selección de reclusos y de funcionarios, así como una cierta sincronización con el medio social en que radica ("es necesario conseguir la cooperación eficaz del público en general y en particular la de la comunidad circunvecina"), para su buen funcionamiento.

Con tales condiciones, su expansión ha sido ininterrumpida. Comenzando por los países anglosajones y escandinavos, se ha extendido también a los latinos. Son ejemplos que se citan con frecuencia: Casabianda en Francia, Bolchewo en Rusia, Belaria en Italia, Witzwil en Suiza, Marneffe en Bélgica, Itapetininga en Brasil, Mirasierra en España (4), etc.

La prisión abierta se conecta con el régimen de pre-libertad o libertad intermedia. La cual consiste en que el recluso pueda salir de la prisión para trabajar como obrero libre y volver al establecimiento como a su domicilio, y fue practicada, según parece, por MONTESINOS en Valencia, en el viejo presidio de Ceuta, por CROFTON (quien pasa como inventor de la idea), y desarrollada en el siglo XX en los establecimientos suecos (*Freigang*) e ingleses. En la actualidad, la encontramos en Bélgica, Japón, Italia (proyecto), Noruega, Francia, Inglaterra (*Hostels*), Argentina...

Tiene por fin la libertad intermedia preparar al recluso para la libertad condicional, y de aquí que constituya el penúltimo período del sistema progresivo. Durante el mismo el penado puede salir a trabajar

(4) Cfr. GARCÍA BASALO: *Los establecimientos abiertos de España*, "Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas". La Plata, 7. 1962, págs. 41 y ss.

o a hacer gestiones a fin de conseguirse un trabajo para el momento de la libertad condicional, deja de usar uniforme, tiene mayores facilidades para recibir visitas o escribir cartas, incluso puede disfrutar de permisos de varios días o de vacaciones más largas. Se orienta, en una palabra, hacia la reanudación de la vida familiar y social de quien ha de salir pronto en libertad. Por todas estas características, existe la tendencia a hacer cumplir este período en prisiones abiertas o en secciones abiertas de establecimientos ordinarios (Argentina, Bélgica, España).

4. NOCIÓN DE "TRATAMIENTO"

Por su finalidad reeducadora, por su carácter individualizado, por la adopción de las técnicas de las Ciencias naturales (antropológicas, psiquiátricas, sociológicas), el *sistema* penitenciario se ha convertido en *tratamiento* penitenciario, dada su analogía con los tratamientos médico, psicológico, pedagógico, etc., técnicas cuyo uso va progresando en los establecimientos de cumplimiento de las penas privativas de libertad. Lo cual no quiere decir, naturalmente, que los delinquentes sean considerados como "enfermos" por las modernas tendencias.

La noción de "tratamiento" no es fácil de establecer. Después del proyecto de Código penal de Strooss y del Código penal noruego de 1902, se aplica un tratamiento a tres categorías principales de delinquentes: jóvenes, mentalmente anormales y reincidentes. Hoy en día, la noción tiende a universalizarse y ser sinónima de sistema o de régimen penitenciario. Ello demuestra que las distancias entre las penas y las medidas de seguridad (si es que alguna vez las hubo de veras) se han acortado.

Existe en esto un peligro, denunciado por MARC ANCEL: "la noción de tratamiento constituye en el fondo el punto de reunión y el nexo necesario entre el Derecho penal y la Criminología", lo que puede conducir a un abandono o retroceso de la juridicidad del sistema; a una relajación del principio de legalidad, en cuanto que, junto al juez, junto al experto en Derecho, el tratamiento requiere la presencia directora de técnicos en Medicina, Psicología, Técnicas sociales, etc., cuya actuación, desde un punto de vista jurídico, es necesariamente arbitraria. El riesgo que se corre es indudable. (En definitiva, no se trata sino de una manifestación del fenómeno general, en el Estado tecnocrático de nuestro tiempo, de abandono del Derecho por la Técnica, alarmantemente denunciado por estudiosos de la Política y de la Administración en numerosas publicaciones) (5).

(5) Sirvan de ejemplo: JOUVENEL: *El poder*, Madrid, 1956; MANNHEIM: *Diagnóstico de nuestro tiempo*, FCE, México, 1961; MARCOS DE LA FUENTE: *La sociedad tecnocrática*, Madrid, 1968; MEYNAUD: *Problemas ideológicos del siglo XX*, Barcelona, 1964, MORSTEIN: *El Estado administrativo*, Madrid, 1968; ZEIDLER: *Implicaciones jurídicas de la mecanización administrativa*, Madrid, 1964.

5. TRATAMIENTOS ESPECIALES

Con independencia de la vigencia o la crisis del sistema progresivo, hay que hacer alusión al importante fenómeno de que en el siglo xx el menor ha quedado totalmente marginado del régimen penitenciario normal, como también lo ha sido del ordenamiento penal y procesal ordinario, en cuanto a la valoración y enjuiciamiento de sus comportamientos antisociales. Pero el fenómeno ha resultado expansivo, en cuanto que menores ya incurso en el Código penal (los llamados "jóvenes-adultos") se han beneficiado de algunas características del tratamiento aplicado a los menores infantiles para su corrección. Ello es evidente en el tratamiento que aplican la *Youth Authority* de California, los establecimientos *Borstals* ingleses, las prisiones-escuela francesas, etc. En Alemania, los menores fueron los primeros en beneficiarse de la condena condicional. En U S A, en disfrutar del tratamiento psicoterápico y de la semi-libertad (Highfields).

Mas, aparte de los jóvenes, ¿existen tratamientos penitenciarios especiales? Depende de la latitud que se quiera conceder al término. Ya hemos dicho que, de un sistema penitenciario único, aplicable con flexibilidad a las diversas categorías de delincuentes, se tiende a concebir al menos tres clases de sistemas o tratamientos en vigor: en libertad (*probation*), en establecimientos penitenciarios, y en semi-libertad. No cabe duda, en todo caso, de que, dentro del tratamiento institucional, existen peculiaridades muy marcadas en el régimen que se aplica a los penados enfermos, a los enajenados, a los ancianos, a los incorregibles, etc. (6).

III. ESTUDIO DE LA PERSONALIDAD DEL RECLUSO

1. OBSERVACIÓN PENITENCIARIA

"Puesto que el tratamiento individualizado es la directriz más acusada de la Ciencia penitenciaria moderna, se hace preciso el estudio previo de la personalidad de los condenados" para determinar su categoría (clasificación), el establecimiento de cumplimiento (destino)

(6) Por lo que respecta a los autores de "delitos políticos", preventivos o condenados, la doctrina liberal suele preconizar un tratamiento separado de los mismos, más "blando" que el común, con base en los móviles altruistas de aquéllos y su no-asocialidad. La idea sigue siendo moneda corriente, y a veces provoca campañas de prensa. No obstante, de hecho, cuando ese tratamiento independiente ha existido, ha tomado normalmente un sentido peyorativo, aun en los Estados liberal-democráticos. Por lo demás, las Reglas Mínimas del I Congreso de las N. U. parecen oponerse a aquella idea, al decir: "No se debe hacer diferencias de trato, fundadas en prejuicios principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquiera otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento, u otra situación cualquiera". Claro que, en todo caso, la naturaleza de los hechos o la personalidad de sus autores pueden ser base suficiente para constituir un grupo autónomo, con establecimientos separados, dentro de un régimen penitenciario conceptualmente único.

y las particularidades que, en la medida de lo posible, han de ser tenidas en cuenta al aplicarles el régimen de dicho establecimiento (individualización). Incluso, en algún país (Bélgica, Francia, Holanda, Suecia, Estados Unidos), ese estudio de personalidad se realiza ya con los procesados, con lo cual sirve de poderoso auxiliar a los Tribunales al enjuiciar la responsabilidad del delincuente.

Este examen de personalidad puede realizarse en los propios establecimientos penitenciarios, o bien en instituciones *ad hoc*. Parece ser que los primeros centros dedicados a este estudio fueron el Laboratorio de Antropología Criminal de la Prisión de Forest (Bélgica), debido al Dr. Luis VERWAECK, y el Instituto de Criminología de la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires, debido al Dr. José INGENIEROS, ambos en 1907. En 1924 se instala un Laboratorio de Biología Criminal en la prisión de Straubing (Baviera), bajo la dirección del Dr. VIERNSTEIN, que no solamente hacía el estudio completo de la personalidad del detenido, sino que formulaba además un juicio sobre su corregibilidad o incorregibilidad, lo cual motivó críticas del profesor LIEPMANN. Servicios de Biología Criminal se crearon posteriormente en varios Estados alemanes, en Austria, en Cuba, Norteamérica, Roma, etc. En la actualidad son famosos el *Centre d'Orientation Pénitentiaire* de Bélgica (1963); el *Centre National d'Orientation* de Fresnes, Francia (1950); el Instituto de Observación de Roma-Rebibbia para jóvenes adultos (1934), que dirige el profesor DI TULLIO; el Instituto de Clasificación de Buenos Aires, etc.

En otros países, por falta de las debidas instalaciones centralizadas, la observación de la personalidad de los reclusos se realiza en los propios establecimientos de cumplimiento (Inglaterra, Noruega, Portugal), o bien lo que sucede es que existen numerosos servicios de esa índole (U S A). Incluso en los países en que hay un Laboratorio centralizado para esa función, como su capacidad no es exhaustiva (en Fresnes, por ejemplo, no se puede examinar más que a 800 de los 4.600 reclusos que cada año ingresan en prisión), la observación debe también realizarse (o proseguirse) en los establecimientos de cumplimiento, reservando el servicio central para el examen de los casos más difíciles. Esta es la regla adoptada por el sistema penitenciario español, que reserva la Central de Observación de Carabanchel, Madrid (creada en septiembre de 1967) para los supuestos de especial dificultad, y realiza la observación en general en los Centros de Detención y en los Establecimientos de Cumplimiento gracias a los Equipos de Observación y los Equipos de Tratamiento creados por la reforma de 1968.

El examen de la personalidad requiere el empleo de técnicas psicológicas, médicas, psiquiátricas y sociales, además de antropológicas, y el resultado constituye un *dossier* o personalidad o *cartella biográfica* del recluso. Para dicho examen es preciso personal especializado, que puede integrar cuerpo administrativo o ser contratado para realizar esa función en las prisiones. Como resultado del mismo se obtiene un diagnóstico de la personalidad del penado y se tiene la base para se-

ñalarle el tratamiento y el establecimiento más adecuados a la misma. En ocasiones se llega a más: a un pronóstico sobre su corregibilidad, materia ésta que ha sido objeto de especial dedicación por los investigadores americanos Sheldon y Eleanor GLUECK, aunque no sobre la base de los exámenes previos de personalidad, sino también teniendo en cuenta estadísticas posteriores de reincidencia; la combinación de ambos datos puede dar lugar a la confección de unas "tablas de predicción", cuya fiabilidad es ciertamente muy relativa.

Del interés por el tema da idea que se haya tratado en el Congreso penal y penitenciario de Londres (1925) y en el de La Haya (1950), que la Comisión Penal y Penitenciaria publicara en 1933 el resultado de una encuesta entre diversos países en el *Récueil de documents en matière pénale et pénitentiaire*, que el Instituto de Observación de Rebibbia publique periódicamente los resultados de sus investigaciones en los conocidos *Quaderni di Criminologia Clinica*, que la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria haya editado en 1951 un trabajo colectivo sobre *Méthodes modernes de traitement pénitentiaire* que dedica buena parte a la observación criminológica penitenciaria, etc. Finalmente, bueno será indicar que el conjunto de técnicas de examen de la personalidad de los delincuentes constituye en la mentalidad de los autores una rama de la Criminología, que en la producción más reciente (DI TULLIO, PINATEL) se conoce con el rótulo de "Criminología Clínica".

2. CLASIFICACIÓN

Otra consecuencia evidente de la concepción reformadora del tratamiento penitenciario es la clasificación de los reclusos en grupos (normalmente homogéneos) susceptibles de recibir un mayor aprovechamiento del sistema por la posibilidad de concentrar los medios más apropiados a la naturaleza de cada grupo. La clasificación se practica en un doble nivel: de establecimientos, y de reclusos internados en cada establecimiento ("secciones"). La clasificación precisa, como antecedente inexcusable, la observación criminológica de los penados.

Los criterios fundamentales de clasificación son: situación penal o procesal, edad y sexo. Criterios subclasificadores, dentro de esos primeros grupos, son: salud, profesionalidad, reincidencia, peligrosidad y corregibilidad, procedencia geográfica, educación, etc. En Bélgica hay establecimientos propios para delincuentes culposos y también se atiende a la lengua: en Colombia, al origen rural o urbano de los penados; en la U. R. S. S., de 1920 a 1930, se atendía a la clase social a que éstos pertenecían, etc.

Según su destino, las prisiones se clasifican en prisiones preventivas y de cumplimiento, comunes y especiales, especializadas y mixtas, etc. Atendiendo a su grado de seguridad, en establecimientos de seguridad máxima (cerrados), de seguridad media (semi-abiertos o semi-cerrados) y de seguridad mínima (abiertos). Su población se

diversifica atendiendo a las características de peligrosidad, probada o presunta, de los condenados, o, como ya sabemos, a los diferentes grados del sistema progresivo.

La clasificación de los penados fue objeto de especial consideración en el Congreso de La Haya de 1950. Los sistemas más elaborados son, tal vez, el inglés (7) y el belga (Circular de 31 de mayo de 1951).

3. PSICOTERAPIA DE GRUPO

“La psicoterapia de grupo aparece como una acción terapéutica que tiende a resolver los problemas y los conflictos sólidamente anclados en el subconsciente del sujeto” (BOUZAT). Es una de tantas técnicas, en parte médicas, en parte sociales, que, de los establecimientos sanatoriales y reformadores en general, han pasado a los establecimientos penitenciarios. Fomentan el desarrollo de las relaciones humanas y la liberación de los complejos individuales por el apoyo en el grupo. En su base encontramos ideas subproducto del psicoanálisis y de la técnica norteamericana de la entrevista.

Consisten en la reunión programada y dirigida de grupos, homogéneos o no, de reclusos, sencillamente “para hablar”. Los especialistas constatan que por ese simple hecho los interesados experimentan una liberación interior, confrontan sus puntos de vista, aprenden a respetar los de los demás, adquieren seguridad en sí mismos, y terminan por ser capaces de autogobierno. En el grupo aparecen espontáneamente *líderes*, y esto forma parte del valor educativo de dicha técnica. Se suele distinguir entre *group-counselling* y *psicoterapia de grupo* propiamente dicha (PINATEL, BOUZAT). Se han desarrollado particularmente en U S A, Inglaterra, Suecia y Noruega. En Bruselas se reunió un Coloquio Internacional en 1962 para el estudio de los “nuevos métodos psicológicos de tratamiento de los reclusos”, sobresaliendo, por lo que a las técnicas aquí expuestas se refiere, las aportaciones de FENTON, A. ELÍAS (Highfields) y LARSSON (Suecia).

IV. MEDIOS DE TRATAMIENTO

1. GENERALIDADES

Los medios de que el tratamiento penitenciario dispone son, fundamentalmente, de dos clases: conservadores y reeducadores (ANTÓN). Los primeros atienden a la conservación de la vida y de la salud del recluso (alimentación, asistencia médica, educación física) y a evitar la acción corruptora de las prisiones (la prisión como factor criminógeno ha sido objeto de amplia literatura, destacando quizás el estudio de Olof KIMBERG). Por eso fue rechazado el sistema celular,

(7) Cfr. “Revista de Estudios Penitenciarios”, Madrid, 169-171, abril-diciembre 1965, págs. 287 y ss.

que era contraproducente para la salud psíquica del recluso, pero también se han elevado críticas contra el sistema progresivo, que favorece la íntima relación de los internos entre sí (concepción de la población penitenciaria como una *comunidad* especial). Otro tipo de críticas hace alusión a que la vida dentro de las prisiones no puede ser más cómoda de lo que fuera la vida en libertad para los interesados (NOVELLI), lo cual muestra que los autores no han desechado la idea de que la pena cumple también un fin de intimidación. Esa humanización es susceptible de gran elasticidad: desde las viejas prisiones, que apenas pueden hacer otra cosa que mantener encerrados a los reclusos, hasta los modernos establecimientos, dotados de bar, biblioteca, salas de reunión, campos de deportes, e incluso piscina, hay un gran trecho.

Los medios educativos pretenden influir positivamente sobre la personalidad del recluso y modelarla. Son los clásicos (8): instrucción y educación, formación profesional, asistencia psiquiátrica, asistencia religiosa, pero puestos a tono de las técnicas y directrices más recientes.

No podemos hacer más que unas elementales consideraciones acerca de cada uno de estos medios.

2. RELIGIÓN.

Respeto de la libertad de conciencia de los reclusos. Algunos países deben compaginarla con una declaración constitucional de confesionalidad (Italia, España: Ley de 28 de junio de 1967). La asistencia religiosa de los reclusos puede estar a cargo de un Cuerpo de Capellanes (España, Argentina, Inglaterra, Colombia, Chile), de sacerdotes de diversas confesiones (Holanda, Alemania, Francia), de los correspondientes párrocos (Japón). En todo caso, el interno debe tener el derecho de recibir asistencia de un ministro de su religión.

3. INSTRUCCIÓN Y EDUCACIÓN.

Las instituciones penitenciarias suelen proveer a la instrucción elemental o enseñanza primaria de los reclusos (especialmente de los analfabetos) y a su formación profesional. Incluso se suministran diplomas de valor oficial (Argentina). Por lo demás, los establecimientos facilitan a los reclusos que lo deseen, poder cursar estudios de Enseñanza media o superior, cursos por correspondencia, ciclos de conferencias, la constitución de grupos artísticos, etc.

(8) Ya decía BERTRAND, en sus *Leçons pénitentiaires*, que las tres palancas de la enmienda son la espiritual (religión), la vital o económica (trabajo) y la intelectual (enseñanza). (Citado por ANTÓN ONECA.)

4. CUIDADOS FÍSICOS.

La alimentación corre a cargo del Estado, aunque a veces se tolere el envío de paquetes de comida desde el exterior. En cuanto al vestuario, el vetusto traje de rayas ha desaparecido en casi todos los países. La asistencia médica se asegura en los establecimientos comunes (enfermerías o botiquines) y en establecimientos especiales de carácter hospitalario para los enfermos graves o aquejados de dolencias incurables. En ocasiones el recluso puede ser internado en un hospital del exterior (Japón). En Inglaterra y en Suecia las reclusas dan a luz en el exterior a fin de que no quede constancia de que los niños han nacido en prisión. El examen psiquiátrico de los penados está íntimamente conectado con la observación criminológica de los mismos, según vimos anteriormente.

5. TRABAJO.

Sin necesidad de incurrir en las exageraciones de HOWARD (“Haced al hombre trabajador y será honrado”), parece obligado convenir en que la actividad laboral de los reclusos es imprescindible por una serie de razones: desde el punto de vista disciplinario, evita los efectos corruptores del ocio y contribuye a mantener el orden; desde el punto de vista sanitario, es necesario que el hombre trabaje para conservar su equilibrio orgánico y psíquico; desde el punto de vista educativo, el trabajo contribuye a la formación de la personalidad del individuo; desde el punto de vista económico, permite al recluso disponer de algún dinero para sus necesidades y subvenir a las de su familia; desde el punto de vista resocializador, el hombre que conoce un oficio tiene más posibilidades de hacer vida honrada al salir en libertad que en caso contrario. Todos los problemas del trabajo penitenciario han sido objeto de debate en los Congresos internacionales, debiendo hacerse aquí mención del Congreso de las Naciones Unidas de Londres, 1960, donde se estudió “la integración del trabajo de los reclusos en la Economía nacional”, siendo ponente general GARCÍA BASALO.

Aspectos del trabajo penitenciario:

a) debe recibir una orientación educadora (no simplemente “hacer cestos para volver a deshacerlos”) y no meramente utilitaria para la Administración Penitenciaria.

b) debe ser obligatorio: para el penado y para la Administración (este segundo aspecto es importante, porque reiteradamente se viene confesando que los establecimientos carecen de suficientes puestos de trabajo para todos sus internos).

c) debe ser remunerado (declaración de los Congresos de Ginebra 1955 y Londres 1960). Se estima que el salario ha de contribuir a formar un fondo de reserva para el momento de la liberación, al sostenimiento de la familia, e incluso al pago de las responsabilidades

civiles. Pero esto no es fácil, dado el bajo monto de los salarios de los penados trabajadores.

d) ha de adaptarse a las condiciones de la vida libre, lo que no deja de ser un principio platónico. Las prisiones, por su régimen de vida, el nivel laboral de muchos penados y sus limitaciones administrativas, no pueden montar talleres como los de las empresas. A veces se han suscitado también dificultades a nivel sindical, en cuanto que los Sindicatos han reclamado contra la "competencia ilícita" que les hacían los talleres penitenciarios, subvencionados por el Estado y sin pagar impuestos. El balance de estas oposiciones ha sido vario y en ocasiones se ha pensado resolver el problema sobre el principio del *autoconsumo* (lo que puede resultar contraproducente desde un punto de vista formativo y resocializador).

e) el trabajo en las prisiones ha de ser industrial, agrícola, artesano o intelectual, según las aptitudes de cada penado, que en ningún caso pueden ser menospreciadas. El trabajo agrícola ha sido frecuentemente recomendado en los Congresos para los reclusos de procedencia rural, para los que precisan vivir al aire libre el mayor tiempo posible, para determinados menores, y, como medio terapéutico, para los afectados de ciertos desequilibrios mentales. Estas ideas contribuyeron a la aceptación de las prisiones abiertas.

f) sistemas de organización: los propios de todos los servicios públicos. Por tanto, la Administración penitenciaria puede dirigir directamente los talleres de las prisiones, concederlos o arrendarlos a un particular, o permitir que los reclusos trabajen por cuenta propia y envíen sus productos a ser vendidos en el exterior (Colombia, Holanda). El primer sistema es el más elogiado y el propio de sistemas penitenciarios más avanzados. En USA existe una empresa estatal, *Federal Prison Industries Inc.*, fundada en 1934 para coordinar el trabajo de las prisiones federales, y en España un organismo, *Trabajos Penitenciarios*, sometido a la legislación reguladora de las entidades estatales autónomas.

g) algunos talleres deben orientarse exclusivamente hacia la formación profesional de los reclusos que carezcan de oficio; por tanto, han de montarse y funcionar con criterios pedagógicos y no con criterios mercantiles (para enseñar, no para obtener beneficios).

h) los reclusos trabajadores han de gozar del régimen de seguridad social existente en el país para todos los trabajadores.

i) también deben disfrutar de un período de vacaciones anuales, aunque esto no deja de ser por ahora un puro principio doctrinal (en Suecia se elaboró un proyecto).

En algunos países el trabajo de los penados tiene una eficacia sustantiva respecto del cumplimiento de la condena impuesta, es decir, cada jornada laboral se computa por más de un día de cumplimiento de condena, lo que equivale a practicar descuentos en ésta (descuentos que en otras ocasiones se efectúan como recompensa por buena conducta excepcional).

El fundamento de la reducción de pena (en España se dice *redención*) por el trabajo puede ser vario. ANTÓN ONECA opina que es retributivo: se piensa que una jornada de trabajo es más aflictiva que una jornada sin trabajar y por eso se valora más a efectos del cómputo de la condena. Pero modernamente el trabajo de los reclusos es obligatorio en todas partes y, si hay actividades que permiten reducir la pena, otras no; lo cual, en ocasiones, no depende del trabajo, sino más bien de circunstancias subjetivas; por lo tanto, la norma tiene también una finalidad reeducativa: se busca crear un estímulo importante para que el recluso se someta de buen grado al tratamiento penitenciario, estímulo que consiste en que, si trabaja, observa buena conducta y progresa en el tratamiento reformador, verá acortarse la duración de la condena, por su propio esfuerzo. (Se le convierte en "co-juez".)

La institución de la reducción o redención de pena por el trabajo, que tiene precedentes antiguos (ORTEGO COSTALES hace referencia a una ley de los Reyes Católicos respecto del trabajo en minas) (9), está implantada en España, California (trabajos forestales), Bulgaria, Rusia, Noruega, El Chaco (Argentina), Filipinas, Turquía, Chile, Grecia, Portugal, Inglaterra, USA (*good time*), y, por imitación directa de la legislación española, en Costa Rica, Panamá y Guatemala (Ley de 24 de noviembre de 1962). Hay un proyecto en Ecuador.

6. EMPLEO DEL TIEMPO LIBRE.

En las prisiones hay mucho tiempo libre. En Alemania se han calculado unas cincuenta horas semanales (y eso, los reclusos trabajadores) y se ha elaborado un Reglamento sobre ocupación del tiempo libre. El problema interesó también a los Congresos internacionales (existe una ponencia de Concepción ARENAL sobre el tema), pues, si ese tiempo libre se dedica meramente al ocio, se corre el peligro de que los efectos demolidores del mismo (vagancia, juego, contagio moral, desequilibrio) echen por tierra las esperanzas del tratamiento reformador.

Todos los países han organizado, para evitarlo, alguno o varios de los siguientes medios: bibliotecas (de los establecimientos o préstamo de las bibliotecas oficiales, como Alemania, Inglaterra, Dinamarca); entrada de la prensa de la calle o edición de publicaciones específicas para los reclusos (como en Francia, USA, Rusia, España); aparatos de radio y televisión; equipos deportivos; organización de *clubs* de reclusos (Dinamarca, USA) y de grupos artísticos; veladas de teatro, cine y conciertos; piscinas (Sing-Sing, Liria), etc.

(9) *El trabajo en las prisiones*, Rev. de la Esc. de Est. Penit., Madrid, octubre 1949, pág. 8.

7. RELACIONES CON EL EXTERIOR.

Ya dijimos anteriormente que la población de un establecimiento penitenciario se concibe actualmente como una *comunidad* específica y se fomentan las relaciones intragrupalas entre sus componentes. Pero también es poderosa la idea de que la población penitenciaria de un país sigue formando parte de la comunidad nacional (“principio de la inclusión en la comunidad”, de Lionel V. Fox), y de aquí: a) el fomento de las “relaciones públicas” entre la Administración penitenciaria y la Sociedad en general, a la que se quiere interesar en la marcha de los establecimientos y en la rehabilitación de los penados; b) el especial hincapié que en determinados casos (v. gr., prisiones abiertas) se hace de que las prisiones deben estar organizadas en función del medio social en que se encuentran enclavadas; c) la cuidadosa preparación del penado para su futura reinserción en la Sociedad (recuérdese el período de pre-libertad o semi-libertad, más específicamente encaminado a ese fin); d) el fomento de las relaciones del penado con su familia o con los medios educadores del exterior.

Las visitas y la correspondencia del penado son cosas que no pueden prohibirse, por ello, si bien se encuentran supeditadas al sistema penitenciario y a las incidencias de cada uno de sus períodos. (En Baviera parece ser que también se permite el uso del teléfono.)

En el capítulo de visitas ha de incluirse una mención de la llamada “visita conyugal” o “visita sexual”, uno de los recursos que han pretendido arbitrarse para solucionar el dramático problema de la vida sexual de los reclusos (10). Los autores, por supuesto, se han pronunciado tanto a favor como en contra de la visita sexual. (Un panorama general del estado de la cuestión en la monografía del profesor JIMÉNEZ DE ASÚA publicada en el tomo III de *El Criminalista*). Han adoptado el procedimiento de destinar un pabellón especial en las prisiones para la visita conyugal: Méjico, Argentina, Brasil, Nicaragua, Venezuela. Los restantes Estados prefieren, o seguir la “táctica del avestruz” en esta materia, o intentar más bien el procedimiento de dar permisos de salida a los reclusos.

Los permisos de salida pueden cumplir varias finalidades: unos tienen carácter necesario, pero en otros casos revisten más bien naturaleza de premio. Son necesarios los que se conceden para que el recluso visite a un pariente enfermo o fallecido, asista a exámenes en Institutos o Universidades, gestione un trabajo para la salida en libertad, o incluso para que trabaje en el exterior, reintegrándose a la prisión al salir del lugar de trabajo (período penitenciario de pre-libertad). Revisten carácter de premio los permisos que se conceden simplemente para visitar a la familia, los cuales pueden ser aprove-

(10) Y también de sus cónyuges: recuérdese un relato de BLASCO IBÁÑEZ en que la mujer del condenado a cadena perpetua afirma rotundamente: “la condenada soy yo” (Cfr. RIVACOBIA: *Las ideas penales de Blasco Ibáñez*, Santa Fe, 1966, *passim*).

chados para satisfacer las necesidades sexuales, como hemos indicado hace poco. En Italia, los permisos a los reclusos pueden durar hasta treinta días, una vez al año; en Inglaterra, pueden consistir en fines de semana (*Hostels* y *Borstals*); en Chile, los domingos; en Suecia, hasta tres días; en Argentina, la Ley penitenciaria nacional establece una complicada sistematización. Son requisitos necesarios haber extinguido ya una parte importante de la duración de la pena, observar buena conducta, ofrecer garantías de que se puede confiar en el individuo, etc. En Dinamarca, solamente se conceden en las prisiones abiertas. En Rusia, a los reclusos campesinos se les dan permisos de tres meses en el verano para ir a levantar las cosechas (aquí hay una finalidad de utilidad social, más que de premio). En España tan sólo están previstas las visitas a familiares gravemente enfermos o recién fallecidos. Me parece interesante destacar que en Italia está prevista una *licenza di sperimento*, que puede llegar a tener seis meses de duración.

En septiembre de 1967 se celebró en París la *II Réunion des Chefs d'Administration Pénitentiaire*, que congregó a los Directores Generales de numerosos países para deliberar sobre el tema de las relaciones públicas de las Administraciones penitenciarias y el problema sexual en las prisiones. No se llegó a un acuerdo sobre esta espinosa cuestión. Todo el mundo reconoce que efectivamente es un problema (el homosexualismo en las prisiones tiene más ramificaciones de las que puede sospechar el hombre de la calle), pero hay una resistencia más o menos inconsciente a buscar sincera y decisivamente una solución.

V. ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

1. CENTRALIZACIÓN O DESCENTRALIZACIÓN.

La Administración penitenciaria suele estar centralizada en los Estados unitarios, bajo una Dirección General que depende del Ministerio de Justicia (en el siglo pasado dependía de Gobernación—Interior— o de los Departamentos militares). Está descentralizada, en cambio, en los Estados federales (Alemania, USA, Suiza, URSS), lo que da lugar a ciertos problemas de competencia entre la Federación y los Estados. En Alemania se logró promulgar un “Reglamento Federal Unitario sobre el Servicio de Prisiones” en 1 de diciembre de 1961; también en Argentina la Ley penitenciaria nacional de 1958 aclaró un tanto el panorama. En Inglaterra existe una cierta “regionalización”: hay *assistant-directors* en determinadas regiones, que ejercen la competencia propia de la Organización central. Las Direcciones Generales suelen contar, como asesoramiento, con un Consejo penitenciario, en el que colaboran, aparte de funcionarios, hombres eminentes en los diversos campos que son de interés para el tratamiento penitenciario moderno. Existen tales Consejos en Argentina, Colombia, Chile, Francia, Holanda, Portugal y España (desde 1968).

El gobierno de los establecimientos se encuentra en manos de un jefe o director, al que se exige una competencia calificada. Hay una Junta que lo asesora o cuyo concurso es en ocasiones necesario para la validez de las resoluciones (v. gr., en materia disciplinaria). En Holanda pueden formar parte de las Juntas de los establecimientos personas del exterior. Se han hecho experiencias de *autogobierno* en algunos países (Bélgica, USA, Alemania), siendo especialmente interesantes las de ORBORNE en 1914. Estas experiencias suelen estar limitadas a los aspectos artísticos del sistema penitenciario, a la organización de las reuniones de grupo, o bien, en establecimientos para menores o en prisiones abiertas, pueden llegar al aspecto disciplinario o a una programación más amplia de actividades.

2. FUNCIONARIOS.

En todas las naciones la vieja estampa del "carcelero" intenta desaparecer, incluso en la mente popular. Para ello se han fomentado dos directrices: la equiparación del *status* del funcionario penitenciario al *status* de funcionario público (civil) en general, y la preparación de dichos funcionarios para la realización de tareas educativas que exceden en mucho de la tradicional misión de simple vigilancia.

El logro del *status* de funcionario público es un hecho en casi todos los países (no en todos, porque el Congreso de Ginebra de 1955 todavía insistía en esto), pero en algunos de ellos aún son militares. Debe hacerse distinción entre funcionarios técnicos y de vigilancia: en ocasiones, los primeros no son estrictamente funcionarios, sino personal contratado (psicólogos, psiquiatras, sociólogos, asistentes sociales). Se considera número ideal la existencia de un funcionario por cada 3-5 reclusos.

El Congreso de 1955 recomendó igualmente que la selección de tales funcionarios se lleve a cabo por el sistema de oposición o concurso libre, sin limitación de asistencia a las pruebas de ingreso, y que, además, corriera a cargo de la propia Administración penitenciaria, con independencia de criterios políticos, sindicales, etc., ajenos a la exclusiva función penitenciaria.

Los funcionarios ingresados deben recibir una preparación específica para estar en las mejores condiciones de dirigir o colaborar en un tratamiento penitenciario reeducador. Para ello existen centros *ad hoc* o bien se les hace cursar estudios en instituciones criminológicas o universitarias. Escuelas Técnicas de Funcionarios Penitenciarios o Escuelas Penitenciarias hay en Francia (desde 1945), Argentina (1948), Bélgica, Chile (1954), Holanda, Portugal (1957), España (1945), etc. Aparte de cursillos de formación o preparación inicial, se dan también cursillos de perfeccionamiento, a veces necesarios para el ascenso (Argentina).

3. ARQUITECTURA PENITENCIARIA.

Durante largo tiempo las prisiones no fueron establecimientos *ad hoc*, sino viejos edificios (monasterios, castillos) habilitados de cualquier manera para el internamiento de los penados. Después se empezó a manifestar en la práctica (y finalmente incluso en teoría) una rama propia de la Arquitectura, la "Arquitectura penitenciaria", pero las escasas disponibilidades económicas de todos los Estados han hecho subsistir los viejos edificios habilitados junto a las prisiones construidas específicamente para llenar esta función.

Los estilos arquitectónicos tradicionales han sido: el radial (forma de estrella) y el de espina (forma de poste de telégrafo): el primero facilitaba la vigilancia desde el centro de cada planta, y el segundo la distribución de los penados conforme a los períodos penitenciarios y los criterios de clasificación. Los antiguos edificios celulares (como el *panóptico* de BENTHAM, en el que se han inspirado diversas prisiones americanas) han ido desapareciendo a medida que la celda caía en desuso, aunque todavía ésta se considere necesaria para los presos preventivos y los comprendidos en el primer período penitenciario, destinado a la previa observación.

Modernamente, va ganando la atención el llamado estilo *village*, en el cual la prisión no es un único edificio, sino un conjunto de pequeñas edificaciones, cada una de las cuales se halla destinada a una función específica (escuelas, enfermería, talleres, etc.) o bien al internamiento de los reclusos que integran un grupo o subgrupo definido, con absoluta independencia de los demás. Esta concepción, que ya estuvo en la mente de HOWARD, se ha desarrollado especialmente en el plano de los establecimientos abiertos. (Por ejemplo, en España, en el recientemente inaugurado Instituto Penitenciario para Jóvenes de Liria, Valencia.)

VI. ASISTENCIA NO INSTITUCIONAL

El tratamiento penitenciario reformador se complementa con la asistencia de los penados o de los liberados en diversos niveles:

1. PROBATION.

Como se sabe, el régimen de "prueba" es un paso más sobre la mera "condena condicional" o "suspensión condicional de la condena" (*sursis*), ya que lleva consigo, además de dicha suspensión, la asistencia del individuo por un funcionario o por un colaborador voluntario de la Administración de Justicia, que se compromete a vigilarlo, buscarle colocación, atender a sus problemas, facilitarle la solución de los mismos, etc. Se trata, pues, del "tratamiento no institucional" a que antes hicimos referencia, y que constituye una oportunidad para autores de delitos no graves y no reincidentes de poder librarse de la pri-

sión. La condena condicional está extendida por los países latinos, y la *probation*, por los anglosajones. Sin embargo, también han adoptado esta última Francia (desde 1959), Bélgica (Ley de 29 de junio de 1964) y los países escandinavos.

2. PAROLE

El último período de los sistemas progresivos contemporáneos es la libertad condicional, que también precisa ciertas condiciones en el individuo y cierta duración de la condena ya extinguida para poder ser concedida. En los países anglosajones, escandinavos y algún otro (Japón), la libertad condicional lleva consigo una asistencia similar a la de los sometidos a *probation*: el régimen de *parole* es, en estos casos, también un régimen de prueba con asistencia eficaz. La vigilancia de delegados está prevista en todo caso, pero son pocos los países en que esa vigilancia es además positivamente útil, y en que adopta las técnicas del *case-work* (Bélgica, Gran Bretaña). Los funcionarios de *parole* o de libertad condicional pueden depender del juez (Alemania, Italia), de la Administración penitenciaria (países escandinavos) o de Comisiones mixtas (USA, Bélgica, España).

3. INSTITUCIONES ASISTENCIALES

Hagamos una esqueta referencia a los organismos dedicados, para-penitenciariamente, a la asistencia tutelar de los reclusos y sus familiares, o de los liberados condicionales. Las mil formas de esa asistencia no pueden detallarse aquí, puesto que cualquier procedimiento de "prestar ayuda" a otro entra bajo la competencia de estos organismos, en su aspecto moral, humano, económico, social, educativo, etc. Muy antiguas (CUELLO CALON cita los *procuratores pauperum* establecidos en el Concilio de Nicea —siglo IV— como su más lejano precedente), las instituciones asistenciales (patronales) han perdido razón de ser con relación a los reclusos a medida que el tratamiento penitenciario educativo iba asimilando sus funciones y sus técnicas, incorporándolas al régimen penitenciario en sentido estricto, pero continúan siendo necesarias para los liberados y para los familiares de unos y otros.

Su organización es diversa: en unos países son instituciones oficiales, dependientes de la Administración penitenciaria (Italia, Portugal, Ecuador, España) o de los municipios (Colombia); en otros son instituciones privadas toleradas o fomentadas por la propia Administración (Suiza, Francia, Argentina); en otros, existen ambas formas (Inglaterra, Suecia, Bélgica, Dinamarca, Holanda, USA, Japón). A nuestro juicio, su futuro ha de encontrarse en conexión íntima y esencial con los programas de Seguridad Social al nivel total de población y prestaciones, que parecen apuntarse como un resultado innegable de la evolución de la "Sociedad de Consumo" (en los países socialistas, con mucho mayor motivo).

En algunos Estados (Alemania, Colombia, Chile, España, Inglaterra) hay hogares para liberados, esto es, residencias para facilitar alojamiento, y también trabajo, a los que salgan en libertad condicional o definitiva, y deseen voluntariamente acogerse a dichas instituciones. Su finalidad es prevenir, ayudar y orientar.

VII. CRISIS DE LA PENA DE PRISION

Prescindiendo de que la primera crisis de la pena de prisión la constituyera la medida de seguridad (PINATEL), lo cierto es que la institución ha entrado en crisis en cuanto a su propia esencia, al menos doctrinalmente. Se dice de ella que es nociva para el Estado (gastos), para el delincuente (corrupción), para su familia (inassistencia) y para la víctima (imposibilidad de ser indemnizada), y que debe ser sustituida por otro tipo de sanción, como lo fueron en su día las penas corporales, de galeras, etc. El profesor DEL VECCHIO ha reiterado esta idea en numerosas publicaciones (11).

Históricamente, las penas cortas de privación de libertad cayeron prontamente en desgracia, porque su duración no permitía la eficacia de un tratamiento reformador, pero sí permitía en cambio todos los efectos demoledores de la prisión como factor criminógeno. LISZT ya las repudió en su *Tratado*. Los Congresos penitenciarios se han ocupado de ellas, especialmente el de La Haya de 1950 y el de las Naciones Unidas, Londres, 1960. Entendiendo por penas cortas, todo lo más, las que no exceden de dos años, se han propugnado, en su lugar, la *sursis* o *probation*, las multas, el trabajo bajo vigilancia, la reprensión judicial, etc.

Pero incluso las penas cortas que llegan a ejecutarse pueden ser objeto de un régimen muy especial, por ejemplo: el arresto domiciliario (Austria, España para las faltas, Argentina para mujeres honestas y ancianos); la semi-detención, que consiste en hacer vida normal y recogerse en el establecimiento penitenciario a las horas de comer y dormir; y el arresto de fin de semana y días festivos. Estas dos últimas modalidades han sido objeto de especial atención en los últimos tiempos en Bélgica, Dinamarca y Francia. En Bélgica (desde 1963), la semi-detención puede aplicarse a penas hasta de tres meses y el arresto de fin de semana, a penas hasta de un mes. En Francia (desde 1961), hasta de tres meses y diez días, respectivamente. Es evidente que estas penas no tienen carácter reeducador, pero conservan su finalidad intimidativa, impidiendo, no obstante, los efectos corruptores de un internamiento clásico. Las mismas han merecido la aprobación general en el II Coloquio de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, celebrado en Ulm (Alemania),

(11) Véase la cita detallada de esas obras en: BUENO ARUS: *Divagaciones sobre la víctima del delito*, "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", Madrid, 753, 25 noviembre 1967, nota 6.

abril 1967, en torno a los “nuevos métodos de restricción de la libertad en el sistema penitenciario”.

Por lo demás, y como queda apuntado, nuevas perspectivas parecen estar surgiendo de cara al futuro. Perspectivas que, hoy por hoy, no pasan del plano de lo meramente negativo (crítica de lo existente). El ser humano no tiene al parecer todavía la suficiente imaginación como para construir un sustitutivo adecuado de la pena de privación de libertad de los delincuentes. (Si es que acaso no resulta que la crisis es incluso mucho más radical y profunda, y se refiere a la misma institución de la pena, en general.)

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ANCEL, FULLY, PINATEL, BOUZAT, COLIN: *Tratamiento penitenciario*, número monográfico de la “Revista de Estudios Penitenciarios”, Madrid, 182, julio-septiembre 1968.
- ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, I, Madrid, 1949.
- *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Discurso Universidad de Salamanca, 1944.
- *Notas sobre las tendencias contemporáneas en materia penitenciaria* (inédito).
- ARENAL (Concepción): *Empleo del domingo y días festivos en los establecimientos penitenciarios*, “Obras Completas”, XIV, Suárez, Madrid, 1896.
- BELAUSTEGUI: *Fundamentos del trabajo penitenciario*, Madrid, 1952.
- *La psicoterapia de grupo y el Coloquio Internacional de Bruselas* (26-31 marzo 1962), Rev. de Est. Penit., 158, julio-septiembre 1962.
- BERISTAIN: *Las Naciones Unidas y la delincuencia (Notas al III Congreso de la ONU sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente)*, “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, Madrid, octubre 1955.
- BUENO ARUS: *El sistema penitenciario español*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1967.
- *La reciente reforma del Reglamento de los Servicios de Prisiones (Decreto de 25 enero 1968)*, Rev. de Est. Penit., 180-181, enero-junio 1968.
- *La redención de penas por el trabajo y la reforma del Código penal español de 1963* (inédito).
- *Los Congresos penitenciarios internacionales*, Rev. de Est. Penit., 160, enero-marzo 1963, y 161, abril-junio 1963.
- *Modernas orientaciones sobre la observación del recluso en el sistema penitenciario español*, “Boletín de Información del Ministerio de Justicia”, Madrid, 25 diciembre 1967.
- CANO MATA: *El juez de ejecución de penas*, Rev. de Est. Penit., 176-177, enero-junio 1967.
- CARRETERO: *Estudio sobre el tema de la defensa social*, Rev. de Est. Penit., 167, octubre-diciembre 1964.
- CONTENTO, RUGGIERO, DELL'ANDRO: *Crisi e avvenire della pena carceraria*, Istituto di Diritto penale (Università de Bari). Giuffrè, Milán, 1964.

- CORNIL: *Les arrêts de fin de semaine et la semi-detention*, "Bulletin de l'Administration Pénitentiaire", Bélgica, mayo-julio 1963.
- CUELLO CALON: *Derecho penal*, I, 12.^a edición, Bosch, Barcelona, 1956.
- *El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil* (Ponencia para el I Congreso hispano-luso-americano y filipino penal y penitenciario, Madrid, 1952), "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales", Madrid, mayo-agosto 1952.
- *La intervención del juez en la ejecución de la pena*, An. de Der. penal, mayo-agosto 1953.
- *La moderna Penología*, I, Bosch, Barcelona, 1958.
- DE BRAY: *Travail social et délinquance*, Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, 1967.
- DE BRAY, TUERLINCKX: *La asistencia social individualizada*. 2.^a edición, Aguilar, Madrid, 1964.
- DI GENNARO, FERRACUTI, FONTANESI: *El examen de la personalidad del condenado en el Instituto de Observación de Rebibbia*, Rev. de Est. Penit., 164, enero-marzo 1964.
- DI TULLIO: *Principios de Criminología Clínica y Psiquiatría Forense*, Aguilar, Madrid, 1966.
- DUPREEL: *Une notion nouvelle: les droits des détenus*, "Revue de Droit pénal et de Criminologie", Bruselas, noviembre 1957.
- FENTON: *Le group-counselling en théorie et en pratique*, Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, Bruselas, 1962.
- FONDATION INTERNATIONALE PENALE ET PENITENTIAIRE: *Méthodes modernes de traitement pénitentiaire*, Melun, s. f.
- GARCÍA BASALO: *Algunas tendencias actuales de la Ciencia penitenciaria*, Rev. de Est. Penit., 186, julio-septiembre 1969.
- *Algunas tendencias recientes de la Arquitectura penitenciaria*, "Revista penal penitenciaria", Montevideo, I/3, 1962, núm. esp.
- *Introducción a la Arquitectura penitenciaria*, separata de la "Revista penal y penitenciaria", Buenos Aires, 1961.
- *La ejecución de la pena en Latinoamérica*, Rev. de Est. Penit., 158, julio-septiembre 1962.
- *La fase de confianza en la progresividad del régimen penitenciario federal argentino*, Rev. de Est. Penit., 175, octubre-diciembre 1966.
- *La formación de personal para los procesos correccionales institucionales en América Latina*, Rev. de Est. Penit., 163, octubre-diciembre 1963.
- *La integración del trabajo penitenciario en la economía nacional, incluida la remuneración de los reclusos*, Naciones Unidas, Nueva York, 1960.
- *Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, "Estudios Penitenciarios", Buenos Aires, 1, 1957.
- *Salidas transitorias de los reclusos del establecimiento penitenciario*, Revista de Est. Penit., 160, enero-marzo 1963.
- GARCÍA BASALO, SÁEZ ZAMORA: *Segundo Coloquio Internacional de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria (Ulm., 17-22 abril 1967)*, Rev. de Est. Penit., 178-179, julio-diciembre 1967.
- GERMAIN: *Eléments de Science pénitentiaire*, Cujas, París, 1959.

- GLUECK: *Predicting delinquency and crime*, Harvard University Press, Cambridge, 1959.
- HOURCQ: *Les loisirs des détenus*, "Révue pénitentiaire et de Droit pénal", Mónaco, enero-marzo 1959.
- HUGUENY, DONNEDIEU DE VABRES, ANCEL: *Les grands systèmes pénitentiaires actuels*, 2 vols., Sirey, París, 1950-55.
- JIMÉNEZ DE ASÚA: *La vida sexual en las prisiones*, "El Criminalista", III, TEA, Buenos Aires, 1949.
- *Tratado de Derecho penal*, I, 3.^a edición, Losada, Buenos Aires, 1964.
- KIMBERG: *La prison facteur criminogène*, Actes II Congrès International Criminologie, vol. V. PUF, París, 1954.
- KVARACEUS: *La delincuencia de menores, un problema del mundo moderno*, UNESCO, París, 1964.
- La probation et les mesures analogues*, Imprimerie Administrative, Melun, 1953.
- LA TORRE REYES: *El delito político*, Quito, 1955.
- LAGUIA: *El Juez de aplicación de las penas en Francia*, An. de Der. penal, mayo-agosto 1959.
- Le traitement des délinquants*, Université de Strasbourg, PUF, París, 1966.
- LÓPEZ-REY: *Algunas consideraciones sobre el carácter y la organización del trabajo penitenciario*, separata de Rev. Pen. y Penit., Buenos Aires, 1959.
- *La construcción sociológica del Derecho y de la Justicia penal*, separata de la "Revista Interamericana de Sociología", México, 1968.
- *Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente (Londres, 1960)*, "Revista Jurídica Veracruzana", México, julio-diciembre 1960.
- Los sistemas penitenciarios contemporáneos*, número monográfico de la "Revista de Estudios Penitenciarios". Madrid, 169-171, abril-diciembre 1965.
- LUDER: *El sistema jurídico de la ejecución penal*, Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas de La Plata, Buenos Aires, 1959.
- MATA TIERZ: *Competencia en el cumplimiento de las penas de privación de libertad*, Rev. de Est. Penit., 178-179, julio-diciembre 1967.
- MORENA VICENTE: *Reseña del II Coloquio de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria (Ulm., abril 1967)*, Dirección General de Prisiones, Madrid, 1967.
- NEUMAN: *Prisión abierta*, Depalma, Buenos Aires, 1962.
- NOVELLI: *L'autonomia del Diritto penitenziario* "Rivista di Diritto Penitenziario", Roma, enero-febrero 1933.
- OLESA MUÑIDO: *Las medidas de seguridad*, Bosch, Barcelona, 1951.
- Parole and after-care*, United Nations, New York, 1954.
- PINATEL: *Criminologie* (tomo III del *Traité de Droit pénal et de Criminologie* par P. BOUZAT et J. PINATEL). Dalloz, París, 1963.
- *Traité élémentaire de Science pénitentiaire*, Sirey, París, 1950.
- Primer Congreso de la Naciones Unidas sobre Prevención de Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 22 agosto-3 septiembre 1965)*. Informe de la Secretaría, Naciones Unidas, Nueva York, 1956.
- Prisiones europeas*, número monográfico de la "Revista de Estudios Penitenciarios", 184-185, enero-junio 1969.

- QUINTANO RIPOLLÉS: *Hacia el final de una ficción penal y penitenciaria: el paralelismo carcelario*, Rev. Esc. Est. Penit., 61, abril 1950.
- *Modernos aspectos de las instituciones penitenciarias iberoamericanas* (Ponencia para el I Congreso hispano-luso-americano y filipino penal y penitenciario, Madrid, 1952), An. de Der. penal, mayo-agosto 1952.
- RIVACOBIA: *Relaciones entre las diversas disposiciones legales que regulan la ejecución de las penas de privación de libertad en el Derecho positivo español*, tesis doctoral Universidad de Madrid, 1957 (inédita).
- RODRÍGUEZ SUÁREZ: *El protocolo del interno*, Rev. de Est. Penit., 186, julio-septiembre 1969.
- SABATER TOMÁS: *Gamberros, homosexuales, vagos y maleantes*, Ed. Hispano-europea, Barcelona, 1962.
- *Los delincuentes jóvenes*, Ed. Hispano-europea, Barcelona, 1967.
- SALDAÑA: *El Derecho penal socialista y el Congreso penitenciario de Berlín*, Reus, Madrid, 1936.
- Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Londres, 8-19 agosto 1960)*. Informe de la Secretaría, Naciones Unidas, Nueva York, 1962.
- SELLÍN: *Reflexiones sobre el trabajo forzado*, Rev. de Est. Penit., 174, julio-septiembre 1966.
- Short-term imprisonment*, United Nations, New York, 1960.
- STEFANI. LEVASSEUR, JAMBU-MERLÍN: *Criminologie et Science pénitentiaire*, Dalloz, París, 1968.
- Sul problema della rieducazione del condannato* (Actas del II Convegno di Diritto penale, Bressanone, 1963), CEDAM, Padua, 1964.
- Tercer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Estocolmo, 9-18 agosto 1965)*. Informe de la Secretaría, Naciones Unidas, Nueva York, 1967.
- TERUEL CARRALERO: *Clinicas criminológicas y jueces de ejecución de penas*, separata del "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", Madrid, 1963.
- *La observación y clasificación de penados en Bélgica*, Rev. de Est. Penitenciarios, 172, enero-marzo 1966.
- TOMÉ RUIZ: *Escuelas penitenciarias de Europa y América*, Rev. de Est. Penitenciarios, 167, octubre-diciembre 1964.
- Trabajo penitenciario*. Naciones Unidas, Nueva York, 1955.

Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787

JOSE R. CASABO RUIZ

Profesor adjunto de Derecho penal
de la Universidad de Valencia

I

La idea codificadora, tal y como modernamente se entiende, surge con el triunfo de la Ilustración, es decir, en el último tercio del siglo XVIII (1). Este es el momento en el que los gobernantes "ilustrados" se aprestan a reformar la legislación criminal, a fin de ponerla en consonancia con las nuevas ideas.

España no fue una excepción en tal corriente general, pues bajo el reinado de Carlos III se acomete también la tarea de formar un Código criminal autónomo que contuviera únicamente leyes de esta naturaleza.

Hasta el presente, las noticias que se tenían de tal intento eran las ofrecidas por Sempere y Guarinos, en su valiosa obra *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III* (2). Sin embargo, la importancia del asunto demandaba un conocimiento directo que permitiera corroborar y completar lo escrito por Sempere. Por este motivo, se creyó conveniente emprender la dificultosa búsqueda de antecedentes. La tarea se ha visto ampliamente recompensada, ya que, por los documentos encontrados, es posible conocer el proceso codificador español que, en 1787, abocó en un plan concreto de Código criminal.

En este sentido, la Ilustración española no desmerece en absoluto de la del resto de los países europeos. Es más, existen datos que permiten afirmar la existencia de inquietudes reformadoras desde muy temprana fecha. Así, por ejemplo, puede ser muy ilustrativo el escrito que, en 1722, elevó Melchor de Macanaz a Felipe V, titulado *Auxilios para bien gobernar una Monarquía Católica* (3).

(1) Vid. DEL ROSAL, J., *Acerca de un supuesto Código penal del siglo XVIII*, en RGLJ, 1943, págs. 614 y ss.

(2) SEMPERE Y GUARINOS, J., *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*. Madrid, 1785-89.

(3) MACANAZ, Melchor de, *Auxilios para bien gobernar una Monarquía Católica, o documentos, que dicta la experiencia, y aprueba la razón, para que el Monarca merezca justamente el nombre de Grande*. Tomado del *Semanario Erudito*, publicado por Antonio Valladares, tomo V, Madrid, 1787.

En dicho escrito, se manifiesta Macanaz de forma terminante en favor de la ley positiva y en contra de las interpretaciones: "Debe persuadirse el Monarca, que el principalísimo auxilio para el equitativo, y justo régimen de sus reynos han, y deben ser las leyes con que se gobiernan, pocas, sólidas, y sin la tenaz admisión de controversias, que antes confunden que determinan". Por cada ley, continuará escribiendo, "hay veinte autores, interpretándolas cada uno de diferente manera; cuya contradicción, que arrojan, vicia los trámites de la Justicia; pues ofuscando los entendimientos de los Jueces, tal vez entre la infinidad de dictámenes que encuentran eligen el menos adaptable a la razón; y de este modo se impone una sentencia inarreglada a los merecimientos de una justicia conocida" (4). Para remediar la situación, indica al Rey que "establezca en sus estados una inalterable constitución de leyes y de términos: lo primero se puede conseguir fácilmente con la formación de un Código; el que únicamente servirá de pauta y de regla a los Jueces y Letrados; cuya dificultad, que a los unos y los otros se ofrezca, deberá juzgarla y definirla el Príncipe como supremo Legislador (5).

En el mismo memorial se detiene a considerar algunos puntos de derecho criminal, siendo muy interesantes sus argumentos utilitaristas en contra de la pena de muerte (6).

(4) *Auxilios...*, cit. págs. 236 y s. Tales quejas serán manifestadas también por BECCARIA: *De los delitos y de las penas*. Introducción, notas y traducción de FRANCISCO TOMÁS VALIENTE, Madrid, 1969: "De aquí que veamos castigados los mismos delitos por un mismo tribunal de modo diverso en diversos tiempos, todo ello por haber consultado no la constante y fija voz de la ley, sino la movediza inestabilidad de las interpretaciones"—pág. 77—. Más adelante, aún exclamará: "¡Feliz aquella nación en la que las leyes no fueran una ciencia!"—página 85—. Vid. sobre ello la nota de TOMÁS VALIENTE, en págs. 193 y s.

(5) *Auxilios...*, cit. pág. 238. También BECCARIA señalará que la interpretación de las leyes corresponde al legislador. Vid. *De los delitos...*, cit. págs. 75 y ss.

(6) Respecto de la pena de muerte, escribe: "Es práctica quasi inconcusa en España castigar con la pena ordinaria de muerte al que hizo uno o más robos sin concurrir otras circunstancias que hagan mayor el delito; cuya práctica no es nada conducente al reyno, ni con estos exemplares se remedian tales excesos. Castigar estos reos con la pena de muerte es quitar al Estado tantos miembros como los que fallecen en el patíbulo. Y en todo caso un hombre vivo puede producir mucho al reyno, y quedar castigado su delito, sin facultad para volver a cometerlo"—pág. 277—. Más adelante, repite: "un hombre muerto es un miembro podrido para la Monarquía"—pág. 278—. Como sustitutivo, se señala: "El modo que sean útiles a ella todos estos delinquentes, y que no les quede facultad para repetir sus excesos, será el demandar el Príncipe sean sentenciados por toda su vida a las obras fuertes en lo interior del Reyno, como son a las Minas de Azogue, o a los Arsenales, y a los destinos donde se construyen los navíos, y alguno de los más viles al remo de las galeras, donde deberán estar con todas las prisiones necesarias para su guarda, de noche en sus cuarteles, y de día en el trabajo incesante con la correspondiente tropa, que los guarde, y un pesado grillete que los distinga. Crea el Príncipe, que no es este menos exemplar castigo para el temor y escarmiento, que el que infunde el de la pena capital, porque este es el fin de todos los males, y aquel es una muerte dilatada, que hace purgar el delito al que lo cometió; y este da a la Monarquía el beneficio, que produce su trabajo repetido hasta la muerte"—págs. 278 y s.—. La afirmación de que una pena perpetua intimida más que la muerte, es exten-

Estas ideas reformadoras no creemos que resulte difícil encontrarlas repetidamente manifestadas en otros escritos de la época (7). Especial referencia merece, sin embargo, la *Representación* que en 1751, elevó el Marqués de la Ensenada a Fernando VI. En ella sugiere la formación de un Código, que consistiría en una "nueva Recopilación", reducida a un solo tomo y, de este modo, podría estudiarse mejor el Derecho Real en las Universidades (8).

También los Tribunales parecen manifestar preocupaciones que, para aquellos momentos, pueden considerarse progresistas. De ahí que Sempere no dude en recogerlas como exponentes, en cierto modo, de la Ilustración española (9).

El 23 de febrero de 1734 publicó Felipe V una pragmática (10) por la que se imponía la pena de muerte a los mayores de 17 años que cometiesen un hurto en la Corte o su rastro "sin arbitrio para templar ni conmutar esta pena en alguna otra más suave y benigna" (11). En contestación a la consulta del Consejo de 31 mayo 1734,

samente desarrollada por BECCARIA, *De los delitos...*, cit., pág. 116 y ss. También Sarmiento parece recoger dicha idea. Vid. ANTÓN ONECA, J., *El Derecho Penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, Madrid, 1967, separata de la Revista de Estudios Penitenciarios, pág. 4.

(7) Vid. SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo...*, cit., tomo I, págs. 87 y ss.; ANTÓN ONECA, *El Derecho Penal de la Ilustración...*, cit., págs. 3 y ss.

(8) Para que pueda apreciarse en su justo valor, se transcribe el texto completo, tomado de RODRÍGUEZ VILLA, A., *Don Cenón de Somodevilla, Marqués de la Ensenada*, Madrid, 1878, págs. 133 y ss.: "En las Cátedras de las Universidades no se lee por otro texto que el de Código, Digesto y Volumen, que sólo tratan del Derecho romano, siendo útiles únicamente para la justicia del Reino las de *Instituta*, porque es un compendio del Derecho, con elementos adaptables a nuestras leyes, habiendo el célebre Antonio Pérez formado una con el fin de acortar el tiempo de su estudio. En lugar de las de Código, Digesto y Volumen, se pueden subrogar las del Derecho Real con su *Instituta* práctica, reduciéndose a un tomo las tres de la Recopilación, respecto de que hay muchas leyes revocadas, otras que no están en uso ni son del caso en estos tiempos, otras complicadas y otras que por dudosas es menester que se aclaren. Para esta obra podría formarse una Junta de ministros doctos y prudentes, que con prolixo examen fuesen reglando y coordinando los puntos de esta nueva Recopilación, que podría llamarse el *Código Ferdinandino*, siendo V. M. el que logre lo que no pudo conseguir su augustísimo padre, por más que lo deseó, para imitar también al gran Luis XIV, cuyo código fue el que dio a Francia la justicia que la faltaba. Del modo propuesto, con dos años de estudio de Instituta teórica y cuatro de Instituta práctica, se hallará cualquier cursante de medianos talentos con suficientes principios y luces para seguir la carrera de Tribunales, con más seguridad que ahora con treinta años de Universidad".

(9) SEMPERE, *Ensayo...*, cit., tomo III, págs. 167 y ss.

(10) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La distinción hurto- robo en el Derecho histórico español*, en AHDE, 1962, pág. 101.

(11) Muy interesante es la distinción que hace la pragmática entre los mayores de diecisiete años, y de quince a diecisiete, aplicando a estos últimos una penalidad rebajada. Otros muchos puntos de interés ofrece esta pragmática, como, por ejemplo, la clara delimitación, a efectos de penalidad, entre cómplices y encubridores; la expresada referencia a que no se lograra "el intento ni la perfecta consumación del delito por algún accidente o acaso", para que pueda ser castigado, y la condena indeterminada en cuanto al máximo: que al joven de quince

aclara el Rey “que todo hurto, calificado o no, de poca o mucha cantidad, debe estar sujeto a la pena de la pragmática” (12).

Esta penalidad tan grave no fue bien acogida por los Tribunales, como acremente lo manifiesta el propio Rey: “Y cuando debía persuadirme a que lo justo, conveniente y preciso de esta Ley, y tan expresiva y no dudosa declaración de mi Real ánimo executase la ciega deferencia de mis Ministros a su más pronto y efectivo cumplimiento, no veo los efectos de su observancia, sin embargo de ser notoria la perpetración de semejante delito” (13).

Pese a la anterior admonición, no cesaron los Magistrados en insistir acerca de la conveniencia de su reforma. Así, la Sala elevó una representación el 28 de febrero de 1744, en la que pedía no se aplicase la pena de la pragmática en los hurtos “simples de corta cantidad sin violencia o fuerza” (14). Para tales casos sugiere la Sala una pena inferior (15).

Asimismo, el Consejo en consultas de 9 de abril y 23 de noviembre de 1745, manifestaba al Rey, según refiere Sempere, que “la gravedad de aquella pena —la de muerte— sobre ser desmedida, y nada proporcionada a la qualidad del delito por el que se imponía, no lograba contener los robos, pues ni los robados se atrevían a denunciar a los ladrones, ni los testigos a declarar la verdad, consintiendo más bien en gravar sus conciencias, quebrantando el juramento, que en ver condenado a nadie a muerte por un delito que no tenían por grave, ni digno de semejante pena” (16). El Rey, ante la representación de la Sala y las consultas del Consejo, decide: “que las penas de los hurtos simples sean arbitrarias, según y como la Sala regulare la qualidad del hurto, teniendo presente para ello la repetición o reincidencia, el valor de lo que se regulare del robo, la calidad de la persona a quien se robó, y la del delinquente, con lo demás que se halla prevenido por el Derecho; no habiéndose conformedo con los otros puntos que la Sala expuso en su citada representación” (17).

No finalizó aquí la cuestión, pues el 13 de abril de 1764 —año de la publicación del libro de Beccaria— decidió Carlos III renovar la

a diecisiete años “se le condene en la pena de doscientos azotes y diez años de galeras, y a que, pasados, no salga de ellas sin mi expreso consentimiento”. La pragmática se halla en la Nov. Recop. 12. 14. 3.

(12) Nov. Recop. 12. 14. 5.

(13) Nov. Recop. 12. 14. 5.

(14) “En que se comprehenden los que roban capas, mantillas u otro géneros de vestidos en las calles, que vulgarmente llaman capeadores, sin escalamiento, herida ni fractura de puerta de casa, arca, cofre, papelera, escritorio ni otra cosa alguna cerrada en que estoviese la cosa que se hurtase, ni que se abriese con llave falsa, ganzúa u otro instrumento semejante”, o que el robo llegase a la cantidad que fuese del agrado del Rey.

(15) Nov. Recop. 12. 14. 6.

(16) SEMPERE, *Ensayo...*, cit., tomo III, págs. 167 y s.

(17) Nov. Recop. 12. 14. 6.

vigencia de la pragmática de 1734. De nuevo el Consejo, como escribe Sempere, elevó una consulta al Rey en la que:

“proponía muy serias, y eficaces razones para persuadir a su Real ánimo, que la severidad de la pena de la Pragmática de 1734 no había correspondido al santo celo que movió al Sr. Felipe V para su formación, cual era el de extinguir enteramente los robos; pues el suceso, y la experiencia contraria representada por la Sala habían manifestado cuán incompetente era su rigor al remedio que deseaba la soberana paternal intención; y así se había servido mitigarlo.”

“Que las penas deben ser proporcionadas a los delitos, según las más, o menos malicia; el mayor o menor daño; la premeditación para cometerlos, y otras circunstancias (18), que explica el Consejo oportunamente para establecer la diferencia con que se debe proceder en el castigo de los que conspiran contra las personas, vida y honor de los hombres, cuya gravedad puede elevarse hasta el último suplicio, y de los que sólo roban caudales, y más si lo ejecutan sin violencia, rompimiento de casas, ni en caminos, etc.” (19)

“Se hizo cargo de la Ley de Partida, concordante con una auténtica de Justiniano, en que se prohíbe a los jueces la imposición de pena de muerte, ni de mutilación de miembros por el hurto, fundando la razón de esta ley en sólidos principios de Derecho. Añadió que la frecuencia de los hurtos era causa justa para agravar las penas: pero que ella sola no es bastante para imponer la de muerte; ni tampoco es proporcionada, ni suficiente para exterminar este delito (20). Que la Ley I tít. 23 lib. 8 de la Recop. no había tenido observancia, en orden a imponer pena capital por el hurto simple.”

“Ponderaba el conflicto en que puso a los jueces el cumplimiento de la Pragmática, por no alcanzar su diligencia a la averiguación del cuerpo del delito, ni a la prueba de los reos por la resistencia que hacían los testigos a declarar, y

(18) El tema de la proporcionalidad entre los delitos y las penas preocupa especialmente a los “ilustrados”. ANTÓN ONECA, *El Derecho Penal de la Ilustración...*, cit., pág. 7. Vid. BECCARIA, *De los delitos...*, cit., capít. XXIII; LARDIZÁBAL, Manuel de, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, en Revista de Estudios Penitenciarios, 1966, capít. IV.

(19) BECCARIA escribe: “No sólo es de interés general que no se cometan delitos sino que sean más raros en proporción del mal que acarrear a la sociedad. Por tanto, los obstáculos que aparten a los hombres de los delitos deben ser más fuertes a medida que los delitos sean más contrarios al bien público y en proporción a los estímulos que impulsen a ellos. Por ello debe existir una proporción entre los delitos y las penas”. *De los delitos...*, cit., págs. 137 y s.

(20) Vid. Nota 18.

aun los mismos robados a denunciar, como ya lo había expuesto la Sala.”

“Especifiqué algunos puntos de la severidad de la Pragmática, y su rigor, como son entre otros el condenar a pena capital a los menores de edad; que se estime para el convencimiento del delito la falible prueba de los indicios (21), y presunción con un solo testigo, y éste con la tacha de ser el robado, o cómplice en el robo, confesó de sí, y purgado de su infamia (22); con cuya solemnidad es difícil el que el ánimo del juez se quiete, y sólo descansará sobre la autoridad de la Ley que le obliga. Que el estimar la determinada cantidad del hurto para hacerlo cualificado, y que recaiga sobre él la pena capital, no parece guarda la proporción debida, la cual ha de medirse por el estado y circunstancias de las personas, deformidad del delito, y su malicia, gravedad del daño, y necesidad de la pena, por estar defendida la vida del hombre por un precepto del Legislador supremo (23), extendiéndose a otras muchas reflexiones.”

“Propuso algunas providencias útiles que pudieran tomarse para evitar los ociosos y vagabundos, cuidar de la niñez de ambos sexos, desterrar el libertinaje y mendicidad, origen de los hurtos, y otros vicios” (24).

“Y concluye con el dictamen de que S. M. se sirviese mandar suspender su resolución de 13 de abril, y que se observará la mitigación que acordó el Augusto Padre de S. M. a las consultas del Consejo de 9 de abril y 23 de noviembre de 1745. Que en lo demás del reino no se hiciese novedad, y que se practicaran inviolablemente las leyes penales impuestas a los hurtos, para cuya observancia se libran iniciativas a los Justicias, y que se previniese a los Comandantes de los Presidios, Arsenales, Minas y Obras Públicas que cuidaran de la seguridad de los reos, para que cumplieran su tiempo y trabajos (25). Y sobre todo que el

(21) Vid. BECCARIA, *De los delitos...* cit., capít. VII.

(22) La misma idea manifiesta BECCARIA: “La credibilidad de un testigo, pues, debe disminuir en proporción del odio, o de la amistad, o de las estrechas relaciones que existan entre él y el reo”. *De los delitos...*, cit., pág. 87.

(23) Es una velada alusión a la importancia de la pena de muerte. Vid. sobre este argumento, LARDIZÁBAL, *Discurso...*, cit., págs. 704 y s.

(24) Recuérdese la terminante afirmación de BECCARIA: “Es mejor prevenir los delitos que punirlos. Este es el fin principal de toda buena legislación”. *De los delitos...* cit., pág. 180. ANTÓN ONECA, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, Revista de Estudios Penitenciarios, 1964, pág. 426. Sobre la vagancia, vid. ANTÓN ONECA, *El Derecho Penal de la Ilustración...*, cit., pág. 11.

(25) También dirá BECCARIA: “Uno de los mayores frenos de los delitos no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad, y, por consecuencia, la vigilancia de los magistrados y la severidad de un juez inexorable”. *De los delitos...*, cit., pág. 131.

Consejo, tomando la más cabal instrucción, haría presente a S. M. las providencias que pudieran darse en orden a los remedios preservativos" (26).

La consulta transcrita demuestra hasta qué punto la Magistratura se hallaba penetrada de ideas "ilustradas", que deseaba tuviesen efectiva realidad. Y precisamente a la Magistratura se debe la iniciativa de la codificación criminal en España.

II

Según se desprende de la consulta del Consejo de 10 de diciembre de 1782 (27), la idea de la codificación criminal surgió con motivo del expediente acerca de la fuga de los condenados en los presidios de Africa. También Lardizábal al hablar de su encargo se refiere a este expediente (28).

Parece ser que, cuando Jorge Juan regresó en 1761 de su embajada de Marruecos (29), expuso al Rey que "muchos de los presidiarios desertaban a vandadas, pasándose a los moros, y renegando desde luego para eludir la providencia de que los moros los entregasen a mis Comandantes, como estaba capitulado" (30). Por este motivo, consultó el Rey al presidente del Consejo, pidiendo que el Consejo se informase y propusiera las medidas adecuadas (31). En su virtud, la Sala de Alcaldes presentó una respuesta el 30 de junio de 1770, en la que señalaba "que el primer paso para distinguir a los delincuentes y sus destinos debía ser la formación de un Código Criminal o de Leyes Penales, en que, siguiendo las establecidas en los diferentes Cuerpos del Derecho de estos Reynos en todo aquello que no hubiese motivo para variarlas, y enmendando lo que por el tiempo y sus circunstancias pidiese diferente decisión, se graduasen las penas según la gravedad de los delitos, sus qualidades, pruebas y excepciones" (32). El Consejo, "habiéndolo estimado así" (33), lo elevó al Rey en la consulta de 25 de septiembre de 1770.

(26) SEMPERE, *Ensayo...*, cit., tomo III, págs. 168 y ss.

(27) AHN. Estado: 4822,5.

(28) El Rey "después de haber tomado varias y acertadas providencias para impedir la abominable deserción que hacían a los moros muchísimos de los desterrados a los presidios de Africa, abandonando torpemente su patria y su religión, encargó al Tribunal Supremo, a quien tiene fiada la administración de justicia y el gobierno de sus pueblos, que tratase y consultase sobre los medios de hacer una reforma en la jurisprudencia criminal". *Discurso...*, cit., páginas 642 y s.

(29) SEMPERE, *Ensayo...*, cit., tomo III, pág. 174.

(30) Nota (a) de la Nov. Recop. 12. 40. 7., publicada en *Los códigos españoles*, tomo 10, Madrid, 1850.

(31) Loc. cit., nota anterior.

(32) Consulta del Consejo de 10 de diciembre de 1782. AHN. Estado: 4822,5.

(33) Loc. cit., nota anterior.

El Rey, en su contestación a la consulta, según escribe Lardizábal, “encargó al Tribunal Supremo, a quien tiene fiada la administración de justicia, y el gobierno de sus pueblos, que tratase y consultase sobre los medios de hacer una reforma en la jurisprudencia criminal” (34). Por su parte el documento que hemos hallado indica que resolvió “se continuase en la colección de Leyes penales” (35) (36).

Puede afirmarse, por consiguiente, que con la contestación Real a la consulta del Consejo de 25 de septiembre de 1770, se inicia oficialmente en España la codificación criminal (37).

Parece que la resolución Real quedó un tanto olvidada hasta el oficio de Roda de 1776, según se desprende de Sempere: “quien ha dado más calor a la empresa de reformar nuestro Código Criminal, ha sido el excelentísimo señor don Manuel de Roda, secretario de Estado, y del Despacho general de Gracia y Justicia” (38). Aprovechando que se hallaba pendiente la Consulta del Consejo acerca de la pena que debería imponerse a los hurtos hechos en la Corte, remitió un oficio al Consejo, en el que, aparte de pedir se le informe acerca de la práctica que se observa en la Sala respecto de los hurtos, mandó que se estudiase la reforma de las Leyes criminales. Por su interés, se considera conveniente la reproducción literal del texto:

“y al mismo tiempo quiere que V. I., con algunos ministros que elija a su arbitrio, trate, y conferencie sobre el modo de arreglar, con la mayor justificación, las penas proporcionadas, y correspondientes a semejantes delitos, con la distinción debida, según la diferencia de la gravedad, y malicia de ellos, del daño que causan y violencia con que se ejecutan, de la calidad de las personas de los robados, y de los delinquentes, y todas las demás circunstancias que deban aumentar o disminuir el castigo.

”Para que sea más útil, y sirva de mayor escarmiento, quiere S. M. se considere si la pena capital, que se va ya desterrando en algunos países cultos (39), se pudiera conmutar en otro castigo de duración, para que fuese más permanente el exemplo, que contenga a los demás, y sirva de

(34) *Discurso...*, cit., págs. 642 y s.

(35) *Loc. cit.*, nota 32.

(36) Para resolver de inmediato el problema de la fuga promulgó el Rey la importante pragmática de 12 de marzo de 1771, “de sabor moderno por contener un sistema de individualización penitenciaria”, ANTÓN ONECA, *El Derecho Penal de la Ilustración...*, cit., pág. 10.

(37) Y este expediente debe ser al que se refiere Roda en su oficio a Ventura Figueroa. SEMPERE, *Ensayo...*, cit., tomo III, pág. 174.

(38) SEMPERE, *Ensayo...*, cit., tomo III, pág. 167.

(39) Como Prusia y Suecia.

corrección, y enmienda a los mismos reos, y de utilidad y beneficio al público, según los trabajos a que se les aplique.

"Así mismo, quiere S. M. se trate y reflexione sobre el uso de la cuestión del tormento, que no se ha admitido en muchas naciones bien gobernadas, y ha sido modernamente disputado por muchos sabios A. A. (40), por ser prueba muy falible, dudase de su justificación y manifestar la experiencia con frecuentes ejemplares, pasarlo sin confesar sus delitos los reos más atroces y no haberlo podido sufrir muchos inocentes, declarando los delitos que no habían cometido.

"La nota adjunta se ha formado de aquellos solos expedientes que se encuentran en los extractos de esta Secretaría, y para mayor seguridad convendría que V. I. hiciese buscar y tener presentes los originales de que dimanar, y otros cualesquiera que existan en la Sala, en el Consejo y en la Secretaría de la presidencia; como también las órdenes que se han comunicado al Consejo, y las consultas que éste ha dirigido a S. M. por otras Secretarías del Despacho; pues S. M. tiene entendido haberse formado de su Real orden expediente en el Consejo sobre conmutar la pena de presidio en otros destinos más y convenientes, con motivo de haberse representado a S. M. y asegurado don Jorge Juan a su venida de la Embajada de Marruecos en el año 1761, ser grande la deserción de nuestros presidiarios; y que pasándose a los Moros reniegan, para que no los restituyan a nuestros Comandantes (41). Haberse igualmente tratado de la conmutación de la pena antigua de galeras, por haber cesado éstas (42), y del establecimiento de lugares de reclusión en algunas partes de España, donde con estrechez y seguridad se aplicase a los reos a trabajos duros, y labores útiles como siervos de la pena, a que no puede obligarse a los inocentes (43). Y últimamente habérsele consultado también sobre la formación de un Código Criminal, en que se recopilen todas las leyes penales, omitiendo las que no están en uso, evitando la perple-

(40) Montesquieu, Voltaire, Beccaria. Vid. TOMÁS VALIENTE, F., *La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España*, en *Anales de la Universidad de La Laguna*, I, 1963-64, págs. 23 y ss. de la separata; MARTÍNEZ Díez, G., *La tortura judicial en la legislación histórica española*. AHDE, 1962, páginas 291 y ss.

(41) Vid. supra.

(42) Por R. O. de 18 de octubre de 1749, "con motivo de haberse extinguido la esquadra de galeras, resolvió S. M., que a los reos, a quien por sus delitos se aplicaba a ellas, se les destinase a servir a las minas de Almadén, y a los de mérito más leve por gastadores en los presidios de Africa". Nota (4) a la Nov. Recop. 12.40.10. En *Los Códigos españoles*, tomo 10 cit. Se restablecieron por R. O. 31 diciembre 1784. Nov. Recop. 12.40.10.

(43) Quizá se refiere a la propia pragmática de 12 de marzo 1771. Nov. Recop. 12.40.7.

alidad que las mismas leyes producen por su contrariedad, obscuridad o variación de costumbres, según la diferencia de tiempos (44).

”Todos estos expedientes pueden conducir mucho para los asuntos de que se ha de tratar en la junta que V. I. forme; deseando S. M. saber el estado de ellos, y que se unan y combinen las especies para que no haya complicación en las resoluciones que S. M. tome por distintas vías, y a diferentes consultas, en asuntos que tienen tanta conexión entre sí, y deben decidirse por unas mismas reglas, y con gran consecuencia, y uniformidad en las determinaciones”.

Si bien el oficio de Roda no se refiere expresamente a la formación de un Código Criminal, sin embargo, parece motivó que el Consejo comisionase a Lardizábal. A este respecto, escribiría Sempere: “Aquel oficio del señor Roda tuvo los efectos más favorables. El Consejo dio comisión al señor don Manuel de Lardizábal para que formara un extracto de las leyes penales de la Recopilación, añadiendo las concordantes con todos los demás cuerpos legislativos” (45). De ser correcto lo transcrito por Sempere, el encargo a Lardizábal se realizó no antes de 1776. Reguera Valdelomar (46) señala, en cambio, que comenzó en 1775.

El mismo Lardizábal nos hablará del encargo: “Este sabio y respetable Senado conoció desde luego, con su acostumbrada penetración y discernimiento, que para hacer una reforma, qual convenía a las benéficas intenciones del Soberano, y que no fuese voluntaria y caprichosa, era indispensable tener a la vista todas las penas que en diversos tiempos se han puesto a los delitos, y las alteraciones que ha padecido este importante ramo de la legislación. Con este fin se dignó de mandarme que formase un extracto puntual y circunstanciado de todas las leyes penales que se han publicado en los principales Cuerpos de nuestro Derecho desde la dominación de los Godos hasta el tiempo presente (47).

En la consulta de 1782 se manifiesta que poco tiempo después también se le encomendó por el Consejo a Lardizábal la formación de un tomo 4.º de la Recopilación:

“El Consejo, conociendo la necesidad y utilidad de recoger y ordenar por Libros y Títulos de la Recopilación los Decretos, providencias generales, Cédulas y Autos acordados, que han salido desde el año 1745 en adelante, formando un

(44) Vid. nota 37.

(45) SEMPERE, *Ensayo...*, cit., pág. 175. Sobre LARDIZÁBAL. Vid. ANTÓN ONECA, *El Derecho penal de la Ilustración...*, cit.; DE RIVACOBA y RIVACOBA, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fe, 1964; BLASCO y FERNÁNDEZ DE MOREDA, F., *Lardizábal, el primer penalista de América Española*, México, 1957.

(46) En *Extracto de las leyes de las siete Partidas*, 2.ª ed. Citado por MARTÍNEZ MARINA, F., *Juicio de la Novísima Recopilación*, Madrid, 1820, págs. 6 y s.

(47) *Discurso...*, cit., pág. 643.

cuarto tomo por suplemento de los tres de que hoy consta; y considerando también haber igual o más urgente necesidad en nuestra legislación criminal de formar una nueva Pragmática, en que, alterando, reformando y mejorando las leyes penales antiguas, que por la calidad de sus penas, variedad de los tiempos y otras causas están sin uso, acomodando las equivalentes a las circunstancias del tiempo presente, y cortando en lo posible toda arbitrariedad, formando para ello previa y separadamente un extracto de todas las Leyes penales dispersas en la Recopilación anotando en cada una las concordancias o discordancias, que estas mismas Leyes tuviesen en las demás del Reyno desde el Fuero Juzgo o Código Legislativo de los Godos; encargó estas dos operaciones a D. Manuel de Lardizábal y Uribe por la confianza de su cabal desempeño y tener principiado este segundo trabajo en quanto al extracto de las Leyes penales del Libro 8.º de la Recopilación en que se contiene la mayor y más principal parte de nuestra Legislación penal, indicando en cada Ley su Autor, el tiempo de su establecimiento, y la fuente de donde se tomó.” (47 bis).

Es interesante el hecho de que Lardizábal fuera propuesto para dicho encargo por Campomanes, según da cuenta la *Real Cédula sobre la formación y autoridad de esta Novísima Recopilación de Leyes de España*, que se halla al comienzo de dicho cuerpo legal (48).

Cumpliendo Lardizábal con lo encomendado, presentó “sucesivamente el extracto de las Leyes penales puramente criminales (49) por lo tocante a los demás libros de la Recopilación, de forma que, concluida esta obra, la presentó al Consejo en 9 de febrero de 1778” (50).

Según continúa refiriendo la consulta de 1782 “estos extractos los fue remitiendo el Consejo a la Sala de Alcaldes con orden de que disputase al Alcalde D. Tomás Joven de Salas para que excusándose de los encargos y obligaciones, que como a tal le correspondían en ella, a excepción de asistir a la vista de las causas graves, lo reconociese, y, dando cuenta a la Sala, ésta lo hiciese al Consejo infor-

(47 bis) AHN. Estado: 4822,5.

(48) Textualmente dice: “... ofreciendo dar al público en otro tomo separado, por vía de suplemento, el gran número de cédulas y autos acordados que se habían salido desde el año de 1745. Para su cumplimiento, a propuesta de mi Fiscal D. Pedro Rodríguez Campomanes, nombró el Consejo a D. Manuel de Lardizábal, mandando que por sus escribanos de Gobierno y Archiveros se le pasase un exemplar de los decretos, cédulas y autos acordados que se habían publicado desde el año 1745, con encargo de que extendida la ordenación manuscrita de estos documentos, la presentase al Consejo para su examen”.

(49) Es curiosa la distinción entre leyes penales y criminales.

(50) Consulta del Consejo de 10 de diciembre de 1782. AHN. Estado 4822,5. El trabajo, según refiere el propio Lardizábal, mereció la aprobación del Consejo. *Discurso...*, cit., pág. 643.

mando lo que estimara más conveniente en la conformidad que se le previno, y de esta orden ha repetido recuerdos a la Sala para su cumplimiento, con la prevención de que en caso de no poder el Alcalde Joven de Salas por su notoria indisposición, nombrase otro que le ayudase en su despacho en lo que necesitase" (51).

Por nuestra parte, hemos encontrado una hoja suelta en el Archivo de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, que lleva sello de 1777, y al margen indica: "Papel del Alcalde D. Tomás Joven". Su contenido, desgraciadamente incompleto, dice así:

"El encargo o comisión se dirige a la formación de un Código Criminal estableciendo Leyes que corrijan, moderen, amplíen, y aclaren muchas antiguas, que o por explicación dudosa la varía inteligencia de los escritores dio lugar a su inobservancia, o por haberse juzgado rigurosas y no conformes a las costumbres actuales nunca, o rara vez se han observado, procurando en quanto sea posible coartar el arbitrio de los Jueces, para que cada delito tenga pena cierta según su gravedad, qualidades, pruebas y excepciones; bien entendido que a excepción de aquellos delitos graves que merecen pena Capital, en los demás a que sólo corresponde aflagante temporal, debe mirarse no a oprimir ni a inutilizar sino a mejorar los Ciudadanos, y hacerlos útiles al Estado, teniendo presente en las penas pecuniarias la variedad de los tiempos para arreglarlas, disponiéndolo todo de modo que se reduzca a una Pragmática en que por delitos se señale a cada uno la pena correspondiente según las prevenciones indicadas, y la actual..." (52).

Los dos expedientes (53), el de recopilación y el "respectivo a la formación de un Código de Leyes penales", se unieron pasando

(51) Loc. cit. nota 49. SEMPERE señala que "habiéndose inhabilitado el Sr. Joven de Salas para la continuación de aquel trabajo por una larga enfermedad, la Sala solicitó del Consejo el que se diera nueva forma a la comisión del Código Criminal; y se mandó últimamente que recogiendo todo lo que estaba trabajado, se entregara a otros dos Alcaldes, quienes lo fueron haciendo presente en la Sala juntamente con sus reflexiones". *Ensayo...*, cit., tomo III, págs. 175 y s.

(52) Posiblemente sea parte de la "copia certificada por el Secretario de Gobierno de la Sala, D. Roque Gardanos, en 18 de noviembre de 1777, del papel dirigido en 8 del propio mes y año por el Alcalde de Corte, D. Tomás Joven de Salas, comisionado para la formación del Código Criminal" a que se refiere la "Nota de los papeles relativos al Código Criminal que la Essma. Secretaría de Gobierno del extinguido Consejo de Castilla remite al Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia" de 12 septiembre 1820. AHN. Consejos 51552,17.

(53) Por lo que se refiere "a la colección y consideración de los Reales Decretos, autos acordados, Cédulas, Consultas resueltas y demás providencias generales, que han salido desde el año 1745 hasta ahora, presentó Lardizábal una razón individual y circunstanciada de todos los documentos, que paran en el

“al Fiscal Conde de Campomanes, quien en su vista por lo respectivo a este último propuso que en atención al transcurso del tiempo, que se advierte, y a lo importante y urgente de este negocio, se hiciese recuerdo a la Sala, como así se hizo con estrecho encargo para que con toda la posible prontitud evacuase lo mandado” (54).

El Consejo, ante lo expuesto, decidió:

“Que por lo tocante a la declaración de las leyes penales (55) antiguadas o sin uso deberá la Sala destinar dos Alcaldes, como le esté prevenido (56) que revean con aplicación los extractos de estas Leyes, sus concordancias y discordancias, y anoten lo que les dictare su estudio y práctica Criminal, remitiendo su trabaxo, por el orden de los nueve Libros, según lo fueren concluyendo al Consejo para que

Archivo del Consejo de que había sacado copias, y las ordenó conforme a los Libros y Títulos de la Nueva Recopilación para formar el suplemento de los autos acordados, a fin de que el Consejo resolviere quales se han de insertar y quales no. Para el mismo fin presentó en 1.º de diciembre de 1779 una lista de órdenes generales, que de oficio se le remitieron de la Secretaría del Consejo de Hacienda, a que acompañó otra de Cédulas, Decretos y consultas resueltas, que paran en el Archivo del Consejo y se expidieron después que presentó la primera en el año 1778”. Consulta del Consejo de 10 de diciembre de 1782. AHN. Estado 4822,5.

(54) Consulta del Consejo de 10 de diciembre 1782. AHN, Estado, 4822,5.

(55) Respecto del otro expediente “expuso el mismo Fiscal ser verdaderamente un punto, que requiere examinarse con toda formalidad para la perfección de la obra y evitar dudas en lo sucesivo”, para ello “podría el Consejo hacerlo presente a V. M. a fin de que finalizadas las copias que restaban, aumentada con ellas la lista con igual coordinación, y uniéndose a mayor abundamiento las copias para poder concurrir a ellas y enterarse de su contexto siempre que fuese necesario; se dignase V. M. resolver o bien que se pasase todo a la Junta de Ministros formada para el examen del Código de Leyes penales, en cuya formación se está entendiendo o a los que el Consejo nombrase, a menos que V. M. tuviese a bien nombrarlos; a cuya Junta asistiese el mismo Lardizábal para que como enterado del método que ha seguido, y del contexto de las copias, pudiese dar con prontitud las noticias que se le pidieren en las dudas que ocurrieren; y que la misma Junta acordase y resolviere lo que deba ponerse por auto acordado, lo que en las remisiones o notas y su colección, y lo que no sea necesario y corresponda omitirse; pues de este modo se evacuaría con toda formalidad, arreglo y prontitud un asunto tan importante”.

El 10 de diciembre de 1782, fecha de la Consulta del Consejo, sólo le quedaba a Lardizábal “recoger y coordinar los Decretos y Cédulas respectivas al Patronato Real, materia benéfica, y gracias que se expiden por la Cámara, cuyo trabajo se halla también muy adelantado para pasarlo al mismo Lardizábal a consecuencia de las resoluciones de S. M. comunicadas para que los Tribunales franqueasen las resoluciones generales a dicho Lardizábal para incluirlas en el tomo 4.º de la Recopilación.

“Y mediante que mientras las Secretarías de la Cámara cumplen con la entrega de los citados documentos y Lardizábal los coordina y forma su respectivo quaderno, puede formarse la revisión de lo que tiene ya presentado por lo tocante al Consejo Real, Junta de Comercio, y Consejo de Hacienda, en lo que consiste el fondo principal de la obra”.

(56) Vid. supra nota 51.

en su vista lo examine o pase a la propia Junta, a fin de que en lugar de las penas antiquadas, teniendo presente lo que propongan los dos Alcaldes, arregle la declaración o Pragmática conveniente por capítulos en declaración de las citadas Leyes.

“Que por este medio sin retardar el despacho diario de los negocios se podrá conseguir en el glorioso Reynado de V. M. completar el Cuerpo Legislativo de nuestro Derecho, y añadir este nuevo monumento del incesante desvelo con que V. M. atiende a la recta administración de Justicia y castigo de los delitos, apartando de las Leyes toda confusión y arbitrariedad” (57).

El Rey “por resolución a dicha consulta, que fue publicada en 11 de marzo de 1783, conformándose con el parecer del Consejo, se sirvió nombrar tres de sus Ministros para la Junta en que Lardizábal debía presentar sus trabajos, congregándose a este fin dos días de cada semana, y aumentando después otro Ministro por Real Orden de 15 abril del mismo, con relevación de asistir al Consejo en los días de Junta, para que pudieran desempeñar su comisión con la brevedad y reflexión que exigía la importancia del asunto (58).

El 26 de marzo de 1783 dirige Fernando de Velasco un escrito a Floridablanca en el que expone que la Junta compuesta por Blas de Hinojosa, Miguel de Mendinueta y el firmante, a la que asiste Lardizábal, había decidido reunirse dos días a la semana y piden se les dispense de asistir al Consejo y que se nombre otro miembro para la Junta (59). Al margen hay una nota que dice: “El Rey se conforma y nombra a D. Pablo de Mora al fin que expresa y se le exonera de asistir al Consejo los días de Junta que no fueren feriados, los que procurarán aprovecharse. Firmado a 5 de abril de 1783 por papel al Decano del Consejo”.

Habiendo concluido la Junta su tarea respecto de la Recopilación (60), el 26 de octubre de 1785 se le pasaron todos los antecedentes de la formación del Código criminal (61).

El 29 de marzo de 1787, la Junta eleva a Floridablanca, para su aprobación, el plan del futuro Código criminal. Ante la falta de contestación, se le remite de nuevo en abril de 1788.

(57) Consulta del Consejo de 10 de diciembre 1782. AHN, 4822,5. En este año, 1822, publica Lardizábal su *Discurso...*, cit. para facilitar la reforma de las Leyes criminales de España.

(58) *Ral cédula sobre formación y autoridad de esta Novísima Recopilación*, cit.

(59) AHN. Estado, 4822,5.

(60) “La presentó al Consejo en 12 de julio de 1785 en tres gruesos volúmenes”. *Real cédula sobre formación y autoridad de esta Novísima Recopilación*, cit.

(61) Escrito del Consejo a Floridablanca de 9 de febrero de 1789. AHN, Estado 4818,31.

El presidente de la Junta, Fernando de Velasco, fallece en agosto de 1788. Para sustituirle, propone Campomanes a Pedro José Valiente el 23 de septiembre de 1788 (62).

El 28 de diciembre de 1788, Floridablanca dirigió un escrito a Campomanes, Decano interino del Consejo, en el que informado de "haber mucha arbitrariedad en la imposición de penas en las causas criminales, como lo manifiestan las que siguen por sí solo los Alcaldes de Corte sin dar cuenta a la Sala: la multitud de mendigos que siempre se encuentra, y lo que ha notado V. M. mismo en la consulta a la sentencia nuevamente impuesta a Andrés y a Pedro Rufo, conocidos con el nombre de los Morlanes, en las penas y en los fundamentos y leyes que se han citado para ellos, mandava V. M. que luego evacuase el Consejo la formación de un Código Criminal, como tenía mandado el augusto Padre de V. M., que santa gloria haya" (63).

En la respuesta del Consejo se dice que:

"para la ejecución de dicha Real resolución de V. M. acordó el Consejo que se diese cuenta de ella con los antecedentes del asunto, como así se hizo, resultando de ellos, que para el desempeño del encargo hecho por el glorioso Padre de V. M. se arreglaron de orden del Consejo por la Sala de Corte con presencia de las Leyes y de la práctica observada con ella, varios cuadernos para la formación del referido Código Criminal, los cuales se pasaron con diferentes antecedentes y consultas del Consejo en 26 de octubre de 1785 a la Junta de Recopilación para que examinándolo y reconociéndolo todo, propusiese el citado Código criminal.

"Habiendo preguntado el Consejo a la Junta el estado en que tenía el encargo, ha contestado, que con presencia de los cuadernos de la Sala de Corte, y de las Consultas del Consejo remitidas con ellos, tiene ya arregladas por mayor las penas que le han parecido proporcionadas y convenientes a las actuales circunstancias; pero que falta dar la última mano a este trabajo, para estenderle después con el orden, claridad y concisión que desea V. M. lo que procurará desempeñar del mejor modo que pueda y con la brevedad posible.

"El Consejo, Sr., persuadido de la necesidad de arreglar las leyes penales y con el deseo de que tuviesen cumplido efecto las intenciones del augusto padre de V. M. hizo desde luego los más estrechos encargos a la Sala para que formalizase los cuadernos que ya concluyó y remitió el Consejo al examen de la Junta de recopilación, por parecerle éste el medio más seguro y expedito de examinar y reflexionar una materia tan delicada y prolija que exige las más difi-

(62) AHN, Estado, 4822.5.

(63) AHN, Estado, 4818.31.

ciles combinaciones para asegurar el acierto y no decaer en extremidades.

“Los Ministros que componen la Junta luego que concluyeron su principal encargo, se dedicaron al desempeño de éste, pero como tienen otros asuntos a su cuidado y éste es tan grave y complicado, por dirigirse a alterar, reformar y mejorar las Leyes penales anticuadas y sin uso, no es fácil desempeñarle sin un profundo y detenido estudio, y por otra parte no se pudieron celebrar Juntas desde la enfermedad y muerte de D. Fernando de Velasco que presidía la Junta, ocurrida en el mes de agosto del año próximo pasado, en cuyo tiempo se hallaba enfermo también D. Blas de Hinojosa, que era otro de los Ministros de la misma Junta que falleció en el mes de diciembre último; pues aunque se nombró en lugar del primero a D. Pedro José Valiente y para suceder al segundo ha manifestado el Decano Gobernador interino que tiene propuesto a V. M. otro Ministro, entiende el Consejo que aunque la Junta tenga adelantados sus trabajos, habiendo de instruirse radicalmente de ellos los nuevos Ministros para dar su dictamen al Consejo con el acierto y meditación reflexiva que requiere un asunto de tanta gravedad e importancia necesitarán de algún tiempo y no podrá desempeñarse con la brevedad que encarga V. M. al Consejo quien queda con el cuidado de pronto verlo y activarlo todo cuanto sea posible, para que se verifiquen las justas intenciones de V. M. y se asegure el acierto en negocio de tanto momento y trascendencia a la constitución interior de la Nación, en la cual son menos frecuentes los delitos, comparada con las demás civilizadas de Europa, en que sin duda tendrá su influencia la práctica criminal acerca de las Leyes penales, que por lo común es la más benigna; dependiendo en gran parte de las pruebas y de otras circunstancias accidentales, la variedad de opinión en las sentencias.

“Esto es, Sr., lo que por ahora puede exponer a V. M. el Consejo, repitiendo procurará en la materia poner toda la diligencia y actividad posibles para su desempeño, manifestando cuanto entienda conducente a clarar el asunto y a evitar inconvenientes, para que V. M. se designe resolver lo que fuere de su Real Servicio. Madrid 9 de febrero de 1789” (64).

Al margen figuran los siguientes nombres: El Conde de Campomanes, Pablo Fernández Bendichs, Manuel Fernández Vallejo, Miguel de Mendinueta y Juan Antonio Cienfuegos.

(64) AHN, Estado, 4818,31.

El 13 de febrero de 1789 el Rey nombró a Felipe Rivero Valdés para sustituir al fallecido Blas de Hinojosa (65). Y ésta es la última noticia que se tiene de la Junta de Legislación y del proyecto de Código criminal (65 bis).

Posiblemente no se realizó mucho más, pues dada la reciente renovación de la Junta, poco podría avanzar. No debe olvidarse tampoco, que en ese mismo año 1789 se produce la revolución francesa, lo que supuso un freno a todas las reformas ilustradas emprendidas en España. También, el 7 de marzo de 1790 la Inquisición prohíbe el Libro de Filangieri: *Ciencia de la Legislación* (66) que tuvo decisiva influencia en el plan del Código criminal.

Entretanto, Lardizábal es nombrado Fiscal interino desde el 27 de octubre de 1788, mientras estuviera ausente y enfermo José Ubago y Benito. Se planteó el problema de si cabría exigirle juramento y se afirma que era Ministro Togado (67). Ocurrida la muerte de Ubago el 3 de noviembre, toma posesión el día siguiente (68). Y el 2 de noviembre de 1791 cesa en la Sala y toma posesión del Consejo de Castilla (69).

III

En el escrito que acompaña al Plan, señala la Junta de Legislación (70) que había creído "indispensable formar un cuerpo separado de Legislación Criminal sin mezcla de otra cosa alguna". De este modo se reconoce expresamente la especial problemática que encierra el Derecho criminal, lo que le otorga plena autonomía respecto de las leyes de otra naturaleza. Conviene, no obstante, indicar que dicho Código debía comprender "no sólo los delitos y las penas que les corresponden; sino también lo concerniente a las pruebas de

(65) AHN, Estado, 4822,5.

(65 bis) Parece que oficialmente no volverá a hablarse de codificación criminal hasta la Junta Central, que, en este sentido, representa el inicio del movimiento que acabaría desembocando en el Código penal de 1822. Vid. sobre estos antecedentes inmediatos la primera parte de nuestra tesis doctoral: *El Código penal de 1822*.

(66) *Índice último de los libros prohibidos y mandados expurgar: para todos los reynos y señoríos del Católico Rey de las Españas, el Sr. Don Carlos IV*. Madrid, 1790, págs. 293 y s.

(67) AHN, Consejo, Sala de Alcaldes, año 1789, fols. 730-739.

(68) Se ha tomado de la lista cronológica de los Alcaldes de Casa y Corte y otros funcionarios de la Sala desde 1606 a 1835, recogida en el libro *Consejo de Castilla. Sala de Alcaldes de Casa y Corte*, Madrid, 1925, págs. 786 y 787.

(69) Loc. cit. nota anterior.

(70) Es curioso cómo la Junta proponente se autocalifica de Junta de Legislación cuando, hasta entonces, siempre se había denominado Junta de Recopilación. Quizá, con este cambio, se pretendiese destacar la especial naturaleza de la tarea realizada, y que difería de la meramente recopiladora.

los delitos y la sustanciación de los procesos criminales". Por consiguiente, el texto legal debía comprender tanto los problemas penales sustantivos como los procesales.

Este Cuerpo autónomo de leyes criminales debía estructurarse con "nueva forma y método", de acuerdo con un "sistema y baxo de reglas fixas y constantes". Es, pues, un método legislativo distinto a todo lo anterior, y que responde plenamente a las ideas ilustradas.

Con el nuevo sistema se busca la máxima "claridad" y "conciación posible" para que de este modo "cualquiera pueda imponerse con facilidad en esta importante parte de legislación". Es idea reiteradamente manifestada por los autores de la Ilustración, que la ignorancia es fuente principal de los delitos. Claramente lo señala Beccaria: "cuanto mayor sea el número de los que entiendan y tengan entre las manos el sagrado Código de las Leyes, tanto menos frecuente serán los delitos, porque no hay duda de que la ignorancia y la incertidumbre de las penas favorecen la elocuencia de las pasiones" (71). Al mismo tiempo una Legislación clara e inteligible para todos ofrece mayor seguridad frente al "inmoderado y perjudicial arbitrio de los jueces" ya que éstos deben, entonces, limitarse a aplicar el texto de la ley que es algo objetivo. En este sentido, dirá Beccaria: "Cuando un código fijo de leyes que deben observarse literalmente no deja al juez más incumbencia que la de examinar las acciones de los ciudadanos y juzgarlas conformes o disconformes con la ley escrita; cuando la norma de lo justo o injusto, que debe regir las acciones tanto del ciudadano ignorante como del filósofo, no es un asunto de controversia sino de hecho; entonces los súbditos no están sujetos a las pequeñas tiranías de muchos... Así adquirirían los ciudadanos aquella seguridad de sí mismos que es la justa, puesto que es el fin por el que los hombres están en sociedad; que es la útil, porque los pone en la tesitura de tener que calcular exactamente los inconvenientes de un delito" (72).

El plan de Código criminal "contiene sumariamente todo lo que debe comprender la obra y el orden que ha de tener, así respecto de las partes y títulos que se ha de dividir, como de las leyes que deberán comprenderse baxo de cada título". Se trata, pues, de un anticipo completo de lo que debería contener el futuro Código.

Se divide en 4 partes diferentes:

- Parte I. De los delitos y sus penas.
- Parte II. De las personas que deben concurrir en las causas criminales, para proceder en ellas legítimamente.
- Parte III. Del orden y forma de substanciar las causas criminales a presencia del acusado, o en su ausencia y rebeldía.
- Parte IV. De las pruebas de los delitos.

(71) BECCARIA, *De los delitos...*, cit., pág. 79.

(72) BECCARIA, *De los delitos...*, cit., pág. 78. Vid. la nota 6, de TOMÁS VALIENTE, a dicha obra de BECCARIA, págs. 193 y s.

La primera parte, dedicada a los delitos, es la que mayor interés despierta al penalista. Está dividida en 12 títulos y en su formación resulta indudable la influencia de Filangieri. Precisamente en 1787 había comenzado la publicación en España de su obra *Ciencia de la Legislación*, traducida por Jaime Rubio (73).

La división de los títulos sorprende por su modernidad, pues muchos de tales epígrafes pueden encontrarse en los Códigos penales actuales. Esto se explica porque para la clasificación se atendió al objeto protegido, siguiendo la idea de Filangieri, de que “la división general de los delitos... no consiste sino en reducir a algunas clases los delitos con relación a sus objetos” (74). Y los objetos son, según dicho autor italiano: “la divinidad, el soberano, el orden público, la fe pública, el derecho de las gentes, el buen orden de las familias, la vida, la dignidad, el honor, y la propiedad privada de todos los individuos de la sociedad” (75).

El contenido del escrito y del plan, es el siguiente:

“Excmo. Sr.

“Muy señor mío. La Junta de Legislación desde luego que concluyó el tomo 4 de la Recopilación por lo que toca a la parte civil, y la presentó al Consejo, adonde se halla actualmente, se dedicó a trabajar en la reforma de la legislación criminal, de que está encargada por S. M. y sobre lo que tiene ya hecha la parte principal del trabajo, habiendo arreglado las penas del modo que le ha parecido más conveniente y proporcionado a las actuales circunstancias, y a las benéficas intenciones de S. M.

“El prolixo y detenido examen que para esto ha sido preciso hacer de todas las leyes criminales del Reyno, ha hecho ver a la Junta la necesidad, no sólo de alterar muchas penas, por estar enteramente anticuadas y sin uso alguno, de donde resulta necesariamente inmoderado y perjudicial arbitrio en los Jueces y Tribunales; sino de dar también a dichas leyes nueva forma y método, respecto a que no tienen ninguno en la Recopilación, pues se hallan esparcidas y dislocadas por todos sus libros y títulos.

“Para esto ha creído la Junta indispensable formar un cuerpo separado de legislación criminal sin mezcla de otra cosa alguna, el cual comprenda, no sólo los delitos y las penas que les corresponden; sino también lo concerniente a las pruebas de los delitos y a la substanciación de los procesos criminales, dividido por partes, títulos y leyes con buen orden, método y claridad y con toda la concisión posible, de suerte que cualquiera pueda imponerse con facilidad en esta importante parte de la legislación.

(73) FILANGIERI, C., *Ciencia de la legislación*, Madrid, 1787-89.

(74) FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*. Trad. J. Rubio, 3.^a ed., Madrid, 1822, tomo VII, págs. 5 y s.

(75) FILANGIERI, *Ciencia...*, cit., 3.^a ed., tomo VII, pág. 6.

(76) AHN, Estado, 3549.

“A este fin, y para proceder con sistema y baxo de reglas fixas y constantes, se ha formado el adjunto plan, que contiene sumariamente todo lo que debe comprender la Obra, y el orden que ha de tener, así respecto de las partes y títulos en que se ha de dividir, como de las leyes que deberán comprehenderse baxo de cada título. Pero antes de ponerle en execución, ha creído la Junta deberle pasar a manos de V. E. para si fuese de su aprobación, y creyese de esta suerte quedarán debidamente cumplidas y satisfechas las intenciones de S. M.. se pase desde luego a extender la Obra (77) y ponerla en estado de poderla presentar concluida cuanto antes.

“En cumplimiento de lo acordado por la Junta incluyo a V. E. el citado plan, y repitiéndome con este motivo a su disposición pido a Dios G. la vida de V. E. msas. Madrid 29 de marzo de 1787.

Fdo. de Velasco,
Excmo. Sr. Conde de Floridablanca.”

PLAN Y DISTRIBUCION DEL CODIGO CRIMINAL

PARTE I. DE LOS DELITOS Y SUS PENAS

Título I.

De los delitos contra la Religión (78).

Heregia = Blasfemia = Falta de reverencia al SACRAMENTO quando va por la calle = Profanación, violación y falta de respeto al Templo = Hurtos y robos sacrílegos = Simonía = Quebrantamiento de sepulturas = Trabajo en días de fiesta sin permiso competente.

(77) En el escrito que acompaña a la segunda remisión del plan, continúa: “en cuya virtud pasé con efecto a VE en nombre de la Junta el año próximo pasado el citado plan, de que es copia el adjunto.

“Sabe muy bien la Junta, que tiene VE que atender a un grandísimo número de negocios, muchos de ellos muy graves, y que por su naturaleza piden muy pronto despacho, lo que por precisión hace que retarden otros que no son tan urgentes. Pero no pudiendo continuar su trabajo, mientras no se resuelva la citada representación, me encarga se la recuerde a VE como lo executo, suplicándole se sirva decir, si se podrá extender el Código con arreglo al plan, o si hay algo en él que añadir, quitar, o corregir para arreglarse a las órdenes que VE se sirviera comunicarle.

“Me repito con este motivo a la disposición de VE y pido a Dios que su vida m^a aⁿ. Madrid abril de 1788. Fdo., de Velasco, Excmo. Sr. Conde de Floridablanca.”

(78) También FILANGIERI comienza por los delitos que suponen un ataque a la religión. Y en este sentido, es más perfecta la denominación del proyecto español que la empleada por el autor italiano de delitos contra la divinidad. Como es lógico, tanto en este título como en el siguiente pesa de modo especial la legislación tradicional. Sin embargo, la nueva tendencia pretende dotar a tales delitos de un sentido puramente civil. Así afirmará FILANGIERI: “ade-

Título II.

De los delitos contra el Estado (79).

Lesma Magestad = Injurias al Rey y familia Real = Resistencia o desobediencia a las órdenes del Soberano = Falsificación de la firma, o sello real = Falsificación o alteración de la moneda = Expendición maliciosa de ella = Trayción a la Patria = Espías que indagan los secretos y ordenes reservadas del Gobierno para revelarlas a Potencia extraña = Imposiciones y exacciones sin permiso, o privilegio del Soberano — Falsificación de firmas de los Ministros, que despachan con el Rey, tomando su Real nombre, sea con negocios de gracia, o de justicia = Impetración de Bulas contra las Regalias de la Corona, contra la Jurisdicción Real, o contra el Real Patronato = Execución de Bulas o Breves sin el pase correspondiente = Usurpación de la Jurisdicción Real.

Título III.

De los delitos contra el orden público (80).

Quitar la vida a los Magistrados, insultarlos cuando exercen las funciones de su empleo = Resistir, insultar a los excutores de sus

más de las obligaciones que todo ciudadano tiene para con Dios como hombre, tiene otras como ciudadano. Las Leyes civiles no deben mezclarse en las primeras, pero deben prescribir las últimas. Respetar la religión del país y el culto público, es el agregado de todas las obligaciones que un ciudadano debe a la divinidad como ciudadano. Por consiguiente, todas las acciones que se oponen a esta veneración deben comprenderse en la primera clase de delitos" —tomo VII, núm. 6—. Este autor recoge entre tales delitos, y siguiendo un orden decreciente, a los siguientes: la simonía, la difusión atea y herética, el desprecio injurioso del culto público y de la creencia nacional, la exaltación del fanatismo, los sacrilegios, el perjurio y la blasfemia —tomo VII, págs. 11 y ss.—. Como puede fácilmente comprobarse, existen algunas diferencias respecto del proyecto español.

(79) Muy interesante es el epígrafe introducido en el proyecto, ya que presenta una modernidad mayor que el empleado por FILANGIERI de delitos contra el Soberano. Conviene advertir, no obstante, que este autor entiende por soberano "la persona moral que ejerce el poder supremo, que yo llamo y es el legislativo" —tomo VII, pág. 67—. Como en el anterior título, también en éste es patente el influjo de la legislación tradicional. FILANGIERI comprende en este título "todos los atentados *directos* contra la constitución del gobierno, o contra el que representa la soberanía" —tomo VII, pág. 7—. Las conductas concretas que recoge son las de atentar contra la soberanía, contra el Rey, su consorte y el heredero, la tradición, resistencia violenta y armada contra las órdenes del Rey, insulto al soberano y delitos cometidos en los edificios donde el soberano ejerce sus funciones —tomo VII, págs. 66 y ss.—. El proyecto español, en cambio, da cabida, por motivos tradicionales, a otros delitos como el de falsificación de moneda, exacciones ilegales, etc.

(80) Bajo el epígrafe de delitos contra el orden público, comprende FILANGIERI tanto los de este título del proyecto español como los de los títulos siguientes. Por su modernidad es interesante recoger el pensamiento de este autor: "Todos los pactos sociales concurren a la conservación del orden público; pero no todos tienen por objeto inmediato este orden. Todos los delitos turban el

ordenes = Quitarles los reos que conducen = Favorecer la fuga de un delinquente, ocultándole, o receptándole o de otro modo, ya sea por algún extraño, ya por algún Ministro de Justicia, que por su oficio deba asegurarle = Ocultar los hurtos = Comprar cosas hurtadas con noticia o sospecha de que lo son = Quebrantamiento de cárceles, sea por persona de fuera, o por los que están detenidos en ellas = Quebrantamiento de presidio, destierro, etc. = Despreciar las órdenes del Magistrado que manda comparecer = Impedir con dolo, o por fuerza otro que se presente siendo citado = Impedir a un testigo que

orden público; pero no todos se dirigen inmediatamente a este fin. Todos los pactos sociales que nos obligan a respetar el honor, la propiedad y la vida de los ciudadanos influyen en el orden público; pero esta influencia no es tan inmediata, ni tan directa como la de los pactos que nos obligan a no turbar o violar la justicia pública, la tranquilidad pública, el comercio público, el erario público, la salud pública, la continencia pública, la policía pública, el derecho político, o sean las leyes fundamentales que arreglan la constitución del gobierno" —tomo VII, pág. 94—.

Los delitos recogidos en el Título III del plan, coinciden con los comprendidos por *FILANGIERI* bajo el epígrafe de delitos contra la justicia pública: "Atentar contra la vida de un magistrado, insultarle y ultrajarle mientras que ejerce sus augustas funciones; resistir con mano armada a los ejecutores de sus órdenes; arrancar de sus manos el reo que conducen aprisionado por la justicia; favorecer la fuga de un delincuente que ha sido condenado, o a quien citan los jueces; ante su tribunal para condenarle; abrir las cárceles donde están los depositos de la vindicta pública para restituirlos impunes a la sociedad que han ofendido con sus crímenes; dar asilo a los desterrados proscritos por los jueces, o dar acogida y librar del rigor a los monstruos que las atropellaron; favorecer los robos, guardando o comprando las cosas robadas; despreciar las órdenes del magistrado quando llama a juicio, o impedir con dolo o por la fuerza que se presente alguno quando es citado; robar, suprimir, mutilar, alterar y falsificar un registro o una escritura pública para favorecer la propia causa o la de otro; impedir el curso de un proceso en una causa criminal; impedir a un testigo que deponga o inducirle con amenazas o con dinero a que falte a la verdad; corromper o tratar de corromper a un juez, y privar a la justicia de los medios que debe emplear para defender la inocencia; valerse de la libertad de la acusación para calumniar a un inocente; o para contratar y vender el propio silencio a un delincuente; o para hacerse reo de prevaricación, colusión o de tergiversación; faltar a la verdad con perjuicio de los juicios, siendo acusador o testigo; recibir dinero u otro premio para no presentarse a declarar en un juicio; favorecer la parte contraria siendo abogado de la otra" —tomo VIII, págs. 95 y ss—. Los anteriores son los delitos que pueden cometer los particulares; respecto de los magistrados, *FALINGIERI* señala otros muchos supuestos no recogidos en el plan. También este autor recoge los que pueden cometer los subalternos, como son: "Favorecer la fuga de un delincuente que deberían presentar en juicio, y cuya custodia se les ha confiado; usar de rigor en su persona, para obligarle a comprar sus favores venales; convertir los lugares donde la justicia pública se ve precisada a custodiar al ciudadano que le es sospechoso, pero aún no juzgado, en otros tantos patibulos donde gime la humanidad bajo aquellas mismas manos que debían socorrerla, y agravar o suavizar la pena decretada por los jueces" —tomo VII, pág. 105—.

Recoge el plan, en último lugar, los delitos cometidos por "impostores que se llaman Brujos, Hechiceros, Adivinos, Saludadores, etc.". Es ésta una concepción tradicional, pues los ilustrados consideraban que eran "leyes dictadas por la ignorancia y por la superstición" —tomo VII, pág. 291—, y por consiguiente se entendía que no merecían pena alguna —tomo VII, págs. 287 y ss.—.

deponga, o inducirle con amenazas, o por dinero a que deponga falsamente = Deponer falsamente en juicio = Acusar calumniosamente = Falsear firmas de Magistrados, u otras personas públicas en asuntos pertenecientes a sus empleos = Tomar maliciosamente el nombre, título o empleo de otro = Ponerse de autoridad propia alguna insignia que sólo puede concederla el Soberano = Corromper o procurar corromper a un Juez = Cometer éste cohechos o baraterías = Dexarse sobornar los subalternos que tienen parte en la administración de Justicia = Prevaricación de Avogados = Tratar los subalternos con rigor a los reos, para que rediman la vejación con dinero = Maltratar a los presos en la Cárcel = Hacer éstos fuga por malicia, o por culpa del que está encargado de su custodia = Impostores que se llaman Brujos, Hechiceros, Adivinos, Saludadores, etcétera.

Título IV.

De los delitos contra la tranquilidad y seguridad pública (81).

Sediciones y conmociones populares = Saltamiento de caminos para robar, matar o forzar mugeres = Vandos y parcialidades privadas con armas y alborotos = Juntas ilícitas y clandestinas = Esparcir voces que puedan turbar la tranquilidad pública = Amenazar a alguno con la muerte o incendio, si no da o hace lo que se le pide = Hacerse justicia por su mano = Entrar por fuerza y con violencia en casa ajena = Traer armas prohibidas = Incendiar casas, árboles, mieses, etcétera.

Título V.

De los delitos contra la salud pública (82).

Fabricar y vender cosas y confecciones venenosas = Hacer y ven-

(81) Coincide plenamente con el homónimo de FILANGIERI. Así, este autor comprende "la reunión tumultuosa de muchos hombres agolpados para conseguir un objeto ilegal o lograr una pretensión legítima, pero con violencia y desorden"; "las agresiones en los caminos públicos para robar, matar o abusar violentamente de las mugeres o de los hombres que transitan por ellos"; "la guerra privada"; "las asociaciones ilícitas y las reuniones clandestinas"; "buscar dinero por medio de cartas o de cualquier otro modo con amenazas de matar o incendiar en caso de resistencia; esparcir falsos vaticinios o funestos presagios para atemorizar y seducir al vulgo crédulo; turbar la tranquilidad y seguridad pública, riñendo o echando mano a las armas en lugar y en un tiempo destinado a los negocios o diversiones públicas; preferir al medio pacífico y ordinario de la justicia y de las leyes, la violencia y la fuerza para ponerse en posesión de algunos bienes para recobrarlos o retenerlos; inspirar espanto y terror llevando consigo armas prohibidas"—tomo VII, págs. 106 y ss.—.

Los últimos delitos del plan; es decir, los de incendiar casas, árboles, etc., los recoge FILANGIERI en el título de los delitos contra la salud pública —tomo VII, pág. 120—. Más perfecta es, por consiguiente, la sistemática empleada en el proyecto.

(82) El contenido de este título corresponde en gran modo con el de igual nombre de FILANGIERI. También éste comprende el "elaborar y vender venenos".

der bebidas para abortar = Vender víveres adulterados y perniciosos a la salud = Contravenir las órdenes y Edicto de sanidad.

Título VI.

De los delitos de incontinencia, y contra la honestidad y contra la honestidad pública (83).

Esponsales y matrimonios clandestinos = Seducción de hijos de familia para contraer esponsales o matrimonio = Adulterio = Poligamia = Incesto = Concubinato = Estupro simple, con violencia, con fraude, por domésticos = Prostitución = Rapto = Alcahuetería entre extraños = De los padres para con sus hijas = Del marido con la mujer = Sodomia = Bestialidad = Acciones y cantares obscenos en público.

Título VII.

De los delitos contra la fe pública (84).

Malversación del Erario Real y caudales públicos por los que los tienen a su cargo = Abuso de la firma o Sello Real por los que tienen a su cargo la estampilla y sellos del Rey = Escribanos falsarios y otras personas públicas en asuntos pertenecientes a su empleo = Falsificación de instrumentos y documentos públicos = Fraude del Tutor en perjuicio de su pupilo = Bancarotas fraudulentas.

el de preparar y vender "bebidas destinadas a causar abortos", y "la venta de alimentos viciados y malsanos"—tomo VII, pág. 119—. Más correcta es la formulación del plan respecto de las contravenciones a las órdenes y edictos de policía, pues FILANGIERI limita su referencia a la peste—tomo VII, págs. 117 y siguientes—.

(83) Para FILANGIERI estos delitos son los que se dirigen "contra la policía establecida en el estado sobre el modo con que es permitido gozar de los placeres que dependen del uso de los sentidos y de la unión de los cuerpos"—tomo VII, página 135—. Para este autor, en tal título se comprenden los matrimonios clandestinos, los enlaces incestuosos contraídos con fraude, la poligamia y la poliantria donde están prohibidas, el concubinato, el lenocinio de los extraños, la prostitución, la pederastia y los demás delitos semejantes a este último"—tomo VII, página 135—. En cambio, el incesto, el lenocinio entre parientes, etc., los introduce FILANGIERI en un título especial, el de delitos contra el orden de las familias—tomo VII, págs. 177 y ss.—.

(84) Servirse del depósito de la confianza pública, escribe FILANGIERI, para violar las obligaciones que dependen del mismo, es el carácter de los delitos comprendidos en esta clase—tomo VII, pág. 161—. Dicho autor comprende los siguientes delitos: "el peculado en los administradores o depositarios de las rentas públicas; el delito de falsario en los notarios o escribanos públicos; la falsificación o alteración de moneda en las personas encargadas del cuño público; la violación de los secretos del Estado en la persona pública que es su depositaria; el abuso del sello del Soberano en el que lo guarda; el fraude del tutor contra su pupilo; la quiebra fraudulenta de un negociante público"—tomo VII, páginas 162 y s.—.

Título VIII.

De los delitos contra la policía pública (85).

Juegos prohibidos = Ociosos y Vagabundos = Contravención a las órdenes i vandos de policía.

Título IX.

De los delitos contra el Erario Real y contra el Comercio Público (86).

Contrabandos = Peculatos = Falsificación de Letras de cambio y de Villetes = Uso de pesas y de medidas falsas = Falta de Ley en los metales que se trabajan y adulteración de otras cosas comerciales.

Título X.

De los delitos contra la vida y contra la persona de los particulares (87).

Homicidios simples y qualificados = Aborto procurado = Parto supuesto = Mutilación de miembros = Heridas = Golpes y maltratamientos graves = Cárcel privada = Desafíos.

(85) FILANGIERI explicará este epígrafe diciendo: "toda nación tiene algunas leyes de policía, que conserva una influencia inmediata y directa sobre el orden público... Tales son las leyes que prohíben alguna especie de acciones que no son por sí mismas nocivas a la sociedad, pero que pueden llegar a serlo por sus consecuencias" —tomo VII, pág. 145—. Estas leyes son las que prohíben "algunos objetos de fausto y lujo; las que tiene por objeto la comodidad y la decencia pública en los caminos, en los edificios y en las casas públicas; las que prohíben las casas privadas de disolución y prostitución, y las que, finalmente, condenan el ocio y la inacción en aquella clase de personas que no teniendo propiedades ni rentas son siempre peligrosas en la sociedad y sospechosas a las leyes cuando no ejercen algún arte u oficio para tender a su subsistencia" —tomo VII, páginas 145 y s.—. En cambio, considera que los juegos no deben ser sancionados, porque "como acción, es indiferente, y como pasión, no es punible. La sanción penal no debe recaer sino sobre el delito: el vicio debe ser precavido por las leyes, pero no castigado" —tomo VII, pág. 294—.

(86) El plan español une aquí dos títulos independientes de FILANGIERI, el del Erario público y el del comercio público. (Nótese cómo el plan habla de Erario Real, cuando FILANGIERI se refiere al Erario público.) Entre los primeros, comprende dicho autor el peculado y el fraude. El peculado a que aquí se refiere "es el que se comete por aquellos que no son depositarios, ni administradores, ni exactores de las rentas públicas", porque éstos son delitos "de cualidad diferente", y por este motivo se incluyen entre los que van contra la fe pública —tomo VII, pág. 131—. Como delitos contra el comercio público, señala FILANGIERI "el deterioro de los caminos públicos, de la alteración y falsificación de la moneda, de la falsificación de las letras de cambio y del uso de los pesos y medidas falsos" —tomo VII, pág. 125—. El delito de contrabando se rechaza por incompatible con el régimen económico que propone —tomo VII, pág. 122—.

(87) "La existencia es el primer bien del hombre, y la primera obligación que la sociedad contrae con el ciudadano es la de asegurársela. El pacto más precioso que un individuo de la sociedad puede violar contra otro individuo es el privarle de ella. Por consiguiente, el primer delito comprendido en esta

Título XI.

De los delitos contra la dignidad y honor de los particulares (88)..

Injurias verbales y reales = Libelos famosos.

Título XII.

De los delitos contra la propiedad y bienes de los particulares (89)..

Hurtos simples y qualificados = Falsificación de firmas y papeles privados = Daños hechos en los bienes sin intención de hurtar = Usuras.

PARTE II. DE LAS PERSONAS QUE DEBEN CONCURRIR EN LAS CAUSAS CRIMINALES, PARA PROCEDER EN ELLAS LEGÍTIMAMENTE

Título I.

De los Jueces criminales y de su jurisdicción y competencia o incompetencia.

Juez ordinario = Juez delegado o de comisión = Juez pesquisidor = Jueces de la Hermandad = Qualidades que deben concurrir en todos y diferencias que hay entre ellos.

Título II.

De los acusadores y denunciadores.

Parte pública o fiscal = En que delitos puede o debe acusar = Que circunstancias se requieren, para que pueda usar de su oficio = Parte privada = Quienes pueden acusar, quienes no = Diferencia entre el acusador y el denunciador.

clase será el homicidio"—tomo VII, pág. 208—. Luego recoge la mutilación, las detenciones y el duelo—tomo VII, págs. 213 y ss.—. El delito de "aborto procurado" viene recogido entre los delitos contra el orden de las familias—tomo VII, pág. 184—.

(88) El plan reúne aquí dos títulos distintos de FILANGIERI, el de los delitos contra la dignidad y el de contra el honor. Los primeros afectan al concepto subjetivo, y comprende las injurias verbales y reales—tomo VII, págs. 228 y ss—. En cambio, la segunda clase de delitos "ofenden la reputación del ciudadano"—tomo VII, pág. 237—. Comprende los libelos famosos y las detracciones públicas—tomo VII, pág. 239—.

(89) FILANGIERI propone sustituir las clasificaciones tradicionales de los hurtos por la de "hurto violento y no violento"—tomo VII, pág. 265—. A continuación recoge "los daños causados sin intención de robar"—tomo VII, página 268—. No se refiere, en cambio, a la falsificación de documentos privados, ni a la usura. Respecto de esta última, afirma expresamente que no debería castigarse—tomo VII, págs. 293 y ss.—.

Título III.

De los acusados.

Quienes pueden ser acusados, quienes no = Excepciones a favor del acusado que impiden la acusación = Prescripción del delito y de la acción, y qué tiempo se requiere = Excepción de juzgado y sentenciado en un mismo delito y por el mismo acusador = Absolución del acusado = Diferencia de esta absolución y la absolución de la instancia del juicio = Muerte del acusado = Perdón del Príncipe = Transacción o apartamiento de la parte = Deserción de la causa = Diversos efectos de todas estas excepciones.

Título IV.

De los testigos.

Quienes pueden ser testigos y en que causas = Qualidades y circunstancias que deben concurrir en sus personas para que sea válida su deposición = Quienes no pueden ser testigos y en que causas = Circunstancias que los inhabilitan = En que casos pueden ser admitidos los inhabiles.

PARTE III. DEL ORDEN Y FORMA DE SUBSTANCIAR LAS CAUSAS CRIMINALES A PRESENCIA DEL ACUSADO O EN SU AUSENCIA Y REBELDÍA

Título I.

Del juicio sumario.

Querrela, acusación denuncia o auto de oficio = Declaración de la parte agraviada, si la hay = Comprobación del cuerpo del delito = Declaración de peritos = Examen de testigos = Prisión de los que resulten culpados y embargo de bienes = Nombramiento de curador, si es menor el acusado, y de defensor en los casos que corresponde = Confesión del acusado = Careos, reconocimientos si son necesarios = Recibimiento de la causa a prueba con todos cargos, o sin ellos.

Título II.

Del Juicio plenario.

Notificación del auto en que se manda recibir la causa a prueba con todos cargos o sin ellos = Términos de la prueba = Nombramiento de promotor fiscal en los casos que corresponda = Citación de las partes para ver presentar, jurar y conocer los testigos = Ratificación de los de la Sumaria = Abono de los que no se pueden ratificar por muerte o ausencia = Ratificación de peritos, si declararon

en la sumaria = Presentación y examen de nuevos testigos = Vista de ojos y reconocimiento de sitio quando sea necesario = Renuncia del término de prueba y quando es admisible o no = Oposición de tachas a los testigos y prueba de ellas = Prorogación de los términos de prueba = Restitución de lapso de tiempo a los menores = Nuevo término de prueba y quando se puede abrir = Publicación de probanzas = Alegación de bien probado = Conclusión de la causa = Sentencia definitiva = Apelación, súplica = Execución de la Sentencia.

Título III.

De la substanciación de las causas criminales en rebeldía.

Diligencia de haberse buscado al que se mandó prender, y no haberse encontrado = Embargo de bienes = Emplazamiento por pregonos; cómo y en qué forma deben hacerse = Condenación en el desprez y homecillo, cuándo y cómo debe hacerse = Acusaciones = Recibimiento de la causa a prueba con el término correspondiente = Examen de testigos contra el emplazado y a su favor = Publicación de probanzas = Alegato de bien probado = Conclusión del pleyto para definitiva = Si el emplazado se presentase o fuere preso antes de la sentencia definitiva, o después de ella dentro de un año, que debe hacerse = Y qué si muriere dentro de dicho año estando ausente = Qué debe hacerse si se presentare o fuere preso después del año = Y qué si fuere menor.

PARTE IV. DE LAS PRUEBAS DE LOS DELITOS

Título I.

De la prueba por testigos.

Deposiciones de testigos, qué circunstancias deben tener para que sean legítimas, y hagan prueba suficiente = Deposiciones de vista, de oídas, diversas calidades de unas y otras, y qué circunstancias deben tener = Variación, contrariedad, singularidad en las deposiciones de los testigos, qué efectos causan = Quales reputarse por singulares, quales por uniformes = Quándo deben reputarse por falsa, y los que las hacen por falsarios = Circunstancias y formalidades con que deben hacerse y tomarse las deposiciones de los testigos para que sean legales y válidas, y cuáles las hacen ilegales y nulas = Qué número de testigos es necesario para hacer prueba completa.

Título II.

De la prueba por confesión de la parte.

Confesión del acusado extrajudicial, qué efectos produce = Judicial libre, qué fuerza tiene por sí sola = Qué circunstancias deben

acompañarla para que haga prueba completa = Qué efectos produce la retractación, la contradicción o variación del acusado = En qué forma debe hacerse la confesión y cómo debe interrogar el Juez para que sea válida = Qué Circunstancias la anulan = Confesión simple y qualificada, su diferencia y efectos = Confesión forzada.

Título III.

De la prueba INSTRUMENTAL.

Instrumentos públicos, cuáles deben reputarse por tales = Qué fe hacen en Juicio, y qué se requiere para que hagan prueba completa = Defectos o vicios que los inutilizan = Qué efectos produce la prueba instrumental en contraposición de la testimonial = Instrumentos privados, cuáles deben reputarse por tales = Qué efectos producen en juicio en quanto a la prueba = El reconocimiento de una firma o papel hecho por el acusado, qué fuerza tiene = Cotejo de letras hecho por peritos, y si declaración, qué efectos produce en juicio, y qué valor se les debe dar.

Título IV.

De la prueba conjetural o de indicios.

Indicios necesarios, violentos, cuáles son y qué efecto producen = Indicios próximos, indicios remotos, su naturaleza y efectos = Valor de los indicios en quanto a hacer prueba y otros efectos, ya sean muchos juntos, ya separados = Qué circunstancias se requieren para que se puede llamar INDICIOS, y cómo se deben probar (90).—

(90) Este plan no se halla en la relación de documentos que el Consejo de Castilla trasladó al Ministerio de Gracia y Justicia en 1820. En esta nota constan únicamente los siguientes: (1.º El extracto de las leyes criminales en 2 tomos, el 1.º empieza por el libro 1.º tít. de la Sta. Fe Católica y concluye con el libro 9 tít. 20, y el tomo 2.º empieza por el tít. de los Pesquisidores y jueces de comisión y de las pesquisas y concluye con el tít. 26 firmado por el Sr. D. Manuel de Larizábal y Uribe. 2.º Copia certificada por el Secretario de Gobierno de la Sala don Roque Galdamos en 18 de Nov. de 1777 del papel dirigido a la Sala en 8 del propio mes y año por el Alcalde de Corte D. Tomás Joven de Salas comisionado, para la formación del Código Criminal, y un oficio original del Sr. Gobernador de la Sala 19, del mismo mes, acompañando otro papel: 3.º Otro papel sobre lo mismo que parece será del mismo Alcalde. 4.º Dos cuadernos simples comprensivos de varias leyes que principian con este epígrafe: tít. 1.º de la Religión y Sta. Fe Católica y concluye con el tít. 4.º párrafo 11. 5.º Dos cuadernos en borrador con leyes citadas al margen que el 1.º principia con el tít. 1.º de la Religión y Sta. Fe Católica y el 2.º concluye con el epígrafe del tít. 1.º de los que quebrantan sepulcros. 6.º Otros dos cuadernos también en borrador con citas al margen que tienen el mismo principio que los antecedentes y concluye con el núm. 12 del tít. 3.º de la irreverencia a las Iglesias y desprecio de las Sagradas Imágenes. 7.º Un legajo titulado, leyes civiles en su orden natural, y bajo de su cubierta comprende 60 pliegos sueltos que el 1.º de ellos dice: Las Leyes Civiles en su orden natural, 1.ª parte de las Obligaciones y concluye en el penúl-

timo y último de dichos pliegos con la sección 9.^a de la disolución de la compañía. 8.^o Asimismo se halla bajo de otra cubierta otro cuaderno que principia con el siguiente epígrafe: Prefacio sobre el objeto de este libro, y se compone de 44 pliegos. 9.^o Igualmente se halla bajo de la misma cubierta otro cuaderno que principia: tabla de los títulos y de subcesiones de las dos partes del tomo 1.^o, el cual se compone de 14 pliegos. 10.^o Un legajo con 39 pliegos comprensivos de leyes penales sobre diferentes delitos y excesos. 11.^o Otro legajo sobre lo mismo con el tit. de actas de la 4.^a parte, compuesta de 11 pliegos y medio. 12.^o Otro legajo de 31 pliegos y medio sobre lo mismo bajo una carpeta que dice: Parte 1.^a tit. 11 de la Simonia. 13.^o Otro legajo sobre lo mismo que su cubierta dice Actas de la 5.^a parte, compuesto de 15 pliegos y medio. 14.^o Otro titulado Actas de la 6.^a parte, compuesto de 4 pliegos y medio. 15.^o Una disertación no acabada sobre los hurtos y se compone de 5 pliegos. 16.^o Un legajo con 25 pliegos sobre los delitos de heregía, apostasia, cisma, blasfemia y otros. 17.^o Veinte y dos cuadernillos que se titulan extractos de las leyes penales que se contienen en la nueva recopilación y el 1.^o de dichos cuadernillos empieza con el lib. 1.^o tit. 1.^o de la Sta. Fe Católica y el último concluye con el libro 2.^o tit. 25. Madrid, 12 de septiembre de 1820". AHN, Consejos, 51552,17.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal correspondiente al segundo y tercer cuatrimestres de 1966

Por FRANCISCO BUENO ARUS
Letrado del Ministerio de Justicia

LEY DE 16 DE MAYO DE 1902 (PROPIEDAD INDUSTRIAL)

1. Art. 134 (*Defraudación de la propiedad industrial*).—Al ser la propiedad industrial una de las manifestaciones de la propiedad intelectual, necesita para su existencia legal el acto administrativo de reconocimiento por el Estado mediante su inscripción en el Registro correspondiente y la concesión de la oportuna patente o documento que lo acredite, y para su respeto o protección frente a terceros que éstos sepan o tengan conocimiento de su existencia, bien por la publicación de la concesión en el “Boletín Oficial” destinado al efecto, o por cualquier otro medio que lo pruebe, requisitos ineludibles para que pueda existir el delito de usurpación de esa propiedad. (S. 19 noviembre 1966.)

2. (*Usurpación de modelo*).—Se comete este delito al construir aparatos idénticos en el sistema al de una patente, aunque con diferencias accidentales, si el agente sabía la existencia de tal patente. (S. 6 mayo 1966.)

CODIGO PENAL DE 1944

3. Art. 1.º (*Interpretación*).—Los preceptos penales no admiten interpretación extensiva en perjuicio del reo. (S. 9 mayo 1966.)

4. (*Relación de causalidad*).—Para averiguar si una omisión fue irrelevante en la producción del resultado, lo que hay que indagar es si la realización de la acción esperada y exigida al agente por el ordenamiento jurídico hubiera sido idónea para impedir el evento, no si éste se hubiera evitado con otra acción extraña a la actividad del sujeto. (S. 9 mayo 1966.)

5. (*Voluntariedad*).—Es consustancial a todo delito la intención maliciosa que inspira al agente y guía su conducta al fin ilícito propuesto. (S. 29 septiembre 1966.)

La exteriorización de un propósito o intención puede ser directa o indirecta, pero no deja de ser directa y expresa, aunque no se haga mediante el empleo de las palabras adecuadas, si se manifiesta por medio de signos o gestos usuales en la vida social o por signos convenidos entre los interesados, e incluso por medio de la total conducta del sujeto. (S. 5 noviembre 1966.)

El apotegma jurídico "in dubio pro reo", admitido ciertamente en la interpretación y aplicación de la Ley penal según la doctrina de esta Sala, en modo alguno puede ir contra otro principio legal, como es la presunción "iuris tantum" de la existencia del dolo derivada del art. 1.º del ordenamiento sustantivo penal. (S. 30 mayo 1966.)

6. Art. 4 (*Conspiración*).—Cfr. § 18.

7. Art. 8, núm. 1 (*Trastorno mental transitorio*).—El trastorno mental transitorio, como causa de exención de responsabilidad penal, lo constituye el estado de inhibición total de las facultades intelectivas y volitivas del agente en el momento de obrar, viniendo a ser una demencia fugaz y pasajera, durante la cual el sujeto, privado de razón e inconsciente del acto que realiza, es irresponsable del mismo, y, aunque ese estado se produzca como una reacción por el choque psíquico de un agente exterior de cualquier naturaleza, al producir la obnubilación completa de aquellas facultades, no puede confundirse con los estados pasionales o de fuerte excitación que produzcan esos mismos agentes, porque en estos casos el sujeto obra impulsado y aun arrebatado por una violencia interna, pero no en estado de inconsciencia al punto de no saber lo que se hace, que es lo que tipifica esta eximente y lo que la diferencia de la atenuante de arrebatado u obcecación. (S. 23 mayo 1966.) (Análoga doctrina en S. 13 junio 1966.)

Si bien es cierto que el párrafo segundo del núm. 1.º del art. 8 del Código penal sólo impone imperativamente la medida de internamiento hospitalario en casos de enajenación, y no necesariamente en los de trastorno mental transitorio, ello no es obstáculo para que asimismo pueda facultativamente acordarse dicha medida complementaria en casos en que el trastorno no fue de mera estructura psíquica carente de contenido patológico, sino producto conjunto de trastorno y de efectiva enajenación, sin que ello suponga extensión analógica en contra del reo al tratarse de medida tuitiva-curativa carente de contenido punitivo. (S. 25 mayo 1966.)

8. Art. 8, núm. 4 (*Legítima defensa*).—Reiteradamente tiene declarado esta Sala que, al faltar la agresión ilegítima, elemento característico y fundamental de la defensa propia, esta circunstancia desaparece totalmente, tanto en el concepto de causa de justificación cuanto en el de eximente incompleta. (S. 18 noviembre 1966.)

Para determinar si existe o no la racionalidad en el medio empleado para la defensa, no hay que atender exclusivamente a la igualdad o semejanza de los instrumentos, armas u otros objetos materiales utilizados por los contendientes, sino que muy principalmente hay que tener en cuenta la situación personal en que respectivamente se encontraban uno y otro en el momento en que se produjo la agresión ilegítima y el en que el injustamente agredido realizó su acción contra su contrincante, con cuyos elementos de hecho podrá venirse en conocimiento de si el peligro que amenazaba al agredido era inminente o había cesado y deducir por ello, lógica y racionalmente, si el procesado se mantuvo dentro de los límites que exigía en aquellas circunstancias su eficaz y necesaria defensa. (S. 3 junio 1966.)

9. Art. 8, núm. 7 (*Estado de necesidad*).—El peligro del mal ajeno, según.

doctrina jurisprudencial, debe ser absoluto, grave e inaplazable. (S. 11 junio 1966.)

10. Art. 8, núm. 8 (*Caso fortuito*).—Para que concurra esta eximente no basta la diligencia ordinaria que sería exigible en circunstancias parecidas, sino la debida en el caso concreto que haya dado lugar a la formación de la causa, teniendo en cuenta además que negligencia y diligencia son términos antagónicos y para la determinación del caso fortuito hay que partir de la base de un acto lícito y con la debida diligencia. (S. 25 junio 1966.)

11. Art. 8, núm. 10 (*Miedo insuperable*).—No basta un temor cualquiera, sino que se requiere la existencia de un miedo del carácter que la Ley expresa al calificarlo de insuperable, es decir, que no se pueda resistir por el sujeto afectado por él mismo, y que implique anulación de su libertad, determinando en realidad una verdadera inhibición mental. (S. 11 junio 1966.)

12. Art. 8, núm. 11 (*Cumplimiento del deber*).—Para que proceda estimar la causa de justificación de haber obrado en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, es requisito esencial que el cumplimiento del deber o el ejercicio del cargo demanden de manera imprescindible y absoluta el empleo de la fuerza, por carecer el sujeto del delito de otro medio menos violento para mantenerse en su legítima actuación o hacer respetar el principio de autoridad que representa, sobre todo si el medio utilizado puede acarrear males irreparables. (S. 29 noviembre 1966.)

13. Art. 8, núm. 12 (*Obediencia debida*).—Para que pueda estimarse esta causa de justificación, es indispensable que recaiga sobre actos lícitos y permitidos, obrando lo mismo el que manda que el que obedece dentro de la Ley, ordenándole el primero en virtud de sus atribuciones y obedeciendo el segundo dentro de sus deberes. (S. 23 mayo 1966.)

14. Art. 9, núm. 3 (*Menor edad*).—Si bien el procesado empezó a cometer las primeras infracciones cuando no tenía cumplidos los dieciocho años de edad, continuó con otras llevadas a término después de rebasar dicho tope de edad y unas y otras se han agrupado para componer el delito continuado por el que se le castiga; esta actuación última, llevada a cabo con plenitud de desarrollo de su inteligencia, y por ello con el pleno control de su voluntad, impide que pueda serle aplicada la atenuante 3.ª del art. 9 del Código penal, porque su persistencia delictiva implica una ratificación de su conducta anterior que le hace plenamente responsable. (S. 5 noviembre 1966.)

15. Art. 9, núm. 4 (*Preterintencionalidad*).—Para apreciar si la intención del culpable fue causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, hay que atender, cuando no conste de otro modo, a los actos ejecutados y a la potencia de los medios conscientemente empleados para realizar el hecho, y de ello deducir si existe desproporción entre el mal resultante a consecuencia de aquella actuación y de los medios utilizados. (S. 3 junio 1966.)

Para decidir con acierto la procedencia de apreciar o no la existencia de la preterintencionalidad, que se caracteriza por inadecuación del resultado delictivo, más grave del que podía prever el agente, ha de atenderse no sólo a los factores externos u objetivos, como la proporcionalidad entre el medio.

y el resultado, porque esto, si bien hace presumir que la intención del culpable fue causar el mal producido, dados los medios idóneos que empleó, esa presunción no puede sostenerse cuando de los hechos probados aparece, ante la forma y manera de ejecución, la situación psicológica del agente y los propios móviles del hecho, que la intención inicial no pudo ser la de causar un mal de tanta gravedad. (S. 5 noviembre 1966.)

16. Art. 9, núm. 8 (*Arrebato u obcecación*).—Para que pueda apreciarse la circunstancia de arrebato u obcecación es indispensable que el agente obre por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido ese estado momentáneo y pasajero que, por limitar su libertad moral al ejecutar la acción punible, disminuye la gravedad de la misma, es decir, que ha de fundarse no en una simple contrariedad o en un estímulo cualquiera, sino en motivos graves que sean susceptibles en el orden natural y humano de producir una perturbación capaz de oscurecer su inteligencia y desviar su voluntad en dirección punible, y sobre todo no hay que olvidar que es necesario que los estímulos que determinen tal estado procedan del perjudicado por el delito. (S. 15 noviembre 1966.)

Aun cuando esta Sala ha declarado que por regla general el estímulo productor del arrebato ha de proceder del mismo sujeto pasivo de la infracción, no ha dejado de aplicar la referida atenuante en ocasiones en que la ira productora de la ofuscación surge en el transcurso de una discusión violenta con otra persona estrechamente ligada con el sujeto pasivo del delito, y la acción ofensiva, aunque efectivamente lesione un bien jurídico de dicho sujeto, va directa y principalmente dirigida a lastimar o molestar al otro. (S. 17 junio 1966.)

La indole del delito de estafa, en términos generales, excluye esta causa de atenuación. (S. 21 octubre 1966.)

La circunstancia 8.ª del art. 9 del Código penal no puede entrar en juego para atenuar la responsabilidad criminal del agente en los delitos culposos, como ha señalado este Tribunal en Sentencias de 13 de noviembre de 1884 y 21 de febrero de 1947. (S. 14 octubre 1966.)

17. Art. 10, núm. 1 (*Alevosia*).—La alevosia no se deshace porque exista o no solución de continuidad entre los diferentes actos que componen la acción alevosa, ya que su esencia estriba en la falta de conocimiento por parte de la víctima del perverso propósito del agresor de atacarle, lo que impide que pueda aprestarse a la defensa anulándose así el riesgo que correría el atacante por la reacción que pudiera experimentar el atacado; es decir, ataque cauteloso por parte del sujeto activo e inesperado para el sujeto pasivo, con la consiguiente ausencia de toda reacción defensiva peligrosa para aquél (S. 17 diciembre 1966.)

La doctrina jurisprudencial de esta Sala tiene declarado muy repetidas veces que la muerte dada a un niño de corta edad es siempre alevosa, pues acredita perversidad en la intención y cobardía en el obrar, al estar ausente el riesgo que correría el agresor proveniente de la defensa que pudiera hacer el ofendido, ya que la reacción defensiva de un niño es por sí sola nula o de tan escaso valor y eficacia que no presenta riesgo ni peligro de ninguna clase agredirle y darle muerte. (S. 5 noviembre 1966.)

Lanzando a la cara, donde están los ojos, un líquido corrosivo, como es el ácido sulfúrico, que tan graves heridas produce instantáneamente, no hay posibilidad de que el agredido pueda lanzarse al ataque seguidamente, por lo que la alevosía es notoria, como así lo reconoció la Sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 1934. (S. 22 junio 1966.)

18. Art. 10, núm. 2.º (*Precio*).—No es menester que la remuneración prometida llegue a hacerse efectiva. (S. 14 mayo 1966.)

La conspiración no es un acto propiamente dicho, sino un acuerdo preliminar de la ejecución, incompatible con el texto literal de la agravante 2.ª del art. 10 del Código penal, cuando no es cualificativa, y con el párrafo segundo del art. 60 de dicho Código, pues la definición legal de la circunstancia de precio, recompensa o promesa la refiere a la comisión o ejecución, siquiera incipiente, del delito proyectado, y el art. 60 la refiere a la acción o a la cooperación en el mismo, perfectamente diferenciables de la mera confabulación, por lo que no pueden equipararse en perjuicio del reo. (S. 25 octubre 1966.)

19. Art. 10, núm. 6 (*Premeditación*).—Premeditación, como dice el Diccionario, es la acción de premeditar, y premeditar es meditar detenidamente una cosa antes de ejecutarla, y, con relación al delito, proponerse realizarlo tomando al efecto previas disposiciones para ello; disposiciones o medidas, a su vez, que tienen que estar sensiblemente acusadas en el mundo exterior, única forma de penetrar en el subconsciente del hombre para saber si el delito fue meditado serena y reflexivamente o fue la exposición de un momento pasional o de una idea surgida sin tiempo suficiente para reflexionar sobre su malicia y trascendencia; por ello la Ley añade la palabra “conocida”, para evitar que a todo delito no ocasional se le pueda aplicar tal circunstancia, cuando sólo quiere que sea tenida en cuenta en aquellos casos que revelen una mayor peligrosidad en el agente, fruto de un mayor dolo revelado al perseverar en la idea delictiva y plasmar su ejecución tomando las medidas de llevarla a efecto con la reflexión y serenidad de ánimo propios de una persona normal y consciente de su responsabilidad, no como hija de una obsesión de un anormal. (S. 29 diciembre 1966.)

20. Art. 10, núm. 13 (*Nocturnidad*).—La circunstancia agravante de nocturnidad, por su naturaleza objetiva, sólo denota una mayor perversidad en los sujetos cuando la buscan o aprovechan para realizar los actos más fácilmente o en posible impunidad. (S. 14 mayo 1966.)

La palabra “madrugada” no indica la oscuridad nocturna que sirve de amparo a la impunidad. (S. 22 diciembre 1966.)

21. (*Despoblado*).—La circunstancia agravatoria de despoblado requiere, como elemento imprescindible, que se busque de propósito o que sea aprovechado por el culpable, dándose cuenta de su empleo, y, por consiguiente, aumentando la malicia de la acción criminal por la mayor facilidad que presta a la comisión del delito y las mayores probabilidades de impunidad del autor. (S. 5 noviembre 1966.)

22. Art. 10, núm. 14 (*Reiteración*).—Los hechos en que consistan las circunstancias modificativas de responsabilidad han de estar tan acreditados como el delito mismo. (S. 8 noviembre 1966.)

23. Art. 10, núm. 16 (*Morada del ofendido*).—El problema relativo a si la circunstancia agravante de morada es compatible con el delito de hurto simple ha sido resuelto desde antiguo en sentido afirmativo por esta Sala, que ha aducido, como fundamento de su doctrina, que la excepción contenida en el art. 10, apartado 16, inciso último, del Código penal, expresada con las palabras “cuando el ofendido no haya provocado el suceso”, no excluye su aplicación a los delitos de hurto. Tal circunstancia revela especial audacia y mayor perversidad del criminal al penetrar en casa extraña con objeto de realizar la sustracción con la consiguiente mayor alarma para sus moradores, y asimismo acusa falta del respeto debido al domicilio ajeno. (S. 15 octubre 1966.) (Análoga doctrina en S. 26 octubre 1966.)

24. Art. 14 (*Autoría*).—La coautoría es intervención principal en la que varios sujetos concurren con poder del acto para ejecutarlo. (S. 3 noviembre 1966.)

25. Art. 16 (*Complicidad*).—La complicidad por actos anteriores requiere el conocimiento de los propósitos delictivos del autor y una cooperación eficaz y meramente coadyuvante para que se cumplan. (S. 3 mayo 1966.)

26. Art. 22. (*Responsabilidad civil subsidiaria*).—El arrendatario de un vehículo con su conductor habitual no asume, salvo pacto en contrario, la responsabilidad del arrendador ni por los defectos del vehículo ni por las deficiencias de su conductor, pues no fue él quien lo eligió ni quien ha podido vigilarle con anterioridad, sino que presume racionalmente que tanto uno como otro se ponen a su disposición en las respectivas condiciones de normal funcionamiento y de prudente pericia. (S. 15 octubre 1966.)

27. Art. 24. (*Retroatividad*).—Mientras la Ley no esté vigente no lo está ninguno de sus preceptos, salvo los que la misma Ley en sus disposiciones transitorias destaca para su anticipada aplicación, y no puede, por tanto, restar vigencia a los preceptos anteriores y contradictorios, so pena de crear una situación confusa entre una vigencia amenazada de caducidad y otra en ciernes, a pesar de haber transcurrido el plazo legal suficiente para que la Ley en potencia llegue a conocimiento de todos. (S. 30 junio 1966.)

28. Art. 60. (*Aplicación de las penas*).—El conocimiento que exige el párrafo segundo del art. 60 para la comunicabilidad de las circunstancias objetivas que se basan en accidentes o modo de actuar del agente, se refiere al simple conocimiento de hecho-delito que tuviera aquel a quien se la transmite y que en el grado que corresponda ha de soportar la responsabilidad. (S. 17 diciembre 1966.)

29. Art. 61. (*Aplicación de las penas*).—La compensación racional de las circunstancias atenuantes y agravantes, y la graduación del valor de unas y otras, no son reglas aritméticas que pueden ser impugnadas en casación, sino facultades discrecionales del Tribunal al determinar el *quantum* de cada una, según tiene declarado esta Sala. (S. 29 diciembre 1966.)

Para apreciar una circunstancia atenuante como muy calificada es imprescindible que los hechos de que se derive sean capaces de producir en el ánimo del agente una influencia que exceda en intensidad a la normal señalada para que pueda ser estimada como genérica. (S. 14 noviembre 1966.)

30. Art. 69. (*Concurso real*).—El tratamiento penal de una acción compuesta de dos actos parciales, si cada uno de ellos está sancionado en figura punible peculiar que no comprende la acción en toda su amplitud, da lugar al concurso, no de leyes, en el cual cada norma abarca todo el hecho de modo que ambos se excluyen, sino de delitos, y se halla resuelto en el art. 69 del Código con el principio de acumulación de las penas correspondientes a las diversas infracciones. (S. 12 noviembre 1966.)

31. (*Delito continuado*).—La unidad de propósito y fin es la que suele corresponder a quien ejecuta diversas acciones, cada una de las cuales no constituye más que la ejecución parcial de un solo y único delito, que es lo que se denomina delito continuado (S. 15 noviembre 1966.)

La figura del delito continuado, que no está regulada en nuestro ordenamiento legal y ha sido creada por la doctrina, está reservada únicamente para los supuestos en que no puedan individualizarse las fechas u ocasiones de los distintos hechos punibles imputados al culpable. (S. 20 mayo 1966.)

La artificiosa unidad de acción comprensiva de varios hechos, enlazados entre sí como fracciones de un obrar en el delito continuado, no tanto por razones procesales cuando no se concretan fechas o circunstancias, como para sancionar una conducta perseguida con unidad de propósito final, identidad del tipo, utilización de las mismas relaciones y ocasión, pero además con homogeneidad del bien jurídico lesionado y objeto material. (S. 28 junio 1966.)

La unidad de intención maliciosa que preside el delito continuado y que, cuando no se pueden sancionar con separación varios hechos, por falta de datos necesarios para su precisa configuración independiente, los aglutina en conglomerado único delictivo, ha de trascender cuando se contempla la continuidad delictiva representada por el delito medio necesario o, al menos, utilizado para llegar al delito fin propuesto por el agente, pues si éste se propuso la comisión de un solo delito fin o la Sala sentenciadora se vio precisada por falta de elementos probatorios a agrupar en uno solo varios hechos antijurídicos, ha de aceptarse también esta agrupación en aquellos hechos que constituyen el delito medio, pues en otro caso se rompería el vínculo subjetivo de la continuidad delictiva que une el medio con el fin, conforme al concurso de delitos, que hace compatibles los tipos entre sí, aunque en orden a su castigo pueda ser de aplicación, en su caso, el art. 71 del Código penal. (S. 29 septiembre 1966.)

32. Art. 74 (*Multa*).—La cuantía de la multa en ningún caso puede ser inferior a 5.000 pesetas cuando se imponga como pena principal por razón de delito. (S. 2 noviembre 1966.)

33. Art. 104. (*Responsabilidad civil*).—Las entidades aseguradoras por accidentes de trabajo no tienen la condición de terceros perjudicados por el delito conforme a lo dispuesto en el art. 104 del Código penal..., porque los pagos realizados no lo han sido como consecuencia del delito mismo, sino por el legal cumplimiento de la contraprestación que según el contrato de seguros les incumbe por haber acaecido el evento aleatorio. (S. 2 mayo 1966.)

La doctrina de esta Sala reiteradamente ha declarado que las compañías aseguradoras no son terceros para reintegrarse con las indemnizaciones del

capital que constituyan para el pago de la pensión, pues, además de recobrar el mismo cuando se extingue aquella obligación, en el procedimiento criminal no pueden hacerse subrogaciones ni obligar al perjudicado a que acepte una pensión en lugar de una cantidad fija y determinada. No puede negarse el carácter de tercero perjudicado por el delito a la persona que, aun sin vínculo contractual, presta auxilios a la víctima, como pudiera ser el caso de un sanatorio o los gastos para el traslado del cadáver y su sepelio. (S. 9 mayo 1966.)

34. Art. 106. (*Responsabilidad civil*).—En el caso de ser dos o más los responsables civiles de un delito o falta, la exigencia legal de que los tribunales señalarán la cuota de que debe responder cada uno sólo tiene aplicación para los supuestos en que haya que indemnizar a terceras personas perjudicadas por el delito, pero, cuando, además, se han originado daños recíprocos en los vehículos que conducían los condenados por delito de imprudencia, cada uno de ellos es responsable de los daños sufridos en el vehículo que conducía, soportando el dueño el causado en el que conducía de su propiedad, al igual que sucede con las lesiones que los dos han padecido. (S. 1 diciembre 1966.)

35. Art. 107. (*Responsabilidad civil*).—Las obligaciones consistentes en una misma prestación, en este caso la de indemnizar unos mismos perjuicios económicos, son, aunque procedan de distinto origen, contractual o punible, obligaciones solidarias, puesto que cada obligado debe íntegramente la indemnización, y las obligaciones solidarias se extinguen por el pago de cualquiera de los deudores, según el art. 1.145 del Código civil, a reserva de las acciones y excepciones que pudieran derivarse de las relaciones jurídicas entre los deudores y de los perjuicios morales que pueden haberse causado con el delito o falta, pues no cabe indemnizar por segunda vez y por los mismos conceptos a un ex perjudicado ya indemniar, ni el contrato de seguro, como tampoco el delito o falta, puede convertirse por su mera coincidencia en un negocio para el asegurado y víctima, la cual en un delito de daños sería más bien beneficiario. (S. 26 diciembre 1966.)

36. Arts. 115 y 116 (*Prescripción*).—Los arts. 115 y 116 del Código penal señalan los plazos necesarios para la prescripción de las penas impuestas en sentencias firmes que dejaron de cumplirse, si, además de haber transcurrido en cada caso el lapso de tiempo fijado, se dieron los demás requisitos exigidos, por lo que no son aplicables a los antecedentes penales que de las condenas se derivan, que no son prescriptibles. (S. 17 mayo 1966.)

37. Art. 118. (*Cancelación de antecedentes penales*).—La argumentación referente a que los antecedentes cancelados no recobran su vigor por la comisión de nuevo delito mientras la nueva condena no se haga constar en el Registro de Antecedentes Penales es insostenible, no sólo por ser opuesta al tenor del último párrafo del art. 118 del Código penal, sino porque sería dar efectos sustantivos a las inscripciones en ese Registro..., cuando lo que da virtualidad y contenido a la inscripción es el hecho mismo del delito declarado por los Tribunales, únicos competentes para hacerlo, y la inscripción, uno de los medios de acreditar que tal declaración se hizo. (S. 4 octubre 1966.)

38. Art. 119. (*Funcionario*).—La cualidad de funcionario público en el aspecto penal no está subordinada a la estricta y formal que definen otros ordenamientos, sino que se perfila de manera lata en el art. 119 del Código penal, al referirse al “que participa del ejercicio de funciones públicas”, por lo que la jurisprudencia de esta Sala viene constantemente aplicando la condición de funcionario al cometido, servicio o función atribuido a la persona, y reiteradamente se extiende a los cargos y jerarquías sindicales.. (S. 13 junio 1966.)

39. Arts. 173 y 174. (*Asociación ilícita*).—El ideario del partido comunista, por su deseo de alterar la organización política y económica del Estado, está incluido en el núm. 3.º del artículo 173 y párrafo 3.º, núm. 1.º, del 174 del Código penal. (S. 23 mayo 1966.)

Resoluciones de esta Sala, entre otras las Sentencias de 16 de enero y 12 de diciembre de 1960, 9 de junio de 1965 y 8 de febrero de 1966, han establecido la doctrina conforme a la cual las asociaciones comunistas, por el solo hecho de serlo y en vista de sus bien conocidas finalidades de subversión violenta, se integran en la modalidad del párrafo tercero del núm. 1.º del artículo 174 del Código penal, que alude a una gravedad en abstracto y por así decir programática, pero ello no implica que no pueda y deba aplicarse a esa clase de asociaciones la atenuación contenida en el párrafo cuarto, discriminando, ya en el plano de los hechos concretos, su gravedad o no gravedad objetiva. (S. 29 noviembre 1966.) (Análoga doctrina en S. 26 diciembre 1966.)

40. Art. 231. (*Atentado*).—Entre las formas agresivas materiales contenidas en la figura penal del atentado impropio, en el art. 231, núm. 2.º, del Código penal, hay dos grupos diferenciados por la naturaleza física de los actos, activos o pasivos, y conforme a la gravedad juzgada en la circunstancia concreta serán elementos objetivos del delito comprendido en dicho art. o en el 237 del mismo Código; la intimidación grave a los agentes de la autoridad, los cuales, con razonado temor, se ven impedidos de ejercer las obligaciones de su cargo, cuando es conocido su carácter y obran dentro de sus funciones rectamente desempeñadas, es muy diferente de la pasiva actitud del que no obedece. (S. 11 mayo 1966.)

41. Art. 237. (*Desobediencia*).—La desobediencia consiste en la infracción de una orden preceptiva o prohibitiva emanada de un órgano de poder, expresión de la voluntad de la ley, y se agota en el hacer o no hacer lo mandado o lo prohibido, con gravedad que se evalúa por la trascendencia de la orden y circunstancias del hecho. (S. 31 octubre 1966.)

42. Art. 240. (*Desacato*).—El ánimo exclusivamente defensivo para excluir el dolo sólo es aplicable a las injurias entre particulares, no a los actos de autoridad, que al reputarlos injustos cabe impugnarlos por los cauces legales y, si son firmes o inapelables, quedan siempre los recursos de responsabilidad civil y penal contra el funcionario o autoridad que los dictó, nunca la acción directa en sus dos manifestaciones de atentado y desacato. Los delitos de desacato son perseguibles de oficio y no caben en ellos las retractaciones y explicaciones como exculpatorias del dolo, al igual que

tampoco cabe el perdón del ofendido, ni es preciso el requisito de la publicidad para ser punible, aun en el caso de desacatos menos graves. (S. 28 noviembre 1966.)

43. Art. 244. (*Desacato*).—Un buen ordenamiento jurídico impide estimar como desacato el hecho de dirigirse a los organismos inspectores de los servicios públicos, exponiéndoles la irregular actuación de las personas encargadas de su desempeño, porque, si al Estado interesa su buen funcionamiento y para ello tiene establecidos adecuados órganos de inspección, uno de los medios que éstos tienen de captar la manera de actuar los organismos que les están sometidos ha de ser precisamente escuchando las quejas y reclamaciones que se les formulen, que, al hacerse en forma correcta y con arreglo a las normas establecidas, es una verdadera labor de colaboración, aunque sea formulando denuncias de actuaciones que pudieran ser delictivas, por ser deber de aquellos organismos la depuración de los respectivos Cuerpos y que la actuación de la Autoridad y sus agentes sea ajustada a la Ley para merecer el respeto y la consideración de todos. (S. 20 diciembre 1966.)

44. Art. 251. (*Propaganda ilegal*).—El órgano periodístico de una agrupación declarada fuera de la ley, como tendente a subvertir violentamente o destruir la organización política, social, económica o jurídica del Estado, es la pública representación de la tendencia del grupo, de su finalidad, aun sin la expresión concreta en cada número publicado de los principios doctrinales o de programa, porque es testimonio de su presencia activa y método peculiar propagandístico de enjuiciar sectariamente, de mantener la cohesión entre los afiliados y atraer otros adheridos. (S. 1 junio 1966.)

Tiene declarado esta Sala la posibilidad de coexistencia de los delitos de asociación ilícita y propaganda ilegal, por suponer actividades distintas y perfectamente compatibles, al tratarse de delitos de diferente naturaleza, pues mientras el de asociación es eminentemente formal y pasivo, el de propaganda entraña actividades materiales. (S. 26 diciembre 1966.)

45. Art. 303. (*Falsedad en documento público*).—Las manifestaciones mendaces que conscientemente se hacen ante autoridades y funcionarios como soporte necesario de resoluciones o pronunciamientos constitutivos de situaciones jurídicas, hechas por particulares, tipifican el delito de falsedad del art. 303 del Código penal, aunque el documento se extienda o redacte fuera de la presencia del funcionario, porque, una vez presentado ante el organismo donde ha de surtir sus efectos, pone en movimiento la actividad estatal sobre la base de una mendacidad y ésta queda protegida con las garantías de seguridad y certeza de que gozan los expedientes y actuaciones de los organismos públicos; y, aunque en las pretensiones que se formulan en los litigios, bien sean demandando o articulando excepciones, se admita un amplio margen de tolerancia para que no toda inexactitud sea delictiva, cuando cualquier litigante se atribuye una cualidad, posición o estado que no tiene como presupuesto necesario de la resolución que se postula, tal manifestación hecha a sabiendas de su inveracidad tiene que caer dentro del área del campo penal como provocadora por sí misma de un pronunciamiento de contenido ficticio, lesionando así gravemente el bien jurídico

protegido, el funcionamiento legítimo de los organismos oficiales, al hacerlos que actúen sobre cosas inexistentes. (S. 1 junio 1966.)

46. (*Falsedad en documento oficial*).—Los Registros parroquiales gozan de la protección penal dispensada a los documentos oficiales en el art. 303 del Código. Siendo la Iglesia católica en Derecho concordado un Estado soberano, los libros de inscripción de sus miembros no pueden considerarse documentos privados, sino oficiales del Estado a que pertenecen y protegidos por las leyes del que lo ha reconocido y en cuyo territorio desenvuelve su actividad. (S. 19 octubre 1966.)

47. (*Falsedad en documento mercantil*).—Las facturas de las casas de comercio son documentos mercantiles cuya falsificación está comprendida en este artículo, que no requiere para su castigo el perjuicio de tercero o ánimo de causarlo. (S. 1 junio 1966.)

48. Art. 306. (*Falsedad en documento privado*).—La falsificación en documento privado es delito de mera actividad, nacido en cuanto hay alteración que varíe el sentido de documento particular privado verdadero, con perjuicio o ánimo de causarlo. (S. 18 noviembre 1966.)

49. Art. 318. (*Falsedad*).—Este precepto confiere a los Tribunales de instancia una potestad meramente discrecional y, por consiguiente, el ejercicio que de ella hagan, según su prudente arbitrio, valorando en conciencia las circunstancias concurrentes en cada caso, escapa a la censura de la casación. (S. 7 noviembre 1966.)

50. Art. 325. (*Acusación y denuncia falsas*).—La facultad que al tribunal sentenciador atribuye el último párrafo del art. 325 del Código penal, para mandar proceder de oficio contra el denunciador o acusador por el delito de acusación y denuncia falsas, es de carácter discrecional, toda vez que sólo el juzgador de instancia puede apreciar si en la causa principal que termina por la sentencia que dicta resultan méritos bastantes para abrir el nuevo proceso. (S. 27 mayo 1966.)

51. Art. 341. (*Delitos contra la salud pública*).—El comerciar con sustancias nocivas es infracción de riesgo y conducta en que lo decisivo es el dolo final de destino comercial, aunque se malogre la materialidad del negocio de compraventa. En razón de su estructura típica de simple actividad sin resultado lesivo real, la consumación existe con la importación clandestina, independientemente del momento en que se interrumpiese el secundario negocio subyacente, futura relación contractual que la modalidad de “comerciar” no precisa por sus dimensiones abstractas y de peligro remoto distintas de las de “elaborar” o “vender”, en que efectivamente pudieran ser factibles formas ejecutivas imperfectas. (S. 24 mayo 1966.)

52. Art. 399. (*Malversación*).—Para que sea aplicable el art. 399, en relación con el 394 del Código penal, a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares, se requiere, como requisitos previos, que los bienes, cualquiera que sea su clase, hayan sido realmente embargados o retenidos, que se nombre administrador o depositario al inculpado, que éste acepte el cargo y jure su fiel desempeño y que los bienes hayan sido efec-

tivamente puestos bajo su administración o custodia, todo ello llevado a la práctica conforme a las formalidades legales exigidas en cada caso. (S. 4 julio 1966.)

Cáritas Diocesana es una institución de beneficencia y, por consiguiente, a los encargados de sus fondos, rentas o efectos les son aplicables los artículos referentes a la malversación de caudales públicos. (S. 5 noviembre 1966.)

53. Art. 405. (*Parricidio*).—El delito de parricidio puede cometerse por imprudencia temeraria. (S. 9 mayo 1966.)

54. Art. 416. (*Anticonceptivos*).—El art. 416 del Código penal tutela los intereses demográficos, porque los medios anticonceptivos contienen el natural crecimiento de la población, y también la honestidad social, pues exceptuados los casos de contaminación de enfermedades en el débito conyugal, el ofrecimiento en venta o el anuncio en cualquier forma son modalidades de este suministro al público como vocación al vicio que ofende la moral colectiva. (S. 25 junio 1966.)

55. Art. 431. (*Escándalo público*).—El delito que define y sanciona el artículo 431 en su núm. 1.º es la ofensa que a los sentimientos de recato y moralidad de toda persona produce el conocimiento de hechos contrarios al pudor o a las buenas costumbres, por lo que el sujeto pasivo afectado por tales hechos es la sociedad en general, por la indignación e intenso dolor que causa a las personas honestas que tienen conocimiento de la perpetración de tales actos reprobables por inmorales, mientras que en el delito previsto y penado en el art. 430 el sujeto pasivo es una persona concreta y determinada que es ofendida en su pudor por el acto de lascivia ejercido sobre ella. (S. 15 junio 1966.) (Análoga doctrina en SS. 23 junio y 9 diciembre 1966.)

La ofensa al pudor colectivo no requiere una multitud expectante ni una alteración del orden, basta el ataque a las buenas costumbres que implican esta suerte de provocaciones sexuales, previsiblemente observadas por quienes no desean conocer intimidades ajenas y están acostumbradas al recato y modestia de nuestras costumbres. (S. 20 mayo 1966.)

El acto de homosexualismo revela por sí sólo un desprecio absoluto al pudor y a las buenas costumbres, característico del delito de escándalo público que define en su núm. 1.º el art. 431 del Código penal. (S. 1 julio 1966.)

La ejecución de actos deshonestos, delitos de tendencia interna trascendente, actos materiales realizados con ánimo impúdico, en este propósito lleva el dolo propio en acción lesiva del pudor colectivo o de las buenas costumbres, siempre que revistan entidad capaz de producir el sobresalto y la indignación públicas al ser conocidos, no requiriéndose la intención precisa de causar estas reacciones. (S. 18 mayo 1966.)

No es preciso para que se produzca el delito de escándalo público que los actos obscenos ofensivos del pudor y las buenas costumbres se manifiesten sin que los cubra ninguna prenda del vestuario y lleguen hasta el final perfecto, pues basta que los ejecutados tengan suficiente apariencia de realidad y se les perciba por los ofendidos a través de las ropas o de aquello que el agente utilice o de que se aproveche para ocultarlos a las personas a las que no van dirigidos. (S. 21 septiembre 1966.)

56. Art. 434 (*Estupro*).—El delito de estupro doméstico del art. 434 del Código penal no requiere para su perfección jurídica típica que las relaciones personales de domesticidad tengan carácter formal ajustado a los contratos civiles o laborales de prestación de servicios, siendo suficiente que éstos se lleven a cabo en el ámbito familiar de mutua confianza que es la razón de ser de esta modalidad cualificada del estupro, en que, a falta de un engaño explícito, se presume por la Ley el implícito que entraña el elemento de la situación por parte del sujeto activo, que se prevalece de un respeto reverencial que le es debido. La condición de pernoctar la víctima en el domicilio del culpable no se requiere en la figura del art. 434, y ha sido frecuentemente rechazada por la doctrina jurisprudencial, que viene aplicando el precepto a relaciones domésticas eventuales y de interinidad. (S. 1 junio 1966.)

57. Art. 436 (*Estupro*).—Ha de presumirse la honestidad de la menor de dieciséis años y mayor de doce en la mujer que yace por vez primera, pero no en los actos posteriores con el mismo sujeto, y, si permanece la misma edad prevista en el párrafo tercero del art. 436 del Código, ha desaparecido el otro elemento necesario para completar la figura, que podría caber para otros ofensores del pudor personal de la atacada si ignorasen su conducta y no fuese objetivamente señalada, porque el vicio de consentimiento que protege la Ley suple la inexistencia de la honestidad perdida en su primera entrega. (S. 8 octubre 1966.)

58. Art. 450. (*Adulterio*).—El consentimiento del adulterio, aludido en el párrafo segundo del art. 450 del Código penal, lo mismo puede ser expreso que tácito, dándose éste cuando se revela por hechos concluyentes e inequívocos, esto es, cuando el marido dice, hace u omite algo que, sin estar dirigido directamente a exteriorizar su asentimiento, implica necesariamente su voluntad de admitir el incumplimiento por parte de su cónyuge del deber de fidelidad sexual. (S. 11 octubre 1966.)

59. Art. 453 (*Calumnia*).—El art. 453 del Código penal no requiere expresa y literalmente para la comisión del delito de calumnia la presencia de un elemento subjetivo específico distinto del general de la malicia. (S. 17 junio 1966.)

60. Art. 458 (*Injurias*).—Por ser el delito de injurias eminentemente circunstancial, ha de atenderse, para hacer una acertada calificación jurídica, no sólo al significado gramatical y vulgar de las palabras que se reputan injuriosas, sino además, con primacía, a las circunstancias de lugar, tiempo, ocasión, sentido e intención en que se vertieron. (S. 24 octubre 1966.)

61. Art. 461 (*Injurias*).—La “exceptio veritatis” contenida en el art. 461 del Código penal, arraigada profundamente en nuestro Derecho penal, extiende ampliamente el campo de la crítica de los funcionarios públicos, estén o no revestidos de autoridad, crítica que, conforme a nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina, es lícita y conveniente para la buena marcha de la Administración pública y del modo y manera de actuar los funcionarios o de ejercer la autoridad; pero no puede extender su área a las resoluciones judiciales, precisamente porque están sujetas a la crítica que se puede ejer-

cer en los escritos forenses formulados para entablar los recursos que contra cada uno se establecen, con el posible resultado de lograr su anulación o modificación en aquello que se estime conveniente y justo; y cuando estos escritos contienen frases o palabras que pudieran ser injuriosas para la autoridad o Sala que dictó la resolución de la que el escrito que la contiene recurre, no puede pretender justificarlas para excusarse en la injusticia de aquélla, pues ello nos llevaría a someter las resoluciones a la censura de Tribunales a los que no está atribuidas por la Ley, y siempre quedan caminos abiertos en nuestra legislación para exigir las responsabilidades de cualquier índole en que hubieran podido incurrir. (S. 27 junio 1966.)

62. Art. 468 (*Suposición de parto*).—Alterar la filiación de un recién nacido, atribuyendo falsamente en el Registro Civil su maternidad a otra persona, no constituye el delito de simulación de parto propio, que es el previsto y penado en el art. 468, párrafo primero, del Código penal, pues, sin cooperar en el ajeno simulacro, no se puede fingir un parto ajeno, sino el de falsedad en documento público con perjuicio de tercero, e incluso puede constituir un delito contra el honor; y asumir esporádica y documentalmente la personalidad ajena en un sólo acto no constituye tampoco el delito de usurpación del estado civil, sino la forma de falsedad definida en el núm. 2.º del art. 302 del mismo Código. (S. 8 octubre 1966.)

63. Art. 487 (*Abandono de familia*).—La separación conyugal de común acuerdo no constituye este delito. (S. 28 mayo 1966.)

64. Art. 493 (*Amenazas*).—No es signo patente de la gravedad de las amenazas la exhibición de armas, que es asimismo valorada por el legislador a título de falta en el número 2.º del art. 585, siendo preciso atenerse a la realidad del hecho concreto para ponderar el rigor de la amenaza por parte del sujeto activo y el del impacto de intimidación sufrido por el sujeto pasivo. (S. 9 mayo 1966.)

65. Art. 494 (*Amenazas*).—Para la realización de este tipo delictivo, en la modalidad de "chantaje", no se requiere que el mal con que se amenaza sea ilícito, pues aun siendo lícito, el hecho de intimidar con él al sujeto pasivo para lograr un fin antijurídico, como es la obtención de un lucro injusto, entraña el uso de un medio vil reprobado por el Derecho y castigado especialmente por el Derecho penal. Una acto lícito, como es la denuncia de unas infracciones tributarias, no deja de implicar un mal para el denunciado, ya que la instrucción del correspondiente expediente administrativo comienza por situar en entredicho al expedientado, colocándolo en una situación embarazosa, y puede terminar con la imposición de unas sanciones fiscales que, al igual que las verdaderas penas, son un mal para el infractor sancionado. (S. 6 junio 1966.)

66. Art. 496 (*Coacciones*).—La fuerza en las cosas solamente es asimilable a la "violencia" requerida por el art. 496 del Código penal como factor típico esencial del delito de coacción, cuando aquélla se emplea por el agente como instrumento de coerción, esto es, como medio de lograr que el sujeto pasivo haga u omita algo en virtud del constreñimiento psíquico directamente derivado del uso de la fuerza en las cosas. (S. 16 mayo 1966.)

Al no existir límites precisos entre el tipo de coacción delito del art. 496 y el de falta del 585 núm. 5.º, ambos del Código penal, forzosamente ha de decidirse una valoración cuantitativa de gravedad a deducir de la importancia de los hechos constitutivos del ataque al bien jurídico de la libertad personal que ambas figuras penales tutelan. (S. 1 junio 1966.)

67. Art. 500 (*Robo*).—Los delitos contra la propiedad quedan consumados desde el instante en que por la sustracción pasan a poder del delincuente y salen del alcance y libre disposición del propietario, siendo indiferente el aprovechamiento que de lo apoderado pueda hacer el agente. (S. 19 septiembre 1966.)

68. Art. 504 (*Escalamiento*).—Escalamiento hace referencia a la acción de entrar en un edificio o local, siendo más amplio el concepto jurídico que el vulgar, porque comprende también la entrada por sitio no adecuado, pero no se refiere a la salida. (S. 24 junio 1966.)

69. Art. 510 (*Llaves falsas*).—Al concepto de llave falsa del núm. 2.º del artículo 510 del Código —“llave legítima sustraída al propietario”— no se le pueda dar una interpretación extensiva, entendiéndose por “sustraída” toda llave no utilizada por el dueño, sino la que es arrebatada, quitada, apartada o tomada contra la voluntad de quien la tiene... pues no puede olvidarse que se está operando dentro de la figura jurídica del robo, en la que por exigencia legal hay que partir siempre del empleo de la violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas. Cuando la llave no se encuentre oculta o escondida, sino simplemente dejada en huecos o sitios visibles, su utilización por persona extraña para penetrar en locales cerrados no tipifica el delito de robo de núm. 4.º del art. 504 del Código penal. (S. 29 octubre 1966.)

70. Art. 514 (*Hurto*).—No es requisito necesario para la perfección del delito de hurto que el reo pueda disponer de lo hurtado y que consiga el fin lucrativo que se propone al cometerlo, bastando que los actos cometidos por el culpable alcancen los efectos que integran la objetividad jurídica de la infracción delictiva. (S. 9 noviembre 1966.)

71. Art. 516 (*Hurto doméstico*).—En el núm. 2.º del art. 516 del Código penal se hermanan el hurto doméstico y el con abuso de confianza, de los cuales el primero supone el segundo, porque el trabajo doméstico implica por lo general una confianza de la que abusa el que sustrae bienes puestos por razón del servicio al alcance de sus manos. (S. 23 noviembre 1966.)

72. Art. 528 (*Estafa*).—El engaño es requisito esencial y característico del delito de estafa, tiene que preceder o ser simultáneo a la defraudación y ha de ser perfectamente conocido y estar claramente manifestado por actos o hechos de tal naturaleza que racionalmente hayan sido bastantes para mover la voluntad del sujeto pasivo y el motivo o causa determinante de haberle inducido a error para que hiciese o consintiese hacer lo que sin tal maquinación insidiosa no hubiera realizado. (S. 15 diciembre 1966.)

73. Art. 529 (*Estafa*).—Consecuente la doctrina jurisprudencial con la teoría científica, requiere, para que la figura delictiva de la estafa se dé, que en ella concurra, además del elemento de naturaleza objetiva, el engaño, su contenido económico, representativo del perjuicio que ocasiona, seguido del

lucro que se obtiene, todo con ocasión de la acción fraudulenta que el actor se propone. (S. 15 octubre 1966.)

Para que aflore al campo penal el delito de estafa se hace imprescindible que sus dos elementos tipo, el engaño y la defraudación, se conjunten uniéndose de modo inseparable en la comisión del acto, siendo necesario que el engaño se presente en el momento de prestar el consentimiento al negocio jurídico o en los que le precedan, y que tengan suficiente entidad para decidir la voluntad de la víctima, al punto de que el artificio o ficción sea el motivo impulsor y decisivo del consentimiento, no bastando el simple perjuicio patrimonial si no tiene por causa el engaño. (S. 29 septiembre 1969.)

Es cierto que lo característico de la estafa y su modo más usual de comisión es que el ardid engañoso que determine la aceptación en el negocio jurídico de la parte que al cabo resulte perjudicada consista en un modo de obrar en el agente que tenga un carácter exteriorizado que induzca a aquélla a contratar o aceptar, pero no por eso hay que excluir aquellas formas de actuación del agente del delito que consistan en maniobras que por motivos racionales y fundados induzcan al sujeto pasivo a incurrir en un error que luego produzca perjuicio para sus intereses. (S. 12 mayo 1966.)

En el aspecto penal, las irregularidades y aun el desconocimiento del sujeto pasivo de los delitos patrimoniales de apoderamiento lucrativo no afectan en absoluto a su perfección, una vez que se acrediten los elementos de acción, tipicidad y culpabilidad, sin que afecte a la construcción jurídica del delito la presunta irregularidad del perjudicado, una vez sentado y probado el hecho del perjuicio y los medios típicos y culpables que lo produjeron. (S. 3 octubre 1966.)

Aunque en general la masa como realidad física sólo afecta a los delitos contra la propiedad cuando éstos gravitan sobre un patrimonio colectivo en el que se refunden aportaciones individuales, pues es la intensidad del mal causado al sujeto pasivo o paciente lo que determina la gravedad penal, por excepción, cuando se actúa, incluso engañosamente, contra patrimonios individualizados, pero sin proponerse un lucro de cuantía determinada respecto a cada uno de ellos, surge inevitablemente la necesidad de reducir los numerosos e indeterminables lucros fraudulentos a un lucro único a efectos penales de fijación de cuantía. (S. 3 mayo 1966.)

La diferenciación entre el delito de estafa y el de apropiación indebida, de igual penalidad y que a veces parece sutil, consiste en que el primero descansa en un supuesto inicial falso, en una ficción que se ofrece como realidad a la víctima para que ésta consienta en el desplazamiento de la cosa o en la prestación exigida, sobre la base de un supuesto contrato, que, al ser mera creación de la fantasía, nunca tuvo entrada en el Derecho civil por faltarle los requisitos necesarios para su existencia y ser todo él un mero artificio para defraudar; en cambio, el delito de apropiación parte de un supuesto contrario, de un contrato verdadero, no simulado, en que la cosa pasa legítimamente a poder del que la recibe, no como dueño, sino en comisión, administración o por el concepto que le imprima el título en virtud del cual se le hace la entrega, y, en este supuesto, el delito surge *a posteriori*, cuando el tenedor, faltando a lo pactado, se apropia o dispone de lo que recibió con

obligación de guardar, restituir o entregar. (S. 22 diciembre 1966.) (Análoga doctrina en S. 22 noviembre 1966.)

Este precepto emplea la palabra "poder" en el sentido amplio de facultad para hacer algo que se ofrece como contrapartida de la prestación obtenida del engaño. (S. 16 junio 1966.)

Al requerir un servicio de transporte en automóvil de alquiler cuando se carece de fondos, sin advertírsele al conductor e indicarle forma de pago para que pueda aceptar o negarse, hay apariencia de bienes, engaño previsto en el art. 529 del Código penal, núm. 1.º. (S. 6 junio 1966.)

74. Art. 531. (*Defraudaciones*).—El delito del art. 531 del Código penal no requiere ni presupone la presencia de un negocio civil determinado, y si tan sólo la de un gravamen sobre cosas de las que se dispone como libres. El concepto de gravamen es lo suficientemente lato como para querer encerrarlo en los estrechos moldes de la prenda. (S. 5 mayo 1966.)

75. Art. 532. (*Defraudaciones*).—El delito que describe el núm. 1.º del art. 532 del Código penal requiere, como esenciales requisitos, la sustracción por el dueño de la cosa mueble de quien la tenga de modo legítimo en su poder, y que se cause perjuicio al poseedor o a otra persona, sin que se haga preciso fijar el "quantum", pues basta que se lesione un derecho. (S. 15 noviembre 1966.)

76. Art. 535. (*Apropiación indebida*).—Cfr. § 73.

77. Art. 541. (*Maquinaciones para alterar el precio de las cosas*).—El artículo 541 del Código penal, en relación con la Ley de 27 de abril de 1946, se refiere a objetos de primera necesidad, que, si indudablemente lo es la vivienda, no puede concederse tal carácter a la instalación de un negocio. (S. 26 septiembre 1966.)

78. Art. 542.—(*Usura*).—No se infiere necesariamente la calidad de usurario en el préstamo del simple hecho de imponer crecido interés, pero tampoco le excluye el carácter comercial del prestatario, cuando éste se halla en situación angustiosa, y es el Tribunal sentenciador quien forma libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes y atendidas las circunstancias. (S. 25 mayo 1966.)

79. Art. 565. (*Imprudencia*).—El art. 565 del Código penal recoge toda la gama de infracciones culposas, que están caracterizadas por la existencia de voluntariedad en cuanto a la conducta o modo de obrar del sujeto, pero siendo involuntaria la causación del resultado típico, y son castigadas sólo por haber faltado el agente al deber de prever lo normalmente previsible y de evitar aquello que pudo ser evitado, adoptando las medidas de cautela aconsejables en cada caso concreto; y en cambio, las infracciones dolosas se distinguen porque el sujeto actúa con voluntad de ejecutar su conducta y con voluntad de causar el resultado delictivo apetecido. (S. 5 noviembre 1966.)

En los delitos culposos no cabe la intención para producir el daño, es suficiente con la voluntad de los actos. (S. 7 noviembre 1966.)

Toda imprudencia, aun la más leve, tiene que apoyarse en una conducta no ajustada a las normas de precaución o cautela exigidas en el momento de

obrar, en un hacer defectuoso, irregular o no adecuado para no causar un daño. (S. 28 septiembre 1966.)

El delito de imprudencia punible es predominantemente circunstancial en cuanto resulta de la inadecuación del acto con los factores concurrentes en aquel momento, pudiendo una misma conducta ser o no imprudente según las circunstancias. (S. 18 mayo 1966.)

No actúa con la diligencia oportuna quien, sin prever las derivaciones que pueden producirse de sus actos, no adopta las medidas que una normal prudencia aconseja. (S. 23 mayo 1966.)

Así como la penalidad del delito culposo depende a veces de la entidad del resultado, el grado de la imprudencia no está vinculado, en cambio, a la gravedad del mal causado, sino a la intensidad de la culpa, medida en proporción a la categoría del deber objetivo de cuidado infringido y a la mayor o menor reprochabilidad de la conducta del infractor, en atención a las condiciones personales del mismo y a cuantas circunstancias particulares configuren el hecho en cada caso concreto. (S. 29 octubre 1966.)

La gravedad de la imprudencia no se mide por la de sus efectos, sino por la mayor o menor despreocupación por los derechos del prójimo. (S. 28 octubre 1966.)

Si bien es cierto que este Tribunal ha declarado repetidamente que la mera y simple infracción reglamentaria es insuficiente para fundar la responsabilidad penal por imprudencia, también es doctrina de esta Sala que, cuando aquella infracción entraña el incumplimiento de un deber objetivo de cuidado, ligado por la conexión causal con un resultado que de haberse producido maliciosamente constituiría uno de los delitos catalogados en el libro II del Código penal, del hecho será criminalmente responsable el autor, a título de imprudencia, si su conducta merece serle reprochada individualmente, en atención a sus condiciones personales y a las circunstancias de todo orden que la configuraron en el caso concreto. (S. 9 mayo 1966.) (Análoga doctrina en SS. 4 mayo y 5 noviembre 1966.)

La línea divisoria entre la temeridad y la simple imprudencia no queda marcada con sendos adjetivos de imprecisa significación en los párrafos 1.º y 2.º del art. 565 del Código penal, que no definen precisamente por no fijar los límites lo sustancial de la diferencia, la cual, salvo casos extremos, queda encomendada, según la singularidad del hecho, al prudente arbitrio judicial. (S. 11 mayo 1966.) (Análoga doctrina en S. 2 julio 1966.)

La imprudencia temeraria se destaca por el más absoluto y total desprecio que hace el agente de aquellas normas de conducta aconsejadas por la más elemental cautela en el hacer para evitar los eventos dañinos que pudieran perverse y que no se evitaren precisamente por aquel olvido indisculpable. (S. 13 mayo 1966.)

La imprudencia punible no es un concepto empírico construido sobre un resultado dañoso, sino un acto humano, un hacer sin los requisitos de cautela y previsión que la convivencia social exige para no causar daños a los demás en sus personas o cosas, seguido de un resultado lesivo derivado de aquel acto con relación precisa y directa de causa a efecto; y para que esa imprudencia punible pueda catalogarse en el grupo de las antirreglamen-

tarias, precisa además de un reglamento infringido no por generalización abstracta de sus preceptos, que en materia penal no cabe, sino por incóservancia clara y manifiesta de una norma preceptiva en el momento de obrar. (S. 31 mayo 1966.)

Concebida la noción de culpa en la imprudencia sobre una situación de peligro previsible y prevenible por un cuidado debido, que se omite dando lugar a un daño sin intención de causarlo, su gravedad se mide por la importancia de la omisión en el caso concreto, atendido el poder en general del infractor que se coloca en situación de culpa jurídicamente reprochable. (S. 25 junio 1966.)

Algunas veces ha estimado esta Sala la doctrina de la imprudencia cometida por el agente al colocarse en situación de peligro y que actúa como concausa de un mal, requiriendo su aplicación que la situación de riesgo sea precisamente causa o concausa principal del daño producido, de tal manera que, de no existir la situación de peligro, el suceso no se hubiera producido. (S. 21 diciembre 1966.)

La culpa profesional es una imprudencia cualificada por el incumplimiento de aquellos deberes que, en relación con la pericia y la diligencia, son exigibles exclusivamente en razón a las circunstancias concretas del hecho, incumplimiento que se traduce en una mayor reprochabilidad personal, y, por ende, en una responsabilidad más grave del agente por su conducta antijurídica. (S. 5 diciembre 1966.)

Para estimar la agravante del párrafo quinto del art. 565 del Código penal, no basta con que el autor del delito sea conductor profesional; es preciso que a tal cualidad vaya unida una falta de pericia o negligencia que no sea exigible al que carece de la condición de conductor profesional. (S. 3 octubre 1966.) (Análogo doctrina en S. 22 diciembre 1966.)

El límite máximo de punibilidad en los delitos culposos o imprudentes respecto a los análogos dolosos se halla fijado en el último inciso del párrafo quinto del art. 565 del Código penal, y la interpretación dada por esta Sala consiste en degradar la pena referida a la imprudencia y no al delito doloso, conforme al párrafo cuarto de dicho artículo. (S. 20 septiembre 1966.)

El desarrollo de la jurisprudencia de esta Sala en torno al Derecho de la circulación muestra a la más reciente inspirada en el principio de la confianza ajustada al estricto cumplimiento de las normas del tráfico, principio llamado también de la expectativa de un comportamiento adecuado, según el cual todo participe en la circulación rodada, respetuoso de los demás usuarios y que, por tanto, no da ocasión de reacciones anormales, puede esperar también lo mismo de los restantes coparticipes, sin que deba, pues, contar con el comportamiento antirreglamentario de los últimos. Si bien este mismo Tribunal ha proclamado, por una parte, que el principio de confianza no tiene carácter rígido y absoluto, sino que más bien se trata de una flexible regla general, sometida en su aplicación a diferentes matizaciones, y, por otro lado, que el repetido principio debe en algunos casos ceder su sitio a otra prevención, originaria de Ultramar y popularizada ya en algunos países extranjeros, conforme a la cual todo conductor debe guiar el

vehículo no sólo "dirigidamente", esto es, siguiendo las reglas y las señales de la circulación, sino "defensivamente", es decir, contando con el posible proceder antirreglamentario de los demás, no puede pasarse por alto que, conforme a la propia doctrina jurisprudencial, la regla general sigue siendo la de la confianza en el comportamiento adecuado de todos los usuarios de la carretera, y solamente como excepción, por ejemplo, cuando el inculpa-do comience por conducirse antirreglamentariamente o cuando lo dispongan las normas de tránsito, debe prevenirse el comportamiento incorrecto de los demás partícipes en la circulación. (S. 21 mayo 1966.) (Análoga doctrina en S. 20 octubre 1966.)

Los conductores de vehículos de motor deben en todo momento, y especialmente en los de peligro, comportarse con la serenidad necesaria para adoptar las medidas convenientes para evitarlo o eludirlo en todo o en la parte que les sea posible, reduciendo sus consecuencias dañosas en las cosas o lesivas para las personas que llevan a su cargo, que pueden perecer o sufrir en su integridad física por causa de sus desafortunadas maniobras o por su inhibición ante el peligro, que han de afrontar y tratar de vencer por los medios que estén a su alcance y que se estimen más adecuados en cada caso concreto. (S. 14 noviembre 1966.)

El dominar los movimientos del vehículo en todo momento, a que se refiere el art. 17 del Código de la Circulación, no puede entenderse en sentido absoluto de abarcar todas las situaciones previsibles e imprevisibles en que puedan encontrarse los conductores, ya que entonces sería imposible el tráfico de los vehículos mecánicos, hechos precisamente para ir deprisa, acortar distancias y economizar tiempo, sino que hay que referirle a los de regularidad y previsibilidad, fuera de cuyos supuestos no cabe hablar de normas reglamentarias de ninguna especie. (S. 31 mayo 1966.)

La reglamentación sobre el régimen de la circulación no sólo debe ser aplicable a la calzada propiamente dicha, sino también a los accesos y rampas que tengan inmediato acceso a aquélla, que en realidad constituyen elementos de acceso o servicio relacionado con el tráfico de la calzada, en donde están, como es el caso de un surtidor de gasolina. (S. 30 noviembre 1966.)

El conducir vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas que coloque en estado de incapacidad para realizarlo con seguridad, que como delito de peligro define el art. 1.º de la Ley Especial del Automóvil de 9 de mayo de 1950, queda subsumido, en algunas ocasiones, en el más grave de imprudencia temeraria cuando aquel peligro, que trasciende a la situación patológica personal en que voluntariamente se colocó el agente, por su acción culposa se concreta en un mal efectivo en las personas o en las cosas, que de mediar malicia constituiría delito. La doctrina de esta Sala admite a veces, y a la vista de las circunstancias del suceso, la compatibilidad de la sanción independiente de ambos delitos. El delito más grave nunca puede quedar absorbido por el de menor gravedad. (S. 4 julio 1966.)

La embriaguez queda absorbida en el delito de imprudencia temeraria y no puede ser valorada autónomamente como atenuante 2.ª del artículo 9 del Código penal. (S. 16 noviembre 1966.)

Si bien el hecho de dormirse puede ser en determinados casos un acto

involuntario, a ese momento de inconsciencia siempre precede un estado de somnolencia del que se da cuenta el agente, y por ello toda persona medianamente diligente y precavida está obligada a tomar las precauciones precisas para evitar dormirse estando en marcha el vehículo que conduce, porque puede prever el grave riesgo, con peligro de los demás usuarios de la vía pública, a que se exponía si no adoptaba las precauciones que estaban indicadas de detenerse hasta que ese estado, que le incapacitaba para conducir con seguridad, hubiera cesado, y precisamente esa falta de previsión y cautela es lo que constituye imprudencia temeraria. (S. 4 octubre 1966.) (Análoga doctrina en S. 7 octubre 1966.)

El hecho de detener un vehículo voluminoso, como es un camión, por la noche, dentro de la calzada de una carretera sin luces ni señalización alguna, ha sido calificado de imprudencia grave o temeraria por esta Sala, en razón al peligro que supone interceptar el paso sin previa advertencia, porque la normalidad del tráfico, presupuesto de la circulación viaria, hace a los conductores caminar confiados en que no encontrarán interceptado el camino sin ninguna señal que lo dé a conocer con la antelación suficiente. (S. 14 octubre 1966.)

80. Art. 570, núm. 5. (*Desobediencia leve*).—Las infracciones de desobediencia, tanto en su categoría de delito del art. 237 como de falta del núm. 5 del 570, requieren como premisa normativa el que la disposición u orden desacatada haya revestido las formalidades legales. (S. 24 junio 1966.)

LEY DE 9 DE MAYO DE 1950 (AUTOMOVILES)

81. Art. 1.º (*Conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas*).—Este delito requiere, para que se entienda cometido, no sólo el requisito de conducir un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, sino que además precisa que éstas le incapaciten para efectuarlo de aquel modo: en definitiva, que el riesgo sea evidente para la seguridad del tráfico. (S. 6 mayo 1966.) *Cfr.* § 79.

82. Art. 3. (*Conducción sin habilitación legal*).—El delito de conducción de vehículo de motor sin haber obtenido el permiso necesario, más que delito formal es de mera actividad, pero doloso, y requiere, a más de la voluntad de conducir, el propósito de realizar un acto prohibido. (S. 13 mayo 1966.)

Siendo de naturaleza dolosa el delito de conducir un vehículo de motor sin estar legalmente habilitado para ello, es requisito indispensable para que pueda ser sancionado que el agente tenga perfecto conocimiento de que realizaba esa actividad sin la preceptiva autorización administrativa. La omisión del requisito puramente gubernativo de la renovación del permiso no tiene entidad bastante para constituir el delito, pues no debe equipararse la conducta de una persona que, por haber sufrido las pruebas reglamentarias, se le concedió en su día el correspondiente permiso de conducir, aunque no lo haya renovado a tiempo, con quien, careciendo de ese permiso y, por tanto, sin haber demostrado su aptitud, toma el volante de un vehículo de motor y circula con él por las vías públicas, con peligro para las personas

y las cosas, que es lo que trata de proteger el precepto de la Ley Especial citado. (S. 6 mayo 1966.)

El art. 3 de la Ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor no es un precepto abstracto que haya de ser aplicado en todo momento y circunstancias, sino que, tendente, como todo el contenido de la Ley, a asegurar el tráfico viario por carreteras, caminos y cualquier clase de vías destinadas al uso público, que es donde rige el Código de la Circulación, según el art. 1.º del mismo, allí donde falta ese elemento objetivo de vía pública falta la base necesaria para aplicar el precepto penal de la citada Ley, que ha de interpretarse en sentido estricto como toda norma de este tipo. (S. 30 mayo 1966.)

83. Art. 5. (*Omisión de socorro a la víctima*).—El delito de abandono de víctima requiere dos elementos integradores: conocimiento de haber causado una víctima con el vehículo que se conduce y posibilidad de acudir en su auxilio sin riesgo propio o de tercero. (S. 21 noviembre 1966.)

El vocablo "víctima" no significa necesariamente persona lesionada, sino que lo es toda persona que padece daño o detrimento en sus bienes. (S. 18 noviembre 1966.)

84. Art. 11. (*Reincidencia*).—La definición de reincidencia que contiene el núm. 15 del art. 10 del Código penal es de alcance general y, por tanto, al tener que aplicarse la reincidencia específica del art. 11 de la Ley Especial del Automóvil, han de tenerse en cuenta los elementos que integran esta circunstancia agravatoria. (S. 13 diciembre 1966.)

DECRETO DE 3 DE MAYO DE 1962 (EMIGRACION)

85. Art. 74.—La pena de prisión correccional impuesta en esta Ley Especial equivale a la pena de prisión menor del Código penal. (S. 1 diciembre 1966.)

LEY DE 24 DE DICIEMBRE DE 1962 (VEHICULOS DE MOTOR)

86. Art. 12. (*Pluralidad de delitos*).—Cuando este precepto habla de pluralidad de resultados delictivos se refiere directamente al caso de que una misma acción cause diferentes resultados externos, como pueden serlo la muerte, incapacidad permanente, lesiones y daños, y acaso en espíritu quiera referirse igualmente al supuesto de que la acción típica de un delito de peligro forme parte integrante, en el caso concreto, de la acción típica de un delito de resultado externo, pero no es aplicable al caso de que la acción típica de un delito de peligro abstracto o presunto no sea uno de los ingredientes de la acción típica de un delito de lesión patrimonial, como lo es el llamado hurto de uso de vehículos de motor. (S. 13 junio 1966.)

CODIGO PENAL DE 1963

87. (*Vigencia*).—El Código penal, texto revisado de 1963, se publicó en el "B. O. E." el 8 de abril de ese año y, por tanto, su vigencia se inició a partir del 29 del citado mes. (S. 28 junio 1966.)

88. Art. 3. (*Delito frustrado y tentativa*).—La distinción cuantitativa en-

tre el delito frustrado y la tentativa, fácilmente comprensible en abstracto, tórnase en sutil y provoca arduos problemas en cuanto se trata de llevarla a la práctica, habiéndose puesto en circulación dos fórmulas que aspiran a facilitar su aplicación: una, subjetiva o subjetivista, rechazada expresamente por esta Sala, y otra, objetiva, que adopta como punto de partida la naturaleza de los actos ejecutados por el autor, de forma que, sólo si el culpable practica todos los que según la experiencia común eran los adecuados para causar el resultado, estaremos en presencia de un delito frustrado (tentativa acabada o terminada). Conforme a esta última doctrina, en la verificación del contenido y magnitud de la acción, que el juzgador ha de llevar a cabo para comprobar si estuvo integrada por todos los actos apropiados para causar el resultado querido por el autor, ha de adoptarse como norma directriz la que nos proporcionan las leyes constantes de la experiencia común acerca de la aptitud, potencia o idoneidad de una serie de actos para producir un resultado determinado, lo que exige, por una parte, configurar concretamente el caso enjuiciado, con todas sus circunstancias de medios, modos y formas que rodearon su ejecución, y, por otra, no olvidar que la verificación ha de practicarse teniendo en cuenta tan sólo el curso ordinario y normal de la causalidad, según el punto de vista de un prudente observador externo, ya que la irregularidad fortuita del curso causal y el fracaso de la acción es conceptualmente esencial al delito frustrado. (S. 10 diciembre 1966.)

89. Art. 8, núm. 1. (*Trastorno mental transitorio*).—Requiere: 1) una perturbación mental de extraordinarias proporciones, producida por una causa inmediata, evidenciable, pasajera, que bruscamente aparezca y que se extinga luego sin dejar huellas, diferenciándose por ello de la enajenación permanente; 2) una base patológica probada, bien tenga causa de un estado de esta índole en el individuo que le predisponga a reaccionar bajo una situación de notoria inconsciencia, o bien el choque psíquico que en él produzca este proceso patológico; 3) que el libre albedrío se anule en absoluto: es decir, no se trata de una mera indignación u ofuscación que no priva por completo de razón y de voluntad. (S. 23 septiembre 1966.)

90. Art. 10, núm. 13. (*Nocturnidad*).—La agravante de nocturnidad exige que el delito se ejecute de noche y que el delincuente busque protección en las sombras y en la oscuridad para su más fácil ejecución, con vistas a procurar la impunidad del mismo. (S. 15 junio 1966.)

91. Art. 24. (*Retroactividad*).—Es doctrina de esta Sala que el problema de la retroactividad de la Ley penal descansa en un presupuesto fáctico ineludible, la existencia de esa Ley, porque, mientras no haya un texto legal con fuerza de obligar, no es posible aplicar lo que no es más que una expectativa, posibilidad o legalidad futura, pero no actual, que es la que tienen que aplicar los Tribunales; y cuando el mismo legislador, en uso de sus facultades, señala una fecha para la aplicación de la Ley, no puede el órgano jurisdiccional anticipar la vigencia de ninguno de sus preceptos porque sería abrogarse funciones legislativas y violar la misma norma que se adquiere cuando ésta dispone expresamente que no entre en vigor hasta una fecha determinada; sin que esto suponga trato desigual en el enjuiciamiento de

una misma infracción según el momento en que sea juzgada, porque eso ocurre siempre en todo cambio legislativo, y precisamente para evitar el posible perjuicio para el reo el Código penal tiene el remedio en el art. 24, dando efecto retroactivo a las leyes penales que favorezcan al reo. (S. 8 octubre 1966.) (Análoga doctrina en SS. 19 y 24 noviembre 1966.)

92. Art. 61. (*Aplicación de las penas*).—Aunque las precedentes condenas hubieran recaído en la misma sentencia, existe la multirreincidencia, pues la regla 6.ª del art. 61 del Código penal, que obliga a imponer la pena superior en uno o dos grados a partir de la segunda reincidencia, en la extensión que los Tribunales estimen conveniente, no distingue entre las condenas impuestas simultánea o sucesivamente. (S. 15 junio 1966.)

93. Art. 69. (*Delito continuado*).—El último fundamento de la institución jurídica del delito continuado reside en el principio de justicia de adecuar la pena al injusto y de dar a cada uno su merecido. (S. 15 junio 1966.)

No puede decirse que la doctrina del delito continuado sólo puede aplicarse en beneficio del reo, pues, como ha mantenido recientemente la doctrina de esta Sala, la institución de que se trata no es rígida ni inmutable, sino, por el contrario, flexible y abierta, en conexión con las realidades de la vida y las necesidades imperiosas de la Justicia, que no puede admitir que un propósito doloso, largamente desarrollado y fructíferamente aprovechado, pueda sancionarse como infracción penal leve, al amparo de una doctrina, por el solo hecho de haber sido originada, en sus principios, por un criterio y sentimiento "pro reo", pero fundada hoy en principios superiores de mejor interpretación y aplicación de la ley penal, doctrina de la que es expresión la Sentencia de 22 de marzo de este año. (S. 24 noviembre 1966.)

94. Art. 321. (*Intrusismo*).—La redacción del precepto después de la reforma de 1963 ha eliminado las notas de publicidad o atribución de título inexistente y ha convertido el delito de intrusismo en pura actividad, modificación esencial a la que no es atinente la jurisprudencia anterior que consideraba los presupuestos suprimidos. (S. 13 diciembre 1966.)

La diferencia entre el delito de intrusismo del art. 321, párrafo primero, del Código penal y la falta contra el orden público que sanciona el párrafo 1.º del art. 572 del mismo Código, después de la reforma llevada a cabo por el Decreto de 24 de enero de 1963, radica esencialmente en que en el delito se contempla el ejercicio sin título de una profesión que legalmente lo exige y, en la falta, el ejercicio de actividades reglamentadas sin poseer la habilitación requerida; o sea, que el delito parte del supuesto de profesiones que exigen título oficial, a diferencia de la falta, que se refiere a profesiones distintas, aunque reglamentadas en su ejercicio; y de aquí que el sujeto pasivo del delito sean los intereses generales de la sociedad, salud, sanidad, seguridad, etc., que se ven gravemente afectados por los actos que se ejercitan sin poseer la capacidad técnica acreditada por el título oficial correspondiente, y, en cambio, en la falta el sujeto pasivo es la organización administrativa establecida para el ejercicio de ciertas actividades, y por eso se incluye entre las tituladas contra el orden público, por ser éste el que resulta lesionado. (S. 7 diciembre 1966.)

Al castigar la Ley el intrusismo, cuando de actividades médicas se trata,

no solamente tiene en cuenta la ilícita competencia con los verdaderos profesionales, sino que lo que se propone prevenir es el riesgo o peligro que supone para la salud pública en general el que funciones tan importantes y trascendentales como las privativas de la Medicina en el dilatado campo de sus especialidades sean ejercidas por quienes no están en posesión de los títulos correspondientes, expedidos por el Estado previas las pruebas de aptitud establecidas. (S. 2 julio 1966.)

95. Art. 341. (*Delitos contra la salud pública*).—A los efectos del art. 341, en relación con el 344, del Código penal, la palabra “comerciar” no tiene significado estrictamente mercantil, sino que abarca todo el proceso de difusión consciente de las drogas tóxicas, desde su elaboración no autorizada hasta su enajenación fuera de las farmacias o sin prescripción facultativa, cualquiera que sea el lugar donde habiten los futuros consumidores, pues la salud pública que protege el Código no tan sólo la de los que habitan en España. (S. 10 diciembre 1966.)

96. Art. 430. (*Abusos deshonestos*).—En los delitos contra la honestidad, delitos de tendencia lúbrica, como en los restantes en que se puede admitir la reiteración dentro del delito continuado, aunque signifiquen una inclinación viciosa a un mismo propósito, no se castigan por la conducta total del autor, sino por hechos aislados en los que se concreta y materializa aquel espíritu, si el ataque al pudor del sujeto pasivo se repite, pues se le ofende por separado y lesiona este bien jurídico en cada acto. (S. 14 mayo 1966.)

97. Art. 431. (*Escándalo público*).—No es menester para la consumación de este delito que efectivamente los hechos atentatorios al pudor o a las buenas costumbres tengan como resultado lesivo un escándalo o trascendencia graves, pues basta que, por razón del hecho en sí y de las circunstancias concomitantes de todo orden que lo configuran en el caso concreto, relativas a los sujetos, tiempo, lugar y ocasión, sean susceptibles de alcanzar aquella resonancia entre personas de sana moralidad. (S. 1 diciembre 1966.)

La publicidad no depende del mayor o menor número de personas que presenciaron el hecho, ni es tampoco el único requisito exigido para el delito de que se trata, pues basta el de la grave trascendencia. (S. 23 mayo 1966.)

Los actos contra natura hieren tan profundamente los elementales sentimientos de pudor que por su grave trascendencia están comprendidos en el art. 431 del Código penal en cuanto sus autores no adopten las máximas garantías de absoluta clandestinidad. (S. 20 diciembre 1966.)

El hecho de dedicarse habitual y profesionalmente a la explotación lucrativa del tráfico sexual, mediante la organización de una a modo de empresa, aunque sea modesta, que tiene su sede en una casa pública, con la consiguiente lesión de los honestos sentimientos de los vecinos y la posible deformación moral de los más jóvenes, entraña una conducta gravemente escandalosa que la Ley castiga en el art. 431 del Código penal. (S. 20 diciembre 1966.)

98. Art. 452 bis d). (*Delitos relativos a la prostitución*).—Reproducida el 9 de julio de 1962 la conducta delictiva de la procesada y continuada hasta el 30 de septiembre de 1963, fecha en que quedó interrumpida por la presencia de la policía, es notorio que, desde que entró en vigor el nuevo Código

penal, la permanente situación de hecho imputable a la procesada como dueña de una casa de prostitución está incurrida en el art. 452 bis d), número 1.º, de dicho Código, y no en el 431 del derogado de 1944, so pena de premiar como un mérito la antigüedad en el delito. (S. 22 octubre 1966.)

99. Artículo 487. (*Abandono de familia*).—El delito previsto en el número 1.º del art. 487 del Código penal es de naturaleza instantánea y se cometen cuando dejaren de cumplirse, pudiendo hacerlo, los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio, lo que no sucede en el supuesto del núm. 2.º, por tratarse de aspectos afines a la permanencia, por lo que cabe inculparlo en tratos sucesivos cuando el desordenado comportamiento perdura. (S. 28 junio 1966.)

100. Art. 493. (*Amenazas*).—El delito de amenazas es eminentemente circunstancial y no consiste simplemente en la posibilidad de un daño al amenazado, sino en la intimidación injusta que la acción puede producir en el ánimo del ofendido. (S. 2 mayo 1966.)

101. Art. 496. (*Coacciones*).—Tal como aparece tipificado el delito de coacción en el art. 496 del Código penal, es necesario para su consumación, según la constante doctrina de esta Sala, que se produzca el resultado perseguido con la violencia. (S. 1 junio 1966.)

Como tiene dicho con reiteración la doctrina de esta Sala, se comete este delito, no solamente cuando se emplea la violencia contra una persona para impedirle realizar un acto lícito u obligarle a efectuar lo que no quiera, sino también cuando, mediante la fuerza realizada sobre cosas de uso o pertenencia de aquélla, se las pone fuera de su alcance y se les priva del goce de las mismas, porque tales actos coartan su libertad al impedirle servirse de bienes a los que tiene derecho, produciendo perturbación en el desarrollo de la vida del interesado. (S. 3 octubre 1966.)

102. Art. 500. (*Robo*).—Dentro de los delitos contra la propiedad que tipifica nuestro Código penal, existe un grupo restringido que responde a la idea de protección a la propiedad y posesión ajena—robo, hurto, estafa y apropiación indebida—, distinguiéndose unos de otros por los medios y formas de su ejecución, siendo elemento común de todos ellos el ánimo de lucro injusto y precisándose para su consumación que se den todos los elementos que integran cada uno de ellos y con especial prevalencia el referido ánimo de lucro injusto, elemento subjetivo, principal pilar sustentador del delito, tan esencial a su configuración que queda destipificada totalmente la conducta del agente cuando está ausente en su intención, bien porque la ventaja de carácter patrimonial en que el lucro consiste aparezca jurídicamente justificada, o bien cuando la actuación ilícita se basa en error que lleva al sujeto a la firme creencia de tener derecho a percibir determinada cantidad o a que se le entregue cierta cosa por ser el dueño del dinero o de la cosa deudor de una suma mayor o tener la obligación de entregarle la cosa. (S. 18 mayo 1966.)

103. Art. 535 bis. (*Cheque en descubierto*).—En su modalidad del párrafo primero, el art. 535 bis no contempla lesión patrimonial, sino el hecho abstracto de entregar en pago un cheque a sabiendas de que no existen fondos en el librado para que lo atienda, por lo que en realidad el bien

jurídico protegido aquí es la seguridad de esta forma de pago, que, al ser sustitutiva del papel moneda, ha de gozar de una especial protección jurídica para facilitar y garantizar a la vez las transacciones dinerarias de la vida civil y mercantil. (S. 25 junio 1966.)

Según el preámbulo del Código penal, texto revisado de 1963, la esencia íntima del delito de cheque en descubierto estriba en la estafa... Bajo el punto de vista de que este delito es una manifestación de la estafa no puede prescindirse del elemento espiritual y afirmarse que se trata de delito formal, que se consuma por el solo hecho de extender y entregar en pago a otro un documento de esta clase, que luego, por la causa que sea, resulta ilusorio y queda impagado, porque el precepto legal comprende en el párrafo primero el caso del impago ya previsto por el librador del cheque, esto es, el doloso, y seguidamente, y como complemento, contempla el impago por negligencia del librador, es decir, el culposo; existiendo en ambos casos la intervención de la voluntad del agente como formadora del tipo penal que lleva aparejada distinta sanción según los casos, demostrando ello la influencia del aspecto espiritualista, tan propio siempre de nuestro Derecho nacional, y la interpretación racional de este precepto, que tendría muy distinta y mucho más sencilla redacción si el deseo del legislador penal hubiera sido simplemente que fuera delito la mera extensión y entrega como pago de todo cheque que resultase impagado. (S. 28 noviembre 1966.)

La protección penal del cheque acogida por el Código penal, texto revisado de 1963, no puede ir más allá de lo que quiso el legislador, como se iría elevando a delito la expedición de todo cheque que resulte impagado, sino que es preciso, para que surja tal delito, que concurren tres presupuestos ineludibles: que el cheque sea dado en pago, que se entregue a sabiendas de que en el momento de ser presentado al cobro no habrá en poder del librado provisión de fondos para hacerles efectivo y que esta circunstancia sea ignorada o desconocida por el tomador, ya que de otro modo faltaría el engaño, elemento tipificador de las estafas. Los cheques entregados en garantía de unas operaciones de préstamo plasmadas en documentos de fecha anterior, en realidad son promesas de devolución del dinero recibido en las fechas escalonadas fijadas por las partes, cuyo incumplimiento no puede revestir caracteres de delito por el mero hecho de utilizarse el cheque con aquella finalidad, ya que sería, en cierto modo, una regresión a la prisión por deudas cuando constaran en esta clase de documentos. (S. 19 octubre 1966.)

El engaño implícito en la falta de cobertura del cheque es obligado en cualquiera de las formas comisivas del delito del art. 535 bis, y no es suficiente para remitir al art. 528, a tenor del último párrafo de aquél. (S. 20 junio 1966.)

104. Art. 565. (*Imprudencia*).—La culpa, a diferencia del dolo, no se presume y es necesario probarla. (S. 28 noviembre 1966.)

105. Art. 567. (*Faltas contra el pudor*).—El acto aislado de besar suele ser valorado por la común y más reciente Jurisprudencia como constitutivo de simple falta contra el pudor o buenas costumbres del núm. 3.º del art. 567 del Código penal. (S. 1 julio 1966.)

La reforma del Código penal alemán *

Antonio Beristain, S. J.,
Profesor A. de la Universidad de Madrid.

SUMARIO: I.—Preparación de la reforma. II.—Contenido de la reforma: A) Directrices generales. B) Principales innovaciones concretas: 1. Reducción de las penas privativas de libertad de corta duración, 2. Introducción del sistema de pena única. 3. Reestructuración y ampliación de las penas económicas. 4. Desaparición de las faltas. 5. Mayor severidad frente a ciertos delincuentes. 6. Reestructuración y ampliación de las medidas de corrección y seguridad. 7. Modificaciones en la Parte especial. III.—Futura tarea legislativa.

I. PREPARACION DE LA REFORMA

La reforma del Código penal alemán representa, según ha manifestado el ministro federal de Justicia, profesor Horst Ehmke, en una conferencia de prensa celebrada en Bonn el 18 de agosto de 1969 (1), un replantamiento científico del Derecho punitivo con una orientación político-criminal humanitaria y resocializadora, que deja en segundo plano la tradicional misión retributiva.

En sentido parecido se expresó hace un par de meses el actual presidente de la República Federal, Dr. Gustav W. Heinemann, en un folleto editado por el Ministerio Federal de Justicia para dar a conocer al público en general los puntos principales de la reforma (2). El entonces ministro federal de Justicia subraya que la sociedad debe estar ampliamente informada a este respecto, porque la formación y la reformación del Derecho —sobre todo del Derecho penal— es tarea en la que todo ciudadano debe tomar parte activa.

La prensa y los demás medios de comunicación de Alemania han seguido muy de cerca (especialmente en los últimos años, y quizá por razones políticas) los trabajos reformadores de su Código penal. Por desgracia en España, como reconocía con dolor Concepción Arenal, la prensa se preocupa excesivamente poco de estos problemas. Estas líneas pretenden subsanar esa laguna, e informar sencillamente a la sociedad de habla española sobre la nueva legislación penal alemana. Este conocimiento puede ayudar y animar a todos para colaborar a la

(*) Estas páginas han sido escritas gracias a la generosa hospitalidad del MAX-PLANCK INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES STRAFRECHT (en Freiburg i. Br.), y de su Director, el Prof. Hans-Heinrich Jescheck.

(1) Cfr. FAZeitung y SDZeitung de 19 de agosto de 1969.

(2) *Fortschrit im Strafrecht, Forderung unserer Zeit* (Bonn, 1969).

reforma de nuestro Código penal, tan necesitado de radical reestructuración.

El Código penal todavía vigente en la República Federal Alemana está en vigor desde hace prácticamente un siglo, desde el 15 de mayo de 1871 (la República Democrática Alemana —Zona Oriental— ha elaborado recientemente, el 12 de enero de 1968, un nuevo Código penal). Desde 1871 hasta hoy el Código penal alemán ha sido modificado parcialmente con 78 innovaciones importantes. Varias veces se intentó, en vano, su reforma total. Ya en 1882 Franz von Liszt con su "Programa de Marburgo" proyectó una reforma global. Posteriormente, desde 1909 hasta 1936, como indica la "Fundamentación" que acompaña al Proyecto de 1962 (3), siete proyectos oficiales y dos privados, en 1909, 1911, 1913, 1919, 1922, 1925, 1927, 1930 y 1936, han intentado elaborar un nuevo Código penal alemán, pero no han conseguido la aprobación necesaria del Parlamento. Tampoco hubiera logrado la aprobación el Proyecto actual si el Parlamento no hubiera estado formado por la coalición de los demócrata-cristianos (CDU), y los social-demócratas (SPD).

La preparación de esta reforma comenzó en 1953, por el entonces ministro federal de Justicia, Dr. Dehler. El inició la gran empresa pidiendo informes a los principales penalistas alemanes acerca de los problemas fundamentales de la reforma, y encargado al actual Max-Planck Institut für ausländisches und internationale Strafrecht de Freiburg i. Br. (4) la elaboración de amplios informes comparativos de la parte general y de la parte especial del Derecho penal. Su sucesor en el Ministerio, Neumayer, formó la "Gran Comisión para la reforma del Derecho penal" compuesta por catedráticos de Derecho penal, abogados, fiscales, magistrados, miembros de los Ministerios de Justicia de los diversos Länder, representantes de todos los Partidos en el Parlamento, etc. Esta Gran Comisión inició sus sesiones de trabajo en Bonn, el 6 de abril de 1954, y las concluyó el 19 de junio de 1959. El Ministerio Federal de Justicia redactó el texto del Proyecto 1960 (Entwurf 1960) (5), apoyándose en las resoluciones formuladas por la Gran Comisión, como resultado de sus estudios. El Gobierno pre-

(3) *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB). E. 1962 mit Begründung* (Bonn, 1962, Bundesrat, Drucksache 200/62), 93 ss. Esta amplia introducción histórica sirve de base a todos los posteriores informadores. Anteriormente había escrito sobre el tema Marino BARBERO, *La riforma del Codice penale germanico*, en "La Scuola positiva" LXVI (1961), 273 ss. Cfr. también W. STAMMBERGER, *Die Geschichte der Strafrechtsreform bis zum Strafgesetzbuchentwurf 1962*, en "Probleme der Strafrechtsreform" (Stuttgart, 1963, Deutsche Verlag-Anstalt), 11 ss.

(4) *Materialien zur Strafrechtsreform. Rechtsvergleichende Arbeiten. Band 11* (dos volúmenes) (Bonn, 1954, 1955).

(5) José M. RODRÍGUEZ DEVESA tradujo al español el "Proyecto de la Parte General de un Código penal", redactado con arreglo a las conclusiones de la Gran Comisión de Derecho penal en primera lectura (terminado en diciembre de 1956), con una "Fundamentación", en "Anuario de Derecho Penal" (1958), 255-303.

sentó el Proyecto, con una amplia exposición de motivos, al Parlamento, pero éste no lo discutió por falta de tiempo, pues el periodo legislativo concluía pocos meses después, en el verano de 1961.

Al comienzo del cuarto período legislativo se redactó el Proyecto 1962 (Entwurf 1962), con una extensa exposición de motivos. Contiene ligeras modificaciones respecto al Proyecto de 1960: toma en consideración las informaciones de la Comisión de los Länder, formada en julio de 1959 (el Proyecto 1960 sólo pudo utilizar parcialmente estas informaciones), y las críticas que otras instituciones y personas hicieron al Proyecto de 1960. El Gobierno presentó el Entwurf 1962 al Parlamento; éste celebró la primera "Lesung" el 28 de marzo de 1963, y nombró una Comisión especial para que examinase el Proyecto detalladamente, y preparase un dictamen antes de discutirse el Proyecto en el Pleno. En los restantes dos años del periodo legislativo no hubo tiempo suficiente para que la Comisión pudiera concluir su dictamen. El 30 de junio de 1965 redactó el fruto de sus deliberaciones: Bericht des Sonderausschusses "Strafrecht" über die Beratung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962. (Drucksache IV/650.)

Al comienzo del quinto período legislativo (1965-1969) se debía presentar de nuevo el Proyecto al Parlamento. Otra vez se nombró una Comisión especial de Derecho penal, bajo la presidencia —como antes— del Dr. Güde. Excepcionalmente se pudieron utilizar las deliberaciones de la Comisión del período legislativo anterior, sin necesidad de que la nueva (en cuanto a sus miembros, parcialmente nueva) Comisión repitiese todas las deliberaciones. La base fundamental de sus estudios, en más de ciento cuarenta reuniones (a algunas de las cuales fueron invitados diversos especialistas teóricos y prácticos, nacionales y extranjeros, para exponer sus puntos de vista ante la Comisión), han sido el Entwurf de 1962 y el Entwurf presentado al Parlamento por los representantes del Partido Democrático-liberal (FDP), que es el Alternativ-Entwurf (6). El Proyecto de 1962 mantiene una concepción bastante tradicional y (según algunos autores) poco precisa en ciertos puntos importantes (por ejemplo, respecto a los fines de la pena). De orientación mucho más innovadora y bastante más definida (7) es el Proyecto Alternativo, elaborado por 14 catedráticos de Derecho penal, cuya Parte general apareció en 1966, y cuya Parte especial está en publicación: en 1967 se publicaron los Títulos correspondientes a los delitos sexuales, delitos contra el matrimonio, la familia y el estado civil de las personas, delitos contra la paz religiosa y el respeto debido a los muertos. (Estos títulos tienen

(6) Respecto a la postura del Partido social-demócrata, informa WORM, *SPD und Strafrechtsreform* (München, 1968, Olzog).

(7) Entre los muchos artículos aparecidos acerca del Alternativ-Entwurf merece destacarse el estudio de Arthur KAUFMANN, *Der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches und das Erbe Radbruchs*, en "Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch", hrg. von Arthur Kaufmann (Göttingen, 1968, Vandenhoeck Ruprecht), 324 ss.

todavía parcialmente carácter interino, hasta que se les pueda dar la redacción definitiva al terminar los restantes Títulos de la Parte especial. En esta Parte especial colaboran dos catedráticos más.)

Apoyándose en estos dos Proyectos —Entwurf 1962, y Alternativ-Entwurf— la Comisión ha elaborado el texto de una Ley —la Primera Ley para la reforma del Derecho penal— que contiene las modificaciones de la Parte general y de la Parte especial del Código penal vigente que deben entrar en vigor antes de la reforma total de la Parte general y de la Parte especial del futuro Código penal. Además la Comisión ha elaborado otra Ley —Segunda Ley para la reforma del Derecho penal— que contiene la nueva Parte general del futuro Código penal (y las correspondientes modificaciones en la Parte especial derivadas necesariamente de la nueva Parte general). En la segunda edición de la Parte general del Alternativ-Entwurf (febrero de 1969), los autores de este Proyecto exponen brevemente su opinión crítica respecto al Proyecto elaborado por la Comisión parlamentaria presidida por el Dr. Güde, y aprobado por el Parlamento (8).

El volumen y la importancia de la reforma son tales que la Comisión ha creído necesario repartir en varias fechas la promulgación y entrada en vigor de las diversas innovaciones. (Algunos penalistas hubieran preferido una fecha única para toda la reforma; quizá razones políticas han obligado a adelantar la reforma parcial.) De hecho, la reforma se llevará a cabo en tres fases:

- la primera dedicada a algunas modificaciones, consideradas más urgentes, de la Parte general y de la Parte especial del Código penal actualmente vigente,
- la segunda dedicada a la reforma total de la Parte general del Código penal futuro, y
- la tercera dedicada a la reforma total de la Parte especial del Código penal futuro.

Hasta ahora —agosto de 1969— se han promulgado y publicado los textos legales de la primera y de la segunda fase.

II. CONTENIDO DE LA REFORMA

Las modificaciones más urgentes de la Parte general y de la Parte especial, y la reforma total de la Parte general del Código penal, han sido reguladas respectivamente, según lo antes indicado, en dos leyes; la Primera y la Segunda Ley para la reforma del Derecho penal. Sus Proyectos redactados por la Comisión presidida por el Dr. Güde, fueron presentados al Parlamento el día 23 de abril de 1969. El Parlamento aprobó —en su tercera lectura— estos Proyectos el día 9 de

(8) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. A. T. 2., verbesserte Auflage* (Tübingen, 1969, Mohr), 202-215.

mayo (9). El Consejo Federal (Bundesrat) los confirmó el 30 de mayo (10). Los impresos del Parlamento publicaron el texto de ambos Proyectos con su Exposición de motivos (11). La Primera Ley para la Reforma del Derecho penal fue promulgada el 25 de junio, y publicada en el Boletín Oficial (Bundesgesetzblatt) del 30 del mismo mes. La Segunda Ley fue promulgada el 4 de julio, y publicada en el BGBl del 10 de ese mes (12).

La Erstes Gesetz entrará en vigor, según su artículo 105, el primero de septiembre de 1969 y el primero de abril de 1970: en septiembre de 1969 comenzarán a regir sus regulaciones consideradas más urgentes, en abril de 1970 las restantes, que son la mayor parte. Los 106 artículos de esta Ley regulan innovaciones parciales (pero importantes) de la Parte general y de la Parte especial. Se limitan, pues, a modificar parcial e interinamente el texto del Código penal actualmente vigente. Sería quizá más exacto considerar esta Ley como la Neuentes Strafrechtsänderungsgesetz, pero de hecho la Novena Ley modificativa del Derecho penal es posterior, y con contenido casi irrelevante (13).

La "Segunda Ley para la Reforma del Derecho penal" (2. StrRG), que entrará en vigor el primero de octubre de 1973, contiene el texto íntegro de la nueva Parte general del Código penal.

No es posible exponer aquí, ni en resumen, todas las innovaciones que introducen estas dos Leyes. Únicamente se puede presentar una panorámica de conjunto acerca de sus directrices generales, e indicar brevemente algunas de las innovaciones más importantes.

A.—DIRECTRICES GENERALES

El nuevo Código penal procura (sin lograrlo totalmente) equilibrar o armonizar las dos tendencias más representativas del pensamiento jurídico penal alemán actual: el Proyecto gubernamental de 1962 y el Proyecto Alternativo. Este compromiso ha satisfecho parcialmente a

(9) Cfr. Deutscher Bundestag - 5. Wahlperiode - 232. und 233. Sitzung (9. Mai 1969) 12846 ss.

(10) Cfr. Bundesrat. Bericht über die 339. Sitzung. Stenographischer Bericht (30. Mai 1969), 129.

(11) *Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform* (Bonn, 1969, Drucksache V/4094), 111 páginas. *Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform* (Bonn, 1969, Drucksache V/4095), 80 páginas.

(12) *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts* (1. StrRG) vom 25. Juni 1969, en Bundesgesetzblatt, Teil I (Bonn, 30. Juni 1969), 645-682. *Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts* (2. StrRG) vom 4. Juli 1969, en Bundesgesetzblatt, Teil I (Bonn, 10. Juli 1969), 717-742. Cuando en el texto se cita algún párrafo de la 2. StrRG vom 4. Juli, se indica únicamente el número del correspondiente párrafo.

(13) La Novena Ley modificadora del Derecho penal (9. StrAG vom 4. August 1969), publicada en el Boletín oficial (BGBl) de 5 de agosto, Teil I, p. 1065, contiene pequeñas modificaciones que no interesan aquí.

muchos (a todos los que consideran el Derecho penal como el arte de lo posible), pero completamente a casi nadie.

En el nuevo Stragesetzbuch domina ampliamente la tendencia resolucionalizadora y humanitaria (respecto a la tendencia humanitaria con-veniría hacer algunas matizaciones). El delito se considera más como una perturbación sociológica y psicológica que como una violación culpable del orden jurídico, sin llegar a considerarse como mera inadaptación o enfermedad. La orientación dogmática actualmente dominante en Alemania encuentra en este texto legal su confirmación, su clarificación y su modernización.

Las discrepancias dogmáticas entre el Proyecto gubernamental y el Proyecto Alternativo son poco importantes, comparadas con sus discrepancias político-criminales. Algunos puntos discutidos (omisión, estado de necesidad, participación, dolo, error, etc.) (14) han encontrado en el texto legal reformado una solución excesivamente "política", de compromiso, que deja abierta la puerta a futuras elaboraciones y soluciones más maduras.

Siguiendo las directrices de los dos Proyectos principales (el E. 62 y el AE coinciden fundamentalmente en estos puntos), el nuevo Código penal mantiene el principio de culpabilidad, y la dualidad de penas y medidas de seguridad. El principio de culpabilidad encuentra en Alemania indiscutible o casi indiscutible acogida; desde 1945 la inmensa mayoría de los juristas alemanes sienten vivamente la necesidad de una fundamentación ética y una limitación jurídica del *ius puniendi* de la autoridad, para garantía de un Estado de Derecho.

El legislador alemán considera la pena principalmente como medio de reeducación y reinserción social, aunque sin olvidar su naturaleza culpabilista-retributiva o compensadora (15). Por eso, aunque exige formalmente que el fundamento de la pena sea la culpabilidad (Parágrafo 46: "Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe"...), mira con escepticismo la eficacia de las penas privativas de libertad, y las reduce al mínimo, y procura sustituirlas por otras sanciones (sobre todo económicas) o por tratamientos en régimen de libertad. El legislador procura adaptar las sanciones a la personalidad del delincuente, fortalecer y complementar la pena con instituciones sociológico-asistenciales, y con la participación activa de la sociedad toda.

La pena es la última ratio, el último medio para la defensa de la sociedad y la readaptación del delincuente, siguiendo las indicaciones expresadas por Arthur Kaufmann y otros autores, en pro de la so-

(14) W. GALLAS, *Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs*, en ZgStW, LXXX (1968), 1 ss.

(15) Thomas WÜRTENBERGER, *Ein neues Strafsystem ist notwendig. Aktuelle Hauptfragen der deutschen Kriminalpolitik*, en "Rheinische Merkur" (22 noviembre 1968). Sumamente ilustrativos los trabajos reunidos por W. BITTER, *Verbrechen - Schuld oder Schicksal? Zur Reform des Strafwesens* (Stuttgart, 1969, E. Klett), con el prólogo del actual Presidente federal, Dr. G. Heinemann.

briedad incriminadora (16), frente y contra la inflación penal proyectada (según algunos) en el Entwurf oficial. Esta idea de sobriedad y de respeto a la libertad ha motivado muchas innovaciones concretas, entre otras la del parágrafo 60: el Tribunal remite la pena cuando las consecuencias del hecho delictivo han ocasionado al autor graves daños. La Comisión explica el contenido de este parágrafo, y lo aclara con algunos ejemplos, como el de la madre que, por imprudencia, mata al hijo querido, o como el del marido que por un descuido al conducir su coche atropella y mata a su esposa (17). Esta forma de perdón judicial se aplica sólo en casos de penas privativas de libertad de menos de un año.

B. PRINCIPALES INNOVACIONES CONCRETAS

Entre las principales innovaciones concretas de la Parte general (y de la Parte especial) merecen destacarse las siete siguientes:

1. Reducción de las penas privativas de libertad de corta duración

Desaparecen, salvo excepciones, las penas privativas de libertad de duración inferior a seis meses, por creerse —con razón— que en tan breve tiempo no pueden resocializar al internado, y en cambio sí pueden corromperlo (18). En casos excepcionales se imponen penas privativas de libertad por un tiempo que oscila entre uno y seis meses (parágrafo 38, párrafo 2, en relación con el parágrafo 47), a pesar de que los autores del Alternativ-Entwurf y la Comisión Oficial creada en 1967 para la reforma de la legislación penitenciaria se manifestaron en contra de esta excepción. El parágrafo 47 lleva como título: “Penas cortas privativas de libertad sólo en casos excepcionales”; a continuación, su párrafo primero pide a los Tribunales que impongan estas penas cortas sólo cuando, a causa de las circunstancias excepcionales del hecho o de la personalidad del autor, la imposición de una pena privativa de libertad es imprescindible para “impresionar” (Einwirkung) al delincuente, o para la defensa del orden jurídico. El parágrafo 43 formula otra excepción a la regla general: habrá casos de penas privativas de libertad con duración menor de un mes —el tope mínimo es de un día— como sustitutorias del impago de multas menores de treinta porciones de días.

La casi completa desaparición legal de las penas cortas privativas

(16) Arthur KAUFMANN, *Gedanken zur Strafrechtsreform*, en “Schuld und Strafe” (Köln, Berlín, 1966, Heymanns), 292-327, con selecta información bibliográfica.

(17) *Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform* (Bonn, 1969), 6 s. *Zweiter Schriftlicher Bericht für die Strafrechtsreform* (Bonn, 1969), 25.

(18) Stephan QUENSEL, *Kurze Freiheitsstrafen: Das Dilemma der Strafrechtsreform*, en *Misslingt die Strafrechtsreform?*, editado por J. Baumann (Neuwied, Berlín, 1969, Luchterhand), 108 ss.

de libertad crea multitud de problemas respecto a los miles de personas que actualmente están cumpliendo penas semejantes. Solucionan parte de esos problemas la paulatina entrada en vigor de las innovaciones, y la amplia remisión de la pena concedida (artículo 97 de la 1. StrRG) a los que actualmente sufren condena por los delitos derogados en la reforma (adulterio, homosexualidad, duelo, sodomía, etc.), pero permanece problemática la situación de gran número de condenados a penas cortas privativas de libertad por otros delitos. Nada dice la Ley a este respecto. Es posible que los jefes de Gobierno, o (en su caso) los ministros de Justicia, de los Länder concederán indultos (Gnade); pero teóricamente —dado el concepto individualista de la Gnade— no pueden hacerlo, por ser muchos los destinatarios; la solución ideal sería la amnistía (Annestie), pero ésta corresponde al poder legislativo.

La nueva legislación sustituye las penas cortas privativas de libertad por penas pecuniarias proporcionadas a la culpabilidad y al volumen económico del autor (parágrafo 47, párrafo 2), y por la suspensión de la pena a prueba (que, según algunos, no es sustitución, sino modalidad de la ejecución) ampliada grandemente, siguiendo las indicaciones algunos autores (19). Hasta ahora sólo podía comprender las penas de duración menor de nueve meses; en lo futuro podrá comprender también penas de un año, y en casos excepcionales hasta de dos años, si lo aconsejan las circunstancias especiales del hecho y del autor (parágrafo 56, párrafos 1 y 2). El Tribunal puede gravar al condenado cuya pena ha suspendido, con algunas imposiciones tendentes a dar satisfacción por el injusto cometido, mediante, por ejemplo, la reparación del daño cometido, la entrega de cierta cantidad de dinero a una institución de utilidad social, o la prestación de un servicio gratuito en esa institución, u otras tareas de utilidad pública (parágrafo 56 b). El párrafo tercero de este parágrafo 56 b muestra un rasgo característico del nuevo código: faculta al Tribunal para prescindir provisionalmente de determinar imposiciones al condenado cuando éste se ofrezca a realizar algunas tareas apropiadas para satisfacer el hecho injusto cometido, si es de esperar que cumpla lo que promete.

También se reducen las penas privativas de libertad al ampliarse la aplicación de la libertad condicional. Aunque normalmente se aplicará la libertad condicional —en régimen de prueba (Bewährung)— después de haber cumplido los dos tercios de la pena privativa de libertad, sin embargo, en casos especiales puede aplicarse ya después de haber cumplido la mitad (parágrafo 57, párrafo 2).

Desaparecen casi todas las circunstancias que impedían la suspensión de la pena a prueba y la libertad condicional a prueba. Únicamente se prohíbe la aplicación de la suspensión de la pena a prueba cuando, siendo la pena privativa de libertad de una duración de seis

(19) Hilde KAUFMANN, *Soll die Strafaussetzung zur Bewährung auch weiterhin beschränkt bleiben auf Gefängnisstrafen von nicht mehr als 9 Monaten?*, en "Erinnerungsgabe f. Max Grünhut" (Marburg, 1965, Elwert), 61-69.

meses por lo menos, lo exija la defensa del orden jurídico (párrafo 56, párrafo tercero). Esta referencia excepcional a la defensa del orden jurídico tal como éste y algunos otros párrafos (v. g. el párrafo 47, párrafo 1) la formulan merece criticarse, según algunos autores, pues supone una contradicción con las directrices resocializadoras que presiden el nuevo Código penal; esta referencia proviene del Entwurf oficial de 1962, predominantemente retributivo.

Según el artículo primero, números 4, 9 y 13, de la 1. StRG, estas disposiciones relativas a la reducción de las penas privativas de libertad de corta duración entrarán en vigor el primero de abril de 1970.

2. *Introducción del sistema de pena única*

El párrafo 38, sumamente discutido durante su elaboración, introduce la pena única privativa de libertad. Desaparecen las penas de reclusión (Zuchthaus) (20) y las penas de prisión (Gefängnis), custodia honesta (Einschliessung) y arresto (Haft). El proyecto oficial de 1962 mantenía las diferentes clases de penas privativas de libertad; creía firmemente necesario conservar la Zuchthaus para, entre otros fines, diferenciar a los delincuentes graves de los simples rateros y pequeños delincuentes ocasionales. Los partidarios del AE insisten enérgicamente en la necesidad de eliminar la reclusión. Aducen principalmente las tres razones siguientes: 1, la resocialización queda gravemente entorpecida con las notas diferenciadoras de la Zuchthaus, principalmente por las especiales dificultades que encuentra el delincuente al salir en libertad; 2, la pena debe tener en cuenta la personalidad del condenado más que la gravedad del delito y su retribución (21), y 3, la diferencia entre las penas (privativas de libertad) más o menos graves debe consistir únicamente en su duración, como sucede en los países europeos que mantienen el sistema de la pena única (22).

La misma preocupación resocializadora que destierra la Zuchthaus deroga también la pena accesoria de la reclusión, que priva al condenado

(20) Siguiendo a RODRÍGUEZ MUÑOZ, en su traducción del Tratado de Mezger, t. II (Madrid, 1957, Ed. Rev. Derecho Privado), 405 ss., y al Dr. MATES en su amplia nota sobre la traducción más justa (*Die strafrechtlichen Staatschutzbestimmungen des Auslandes*, 2.^a ed. (Bonn, 1968, Röhrscheid), 331 s.), traduzco Zuchthaus por reclusión, aunque otros, como Quintano Ripollés, opinan debe traducirse por presidio.

(21) Lo indicado en el texto no quiere decir que la retribución sea (como opinan algunos autores) exclusivamente objetiva, o que carezca de efectos resocializadores. Cfr. A. BERISTÁIN, *Fines de la pena (Importancia, dificultad y actualidad del tema)*, en Rev. Gen. de Leg. y Jurisp. (noviembre, 1961), separata, espec. pp. 25 ss. La introducción de la pena única no es mérito exclusivo del AE; anteriormente algunos autores, por ejemplo Jescheck, habían propugnado esta reforma.

(22) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*. Allg. Teil, segunda edic. (Tübingen, 1969, Mohr), 75 ss.

de los más importantes derechos cívicos—Ehrenverlust— (parágrafo 32), y rebaja la duración temporal de las similares penas accesorias (la duración máxima será de cinco años, según el parágrafo 45). Además posibilita la rápida recuperación de los derechos perdidos por estas penas accesorias (parágrafo 45 b).

La acomodación de las leyes e instituciones penitenciarias a las nuevas normas exige un período de tiempo considerable, por eso estas normas entrarán en vigor el primero de abril del año 1970 (1. StRG, artículos 1.º y 105).

3. Reestructuración y ampliación de las penas económicas

En el Código actual la cuantía de las penas pecuniarias oscila entre cinco y diez mil marcos; la determinación de la cantidad concreta se regula principalmente según la gravedad del hecho injusto, y sólo secundariamente según las circunstancias personales del autor. El nuevo código introduce un sistema nuevo, parecido al escandinavo, de días multa, y (en mi opinión) mejor que él. La pena consistirá no en una suma dineraria como en el sistema tradicional, sino en un número determinado de “porciones de días”, en un número determinado de plazos económico-temporales. El Tribunal fijará el volumen de una porción de días—desde un mínimo de dos marcos hasta un máximo de mil marcos—, teniendo en cuenta los ingresos y los gastos del autor (parágrafo 40). En teoría, el delincuente debe disponer únicamente de un mínimo de sus ingresos, de lo indispensable para cubrir los gastos elementales de la vida; pero la ley silencia este deseo—quizá utópico— de los teóricos. El número de porciones depende principalmente de la gravedad del hecho; puede oscilar entre cinco y trescientas sesenta. En caso de concurso de delitos, según el párrafo 2.º del parágrafo 54, el tope máximo es de setecientos veinte porciones de días.

Como la pena mínima comprende cinco porciones, y la cuantía mínima de una porción oscila entre dos y mil marcos, la cuantía mínima de una multa oscila entre diez y cinco mil marcos. Una multa de 720 porciones de días puede suponer 720.000 marcos, lo cual no es una broma ni para un millonario, y algunos autores consideran excesivo; sin embargo, ante las actuales dimensiones de la delincuencia económica la suma de 720.000 marcos no parece excesiva.

Como sustitutivo de las penas pecuniarias incobrables (que en el nuevo sistema serán menos que en el tradicional) se impondrán penas privativas de libertad; según el parágrafo 43, a la multa de una porción de días corresponde un día de privación de libertad (23).

En lo futuro se castigarán con penas económicas muchas de las infracciones a las que corresponderían penas privativas de libertad de

(23) Acerca de las otras posibilidades sustitutorias se ha escrito bastante recientemente en Alemania. Cfr., por ejemplo, J. BAUMANN, *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe* (Neuwied, Berlín, 1968, Luchterhand), 41 ss.

corta duración. Este cambio aumenta notablemente el campo de aplicación de las multas.

Conviene subrayar, pues tiene consecuencias muy importantes, que con frecuencia, si la multa no llega a ciento ochenta porciones de días, el delincuente no se verá obligado a desembolsar cantidad alguna, pues el Tribunal puede limitarse a declararle culpable, determinar la pena correspondiente y amonestarlo, reservando (suspendiendo) la imposición de la pena. Esta nueva institución —*Verwarnung mit Strafvorbehalt*, amonestación con reserva de pena— exige ciertos presupuestos que detalla el parágrafo 59 (24).

La entrada en vigor de las nuevas sanciones económicas (en octubre de 1973) exige reestructurar antes, de acuerdo al nuevo sistema de las porciones de días, multitud de leyes, y en concreto las *Busse* de las infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*).

4. *Desaparición de las faltas*

La clasificación tripartita actual de crímenes, delitos y faltas desaparece, sustituida por la nueva de crímenes y delitos. (Prescindimos ahora del problema acerca de la naturaleza contradictoria de las *Ordnungswidrigkeiten* en la reciente ley de 1968.)

El parágrafo 12 define estas dos únicas clases de infracciones. Son crímenes los hechos injustos sancionados en la ley con pena privativa de libertad cuya duración mínima sea un año. Son delitos los hechos injustos sancionados en la ley con pena privativa de libertad cuya duración mínima no llega a un año, o con pena pecuniaria (parágrafo 12, párrafos primero y segundo).

Por regla general, las faltas tipificadas anteriormente en el Código se convierten en infracciones administrativas o penales-administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*); solamente algunas se convierten en delitos. Este cambio tiene principal aplicación en el campo de las infracciones de tráfico. Los problemas dogmáticos y político-criminales de esta transformación despiertan la atención de los mejores penalistas alemanes (25).

5. *Mayor severidad frente a ciertos delincuentes*

Aunque el nuevo Código reacciona frente a los delincuentes en general con mayor benignidad (26), sin embargo, frente a ciertos delin-

(24) JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allg. Teil (Berlín, 1969), 52, 504 ss.

(25) Paul BOCKELMANN, *Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten?*, en "Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge" (Hamburg, 1967. Hohst Seidewinkel), 164 ss. Heinz MATTES, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten* (Würzburg, en prensa).

(26) Quizá sea preferible hablar, como indica BAUMANN, de una mayor efectividad, J. BAUMANN, *Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer. Eine Strafrechtsvereichung?*, en "Programm für ein neues Strafgesetzbuch" (Frankfurt M., Hamburg, 1968, Fischer), 128 ss.

cuentes (graves, peligrosos, habituales, etc.) adopta sanciones más fuertes. Al delincuente habitual no le cierra las puertas de su resocialización, pero quiere hacerle caer en la cuenta de la gravedad de su conducta. Por eso aumenta la extensión y la intensidad de la sanción en ciertos casos de reincidencia. Hasta ahora la reincidencia se tenía en cuenta únicamente en el párrafo 20 a, y en algunos delitos contra la propiedad (Diebstahl, Betrug, Hehlerei, Raub). Desde el primero, de abril de 1970 (1. StrRG, artículo 105 en relación con el artículo primero, número 4, párrafo 17), se tiene en cuenta en cualquier clase de delito si cumple las condiciones siguientes:

1. Cometer una infracción dolosa sancionada por la ley con pena privativa de libertad de un año o más.
2. Haber sido condenado anteriormente, por lo menos dos veces, a causa de infracciones dolosas, y haber cumplido, como consecuencia de una o más de estas infracciones, una pena privativa de libertad de tres meses o más.
3. Mostrar por el modo y las circunstancias de las infracciones que las condenas anteriores no han intimidado al delincuente.
4. No haber transcurrido más de cinco años entre una y otra infracción.

Como consecuencia de la Rückfall el límite mínimo de la pena privativa de libertad no puede ser menor de seis meses, pero el límite máximo permanece inalterado (párrafo 48).

El párrafo segundo del nuevo párrafo 56 g aumenta también la severidad con respecto al actual párrafo 25. La nueva prescripción legal concede al Tribunal la facultad de revocar, con algunas condiciones, la condonación de la pena (Straferlass). Las condiciones son: que el autor haya cometido un hecho injusto doloso antes de que hubiese transcurrido el plazo de la remisión de la pena a prueba, y que el autor haya sido condenado por ese hecho injusto doloso a una pena de privación de libertad como mínimo de seis meses. La posibilidad de revocación de la condonación de la pena concluye un año después de terminado el plazo de la prueba, o seis meses después de la sentencia firme del nuevo delito (nach Rechtskraft der Verurteilung).

A pesar de estas innovaciones severas, la reforma en general adopta una mayor indulgencia respecto a los delincuentes, y según algunos autores un mayor humanismo. Puede citarse como ejemplo el párrafo 56 f que autoriza al Tribunal para no revocar la suspensión de la pena a prueba (aunque el delincuente cometa un hecho injusto en el tiempo de la prueba, o incumpla las imposiciones o instrucciones del Tribunal, o se porte mal frente a las indicaciones del Vigilante de la prueba), si cree que hasta (o es más oportuna) la prolongación del tiempo de prueba, o la imposición al delincuente de nuevas obligaciones (Auflagen o instrucciones), o la sumisión del probando bajo un Vigilante de la prueba (Bewährungshelfer), si no lo tenía

anteriormente (a tenor del párrafo 56 d puede darse la suspensión de la pena a prueba sin Vigilante).

La tendencia indulgente y humanitaria del nuevo código aparece también en la mayor importancia que concede a las prestaciones positivas de readaptación social (suspensión de la pena a prueba, “imposiciones” e “instrucciones”, párrafo 56 b, 56 c, 56 d, 68 b, etc.), tanto que algunos —pocos— autores consideran éstas como un bloque distinto de las penas y de las medidas de seguridad, y hablan del código penal “tripartito”, es decir, comprensivo de tres instituciones diversas frente al delito, a saber: de penas, de medidas de seguridad, y de prestaciones positivas de readaptación social (27).

6. *Reestructuración y ampliación de las medidas de corrección y seguridad*

Con miras a la mejor reinserción de los delincuentes (especialmente de los delincuentes débiles) se amplía (28) y reestructura radicalmente todo el Título —sexto— relativo a las medidas de corrección y seguridad.

La Comisión ha introducido dos principios fundamentales de notable importancia: el principio del párrafo 67 (todas las medidas de corrección y de seguridad —excepto el internamiento en establecimiento de seguridad— se pueden cumplir antes o después de la pena, según las circunstancias), y el principio de proporcionalidad entre la medida (de corrección y seguridad) y la peligrosidad del agente (29). El Tribunal no puede imponer una medida de corrección y seguridad desproporcionada a la importancia de los hechos realizados por el autor, a los hechos que de él se pronostican, y al grado de su peligrosidad (párrafo 62). Con este párrafo desea el legislador limitar al mínimo las privaciones de los derechos personales, las sanciones (en el más amplio sentido de la palabra, que incluya también las medidas de corrección y seguridad) (30) de la sociedad contra los particulares

(27) Uno de los primeros que plantearon en Alemania seriamente el problema respecto a la naturaleza jurídica de la suspensión de la pena a prueba fue BRUNS. *Die Strafaussetzung zur Bewahrung*, en “Goldammer’s Archiv” (1956), 193 ss. Sobre la orientación, problemática y bibliografía posterior cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allg. Teil (Berlín, 1969, Duncker), 52 ss., 547 ss. La opinión mayoritaria la considera actualmente como una forma de cumplimiento de la pena.

(28) Al contrario, las medidas de seguridad y de reeducación encuentran total repulsa en el Derecho penal de los Estados socialistas. Cfr. SOLNAR. *Le misure di sicurezza nel diritto penale socialista*, en “Stato di Diritto e misure di sicurezza” (Padova, 1962, Cedam), 8 ss.

(29) *Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform* (Bonn, 1969, Drucksache V/4094), 17 ss. *Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform* (Bonn, 1969, Drucksache V/4095), 26.

(30) S. SOLER, *Las medidas de seguridad no son sanciones*, en “Anuario de Derecho Penal” (1964), 215 ss.

delinquentes o peligrosos. Este mismo deseo motiva la abreviación de algunos plazos de revisión en los que el Tribunal de ejecución de la medida debe comprobar si puede suspenderse la ejecución de la misma (el plazo de revisión para los internados en sanatorio psiquiátrico se reduce de tres años a uno, para los internados en establecimiento de seguridad se reduce de tres años a dos, parágrafo 67 e), la posibilidad de abonar el tiempo que haya durado la medida de corrección y seguridad (anticipada a la pena) a la duración posterior de la pena (parágrafo 67), y sobre todo la desaparición de las casas de trabajo reguladas actualmente en el parágrafo 42 a.

Ninguna de las medidas de corrección y seguridad del actual Código penal pasan al Código penal reformado tal y como ahora están concebidas y formuladas. Las medidas menos modificadas son: el internamiento en establecimiento de deshabitación para alcohólicos, toxicómanos, etc. (parágrafo 64), y el internamiento en un sanatorio psiquiátrico, que se destina ahora a delinquentes que ejecuten un hecho injusto en situación de irresponsabilidad o de responsabilidad atenuada, y que muestren una personalidad peligrosa para la comunidad (parágrafo 63). Las restantes medidas presentan una formulación mucho más amplia, científica y detallada que en el Código penal actual.

El internamiento en establecimiento de seguridad, del parágrafo 66, va destinado para los delinquentes mayores de veinticinco años que por las circunstancias fácticas (reincidencia) y personales, deban considerarse peligrosos.

La privación del permiso de conducir (Entziehung der Fahrerlaubnis), distinta de la pena del parágrafo 44 (Fahrverbot), está regulada dejando gran campo al arbitrio judicial (parágrafo 69 a).

La suspensión —temporal o perpetua— de oficio puede ser remitida condicionalmente después de un año de vigencia, en algunos casos, a juicio del Tribunal (parágrafos 70 y 70 a). La Comisión, suavizando las formulaciones del E 1962 y del AE, deja al arbitrio del Tribunal el imponer o no esta medida, teniendo en cuenta las circunstancias del delincuente y del hecho (31).

El legislador introduce dos nuevas medidas: la vigilancia dirigida y el internamiento en establecimiento de terapéutica social. La vigilancia dirigida, o vigilancia con supervisión (Führungsaufsicht) regulada detalladamente en ocho párrafos (parágrafos 68 a, b, c, d, e, f, g), con las amplias modalidades de sus "instrucciones" del parágrafo 68 b (parcialmente distintas de las reguladas en el parágrafo 56 c) puede durar de dos a cinco años. La persona del vigilante adquiere con esta nueva medida mucha mayor importancia que hasta ahora (32).

El internamiento en establecimiento de terapéutica social se aplicará a los delinquentes con graves perturbaciones psicológicas (a los que no se adapte el hospital psiquiátrico), y a los delinquentes (rein-

(31) *Zweiter Schriftlicher Bericht...*, pp. 37 s.

(32) JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allg. Teil (Berlín, 1969, Duncker), .550 s.

cientes no enfermos) que convenga someter a tratamiento científico, con medios terapéuticos—individuales o de grupos—y sociales, bajo la dirección de expertos, en régimen de internado. Esta institución, una de las más significativas innovaciones de la reforma (33), no existía en el Proyecto de 1962. Su introducción y formulación actual es, como reconoce la misma Comisión en el informe presentado al Pleno del Parlamento (34), mérito especial de los autores del AE, aunque la fórmula adoptada por la Comisión y aprobada por el Parlamento difiere en bastantes detalles de la propuesta por el AE. Este párrafo 65 pretende implantar en Alemania establecimientos semejantes a los que ya hace años existen, con buen resultado, en algunas grandes ciudades de otras naciones (v. g., en Herstedvester, cerca de Copenhague (35), en Utrech, en Londres, etc.). Se regulan especialmente los casos de delinquentes menores de veintisiete años (párrafo 65, párrafo segundo).

La preponderancia concedida a la resocialización obliga a ampliar grandemente el campo de aplicación de las medidas de corrección y seguridad. La mayor parte de los delinquentes peligrosos a los que hasta ahora se aplicaba el párrafo 20 a (derogado por la reforma), en lo futuro serán internados en un establecimiento de terapéutica social.

Las innovaciones respecto a las medidas de corrección y seguridad no entrarán en vigor hasta 1973, para dar tiempo a la preparación indispensable de las personas y de las edificaciones necesarias (artículo primero, números 16-20 de la 1. StrRG).

7. *Modificaciones en la Parte especial*

Aunque la reforma total de la Parte especial del Código penal se regulará en el próximo periodo legislativo, sin embargo el legislador ha introducido ya importantes modificaciones en esta parte del texto punitivo, sobre todo en los Títulos correspondientes a los delitos contra la seguridad del Estado, delitos contra la honestidad y delitos contra la religión (36). Conviene decir un par de palabras sobre cada uno de estos puntos.

A. La octava Ley modificadora del Derecho penal del 25 de ju-

(33) Richard HOHLER, *Die Strafrechtsreform - Beginn einer Erneuerung*, en NWJ (17 julio 1969), 1228.

(34) *Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform* (Bonn, 1969, Drucksache V/4095), 27 ss.

(35) Georg K. STÜRUP, *Treatment of sexual Offenders in Herstedvester, Denmark* (Copenhague, 1968, Munksgaard). Resultan muy instructivas sus estadísticas y sus comentarios. Más amplio y más teórico, el libro del mismo autor titulado *Treating the "Untreatable" (Chronic Criminals at Herstedvester* (Baltimore, 1968, Johns Hopkins).

(36) Ostman von der LEYE, *Zur Reform des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches* (Frankfurt M., Berlin, 1968, Metzner). Franz KUNERT, *Der erste Abschnitt der Strafrechtsreform*, en NJW (1969), 1229, s.

nio de 1968 (37) reestructura gran parte de los delitos contra la seguridad exterior del Estado.

Casi recién acabada la segunda contienda mundial, en plena guerra fría, en medio de las grandes tensiones entre Oriente y Occidente, Alemania, mediante su Primera Ley modificadora del Derecho Penal (de 30 de agosto de 1951), modificó los títulos de su Código penal correspondientes a los delitos políticos (en amplio sentido de la expresión). Entonces, dadas las circunstancias históricas nacionales e internacionales, el legislador procuró tipificar e incriminar el mayor número posible de acciones contra la seguridad de la República Federal alemana. Las fuertes críticas que después fueron surgiendo contra estos Títulos de la Parte especial motivaron la preparación de la 8. StAG, que entró en vigor, en parte, el primero de agosto de 1968, y, en parte, el primero de octubre del mismo año. En la preparación de esta Ley han colaborado con la Comisión gubernamental tres miembros del grupo AE. Los frutos de estos afanes han sido importantes, pero no tan acertados como hubiera sido de desear.

El legislador ha procurado incriminar el menor número posible de acciones. Pero su "poda" ha sido todavía insuficiente. Según algunos debía haber derogado más figuras delictivas, por ejemplo, la de sedición, siguiendo la orientación de algunas modernas legislaciones penales, sobre todo en las Repúblicas socialistas del Este de Europa.

En general, las innovaciones de la 8. StAG encuentran una acogida escéptica en los comentaristas. Según algunos no han solucionado la mayor parte de las dificultades que planteó la Primera Ley modificadora de 1951, adolecen en algún caso de contradicciones (párrafo 97 b) y, en general, de imprecisión (38); además, bastantes puntos quedan sin delimitar y decidir.

B. Los delitos contra la honestidad (y contra la familia) han sido y están siendo muy discutidos estos últimos años en Alemania, con motivo, en parte, del Proyecto Alternativo (Besonderer Teil, Sexualdelikte...) (39), y de lo expuesto por los penalistas en la reunión de Münster, en octubre de 1967, y en el Juristentag de 1968, en Nüremberg (40). Muchos autores (penalistas, psicólogos, sociólogos

(37) 8. *Strafrechtsänderungsgesetz vom 25.6.1968*, publicada en el BGBl. Teil I, pp. 741 ss.

(38) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 14 edic. (München, 1969, Beck), 605 ss.

(39) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Sexualdelikte. Straftaten gegen Ehe, Familie und Personenstand. Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe*, preparado por J. BAUMANN, BRAUNECK, etcétera. (Tübingen, 1968, Mohr.)

(40) Especialmente interesante es la amplísima comunicación-ponencia de E. W. HANACK, *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?* (München, 1968, Beck). Acerca de la situación actual del problema informa bien E. WAHLE, *Zur Reform des Sexualstrafrechts. Ein zusammenfassende Bericht über den Stand der Diskussion* (Frankfurt M., Berlin, 1969, Metzner).

gos, etc.) critican fuertemente la legislación actual como anticuada y excesivamente protectora de la ideología eclesiástica, y de las buenas costumbres de los individuos (en su esfera privada). Ante tan intensa crítica, el legislador no ha querido esperar a la reforma total de la Parte especial, y formula ya en la 1. StrRG vom 25. Juni 1969 importantes innovaciones, que pretenden poner el Código penal en armonía con la concepción actual acerca de los comportamientos y problemas sexuales, reestructurando y, sobre todo, reduciendo grandemente —quizá en exceso— el número y el contenido de las figuras tipificadas (41).

Desaparecen los delitos de adulterio, de sodomía, de relaciones sexuales con simulación de matrimonio, de homosexualidad entre adultos (pero permanecen incriminados los actos homosexuales con parientes próximos, con menores, o mediante intimidación o violencia), etc. La nueva legislación modifica notablemente otros artículos de este Título, por ejemplo, el lenocinio (Kuppelei), el aborto (Fremdabtreibung, reduce su penalidad, volviendo a la situación anterior al año 1943), etc.

El 18 de agosto de 1969 el Boletín oficial (BGBl) publica la “Ley sobre la castración consentida y otros métodos de tratamiento” (promulgada el 15 de agosto) (42). Según esta Ley, preparada en relativo secreto, la castración de un varón realizada por un médico no se considera delito de lesión si el interesado —mayor de veinticinco años— consiente, si no se esperan efectos negativos desproporcionados al bien pretendido con la castración, y si ésta se realiza según las normas médicas.

Las importantes modificaciones de los delitos contra la honestidad y contra la familia contenidas en la Primera Ley para la reforma del Derecho penal han encontrado buena acogida en muchos especialistas y en gran parte del pueblo; otros autores y otro sector de la opinión pública las encuentra excesivamente liberales y avanzadas (43). En este punto resulta interesante una confrontación con la reforma del Código penal austriaco, actualmente en vías de aprobación. El Proyecto de Austria, preparado por la Comisión gubernamental (con amplias consultas y colaboraciones de instituciones y personas priva-

(41) *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts*, vom. 25. Juni 1969, números 50 ss.

(42) *Gesetz über freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden*, vom. 15. August 1969, en “Bundesgesetzblatt”, Teil I, N. 76 (18 August 1969), 1143-1145.

(43) W. HANNACK, *Brennpunkte einer Reform des Sexualstrafrechts*, en “Zur Strafrechtsreform”, hrg. von H. Giese (Stuttgart, 1968, Enke), 25 ss. En este mismo Heft 43 de “Beiträge zur Sexualforschung” escribe muy atinadas consideraciones el profesor Dr. F. BÖCKLE, *Sittengesetz und Strafgesetz in katholischer Sicht*, pp. 5 ss., y, desde el punto de vista del Derecho comparado, H.-H. JESCHECK, *Rechtsvergleichende Bemerkungen zur strafrechtlichen Behandlung der einfachen Homosexualität*, pp. 45 ss.; con mentalidad más innovadora, Hubert BACIA, *Reform des Sexualstrafrechts*, en NEDELMANN, THOS, BACIA, AMMANN, *Kritik der Strafrechtsreform* (Frankfurt M., 1968, Suhrkamp), 95 ss.

das), mantiene una tendencia marcadamente tradicional que suscita la crítica aun de eclesiásticos protestantes y católicos (44).

C. Respecto a los delitos contra la religión, la 1. StrRG vom 25. Juni 1969, siguiendo la orientación liberal y tolerante propia de esta reforma, introduce modificaciones importantes, y, en general, acertadas (45).

Se amplía grandemente la esfera de protección en la rúbrica del Título 11, y en los párrafos 166 y 167. La nueva rúbrica de este Título dice: "Delitos que se relacionan con la religión y la concepción de la vida" (Vergehen, welche sich auf Religion und Weltanschauung beziehen). No se incrimina la blasfemia. Los párrafos 166 y 167 ensanchan el campo de defensa protegiendo (con formulación más moderna) a todas las religiones (no sólo a las cristianas) y a todas las concepciones de la vida (weltanschaulichen Bekenntnisses) (46).

De modo semejante, aunque hasta ahora sólo se incriminaba la perturbación de los entierros como actos religiosos, en adelante se incrimina la perturbación de cualquier entierro en sí, y de cualquier incineración de un cadáver humano.

La nueva redacción de este título muestra que el bien jurídico protegido es la paz pública y la tolerancia, más que el sentimiento religioso individual.

D. Por fin, conviene subrayar dos innovaciones aisladas, pero importantes, en los párrafos 232 y 268.

El párrafo segundo del párrafo 232 reconoce pleno efecto a la retirada de la querrela (Strafantrag) respecto a las lesiones leves dolosas y a las lesiones culposas (einfache Körperverletzung). Tiene importantes efectos esta innovación, sobre todo respecto a las lesiones causadas en el tráfico. Esta nueva formulación del párrafo 232 puede contribuir a la descriminalización de muchas infracciones cometidas con vehículos de motor (47).

(44) El teólogo protestante W. DANTINE critica el Proyecto porque Dios, dice, no necesita Códigos penales, "Gott braucht keine Paragraphen". En sentido parecido escribe el teólogo católico L. UNGAR, según el cual "la justicia no es sucedáneo de la religión", en "Neues Forum", XX, N. 176-177 (agosto-septiembre 1968), 555 s.

(45) Günter KESEL, *Die Religionsdelikte und ihre Behandlung im künftigen Strafrecht* (Tesis doctoral), (München, 1968, Fotodruk, F. Frank). Esta tesis doctoral tiene el mérito de ofrecer una información histórico-dogmática muy amplia, pero algunos de sus capítulos, por ejemplo el III, del párrafo 3 (pp. 30 ss.), resultan científicamente débiles. Mucho más atinadas son las consideraciones del teólogo protestante Joachim BECKMANN, *Religion und Ethik in der Justiz. Erwägungen aus evangelischer Sicht*, en "Rheinischer Merkur" (25 octubre 1968).

(46) Una ampliación semejante, aunque menor, propone el Proyecto de Código penal italiano presentado al Senado el día 19 de noviembre de 1968. Cfr. G. GONELLA, *Riforme dei Codici e nuovi ordinamenti giuridici. Discorsi sul rinnovamento della giustizia e testi disegni di legge presentati al Senato e alla Camera nel luglio-noviembre 1968* (Milano, 1968, Giuffrè), 154 ss.

(47) Esta descriminalización encuentra su básica regulación legal principalmente en la *Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* de 24 de

El nuevo párrafo 268 procura poner la formulación legal a la altura de la técnica moderna: castiga con pena privativa de libertad hasta un máximo de cinco años al que para engañar en el tráfico jurídico produce (herstellt) una no auténtica comprobación (documentación) técnica (technische Aufzeichnung), o falsifica una auténtica, o utiliza cualquiera de las dos. Se entiende por comprobación técnica la constatación (llevada a cabo por medio de un aparato técnico, total o parcialmente automático) de datos, medidas, cantidades, situaciones o acontecimientos (Geschehenabläufen), inteligibles para todos o para los especialistas, y que sirven para probar un hecho jurídicamente importante (48).

III. FUTURA TAREA LEGISLATIVA

En resumen, estas tres Leyes (8. StAG, 1. StrRG, 2. StrRG) consiguen colocar el Derecho penal alemán al frente del movimiento reformador universal (49), pues muy pocas reformas de otras naciones (exceptuando quizá la de Suiza) han logrado tanta madurez dogmática y tanto equilibrio entre las tendencias innovadoras de las nuevas instituciones de política-criminal y las tendencias conservadoras. La gran libertad y la gran atención que la autoridad legislativa ha prestado, desde el comienzo, a la crítica de sus primeros Proyectos, ha conseguido salvar al Código penal alemán del peligro que le amenazaba de cerrazón y conservadurismo (50), tan nefastamente opuestos a la sociedad actual pluralista y abierta al futuro. En Austria, por el contrario, el legislador está sucumbiendo a estos peligros; el Proyecto gubernamental de 1968, fruto de una preparación científica profunda y seria, sigue concibiendo el Derecho penal como promotor del orden público y privado, y como custodio de las buenas costumbres... (51).

Aunque la reforma en el aspecto dogmático ha sido mucho menor que en el aspecto político-criminal, como anunció y deseó Armin Kaufmann (52), sin embargo, hay que reconocer que la labor legislativa

mayo de 1968 y en la *Gesetz, über Ordnungswidrigkeiten* de la misma fecha, que entraron en vigor el 1 de enero de 1969 y el 1 de octubre de 1968, respectivamente. Semejante orientación y contenido en el punto que ahora tratamos, ofrece la Ley italiana de 3 de marzo de 1967, que entró en vigor el 1 de enero de 1968.

(48) *Erster Schriftlicher Bericht der Sonderausschusses für die Strafrechtsreform* (Bonn, 1969), 37 ss.

(49) H. SCHULTZ, *Das Erbe Franz von Liszt und die gegenwärtige Reform-situation in der Schweiz*, en ZgStW (en preparación para el próximo número extraordinario en homenaje a Franz von Liszt), in fine. HOHLER, *Die Strafrechtsreform - Beginn einer Erneuerung*, en NJW (1969), 1225 ss.

(50) W. MAIHOFFER, *Ideologie und Naturrecht*, en "Ideologie und Recht", hrg. von Maihofer (Frankfurt M., 1969, Klostermann), 121 ss.

(51) Franz PALLIN, *Barbarische Justiz, Barbarisches Strafrecht*, en "Neues Forum", XV, N. 176-177 (agosto-septiembre 1968), 549-553. PALLIN ocupa actualmente el cargo de procurador general de la República austríaca.

(52) Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf*, en ZgStW, LXXX (1968), 34 ss., esp. 52 s.

alemana ha dado ya el paso más difícil y más fundamental. Ahora ha de completar su tarea con la reforma total de la Parte especial del Código penal, y con la elaboración de otras muchas leyes (se calcula que unas 500) que acomoden las demás instituciones legales (sobre todo penitenciarias y procesales) a la nueva orientación del Código penal.

Algunos esperan que el próximo período legislativo pueda concluir esta tarea reformadora total. Opino que difícilmente se logrará tan magna obra en tan poco tiempo. Si el legislador se mantiene fiel a la profundamente nueva orientación abierta en el texto punitivo, tiene que modificar radicalmente no sólo la legislación penitenciaria (como muchos lo reconocen), sino también la legislación procesal (aunque menos lo reconocen). El influjo del Derecho penal material en el Derecho penal adjetivo es (y debe ser) mayor de lo que suele pensarse. Un Código penal que ante el delito reacciona con sanciones principalmente acomodadas a la personalidad del agente, y principalmente dirigidas a su readaptación social (con consciente subestimación de lo que hasta ahora, y aún ahora en otros códigos penales, era lo principal: el resultado lesivo, la violación del orden jurídico...), un Código así concebido exige una legislación procesal que (contra lo que sucede en Alemania, España, etc.) considere más en primer plano la personalidad del delincuente, y la determinación de la pena proporcionada a tal personalidad (más que proporcionada al hecho injusto, al resultado lesivo). Esta concepción del proceso exigirá probablemente una división del mismo (según el método anglosajón) en dos fases: la primera dedicada a la determinación del hecho injusto y de la culpabilidad; la segunda, dedicada a la determinación de la pena (conviction y sentencing). Este problema supera los márgenes de este informe. Únicamente se pretende dejar constancia (en vísperas del décimo Congreso de la AIDP, que estudiará el tema, en Roma) de que la reestructuración del Código penal exige un replanteamiento del Derecho procesal. Esta inquietud por un moderno Derecho penal adjetivo es también uno de los grandes méritos de la reforma alemana del Derecho penal.

Freiburg i. Br., agosto 1969

REVISTA DE LIBROS

ALARCON BRAVO, Jesús y MARCO PURON, Angel: «La inteligencia en los delincuentes españoles», Madrid, 1968, 51 págs.

El trabajo está realizado en el Gabinete Psicológico de la Prisión Provincial de Hombres, de Madrid. Fue presentado como comunicación al II Congreso Nacional de Psicología, abril de 1967.

El estudio se lleva a cabo con 350 reclusos, escogidos al azar de entre la población reclusa, comprendidos entre las edades de dieciséis a veintiún años. Por pertenecer los chicos a las diversas regiones españolas supone el trabajo unos resultados de conjunto valederos para la criminalidad nacional.

El 87 por 100 de estos jóvenes estaban penados por delitos contra la propiedad; el 6 por 100 por delitos contra la honestidad; el 3 por 100 por infracciones contra las personas, y el 4 por 100 por otras infracciones. También este porcentaje se aproxima mucho a las media de la criminalidad de nuestra delincuencia juvenil.

El 54 por 100 son reincidentes y el 46 por 100 primarios. Residen en zona rural un 20 por 100 y en la urbana el 80 por 100. En el 47 por 100 de los casos hay una situación familiar anómala. El 26 por 100 había pasado por algún reformatorio de menores. El nivel cultural es deficiente, con un 11 por 100 de analfabetos.

Teniendo en cuenta que la muestra estudiada tiene un nivel socioeconómico y cultural inferiores, los autores han buscado el sistema más adecuado para la exploración de la inteligencia de estos delincuentes, considerando como más eficaces pruebas «libres de influencias culturales» y tests de ejecución. Utilizan en sus investigaciones el test libre no verbal INPA y la Escala de Alexander, que se trata de un test manipulativo, y es una de las escalas de performance de más estima en la actualidad.

Entre las múltiples conclusiones a que llegan los autores exponemos las que nos parecen más interesantes, a saber:

— La media de inteligencia del grupo estudiado es inferior a la población en general, siendo la diferencia significativa al 1 por 100. Se trata de una diferencia real.

— El porcentaje de deficientes mentales encontrados es del 8,3 por 100. Estiman que el porcentaje medio de la población, en general, oscila entre el 2 y el 4 por 100, con exclusión de los casos extremos.

— Salvada la desigualdad de deficientes mentales hay una diferencia significativa de inteligencia entre los delincuentes y no delincuentes.

— Se aprecia una sorprendente media de inteligencia entre los primarios y los reincidentes, a favor de estos últimos y claramente significativa.

— En relación a la media de inteligencia, por grupos de delincuentes, de mayor a menor es: Polítropos (atacan a un mismo bien jurídico con distintos medios o lo hacen a diversos bienes jurídicos), estafadores, infracción sobre disposiciones relativas a vehículos de motor, robo con fuerza en

las cosas y hurto, robo con violencia o intimidación en las personas, delitos sexuales y delitos contra las personas.

— La inteligencia no es sino un factor más en la personalidad del delincuente.

— Teniendo en cuenta el porcentaje y la población penada en ese momento —unos cinco mil—, alrededor de cuatrocientos de ellos necesitarían un tratamiento especial para deficientes mentales.

Termina el trabajo con un anexo de distribución de frecuencia y curvas de aptitudes psicométricas y otros datos que han sido utilizados, aunque de forma meramente auxiliar.

El estudio tiene un gran valor criminológico, máxime si tenemos presente lo poco que sobre Criminología se ha hecho en España. Es, por otra parte, lo primero que se hace sobre esta materia, pues lo realizado por Mira y López, hace más de treinta años, no se puede comparar con el estudio de Alarcón Bravo y Marco Purón, pues entre otras cosas no se disponía del material y conocimientos actuales (1).

Por conocer la forma de trabajo de los autores y la seriedad del Gabinete Psicológico citado, nos consta que el estudio ofrece las máximas garantías.

Se observa que hay una tendencia en el deficiente mental a delinquir mayor que en las personas normales. Vervaeck y Stumpf, así lo mantienen, siendo menos frecuente en los primarios que entre los reincidentes (2). Para Bize, la tríada «retraso mental, más retraso escolar, más disociación familiar», constituyen un conjunto de factores que predisponen en gran manera a la delincuencia (3), y en el mismo sentido se pronuncian Sheldon-Glueck (4).

De todos modos, no se vaya a pensar, y ya lo apuntan Alarcón y Marco, que todos los delincuentes tienen una media de inteligencia inferior a la normal. Los hay que tienen un buen coeficiente intelectual, pues para ejecutar ciertas formas de delitos es necesario una inteligencia algo más que normal.

La falta de inteligencia en sí no la consideramos causa del delito; ha de ir unida a otros factores. Lo que sucede es que quien padece deficiencia puede ser utilizado por un tercero —con más facilidad que una persona de inteligencia normal—, para que ejecute unos hechos o para que participe con él; por otra parte, el autor, en alguna ocasión no sabrá distinguir con claridad lo justo de lo prohibido por la Ley, pudiendo terminar en el delito.

En todo caso, no se debe olvidar que la educación y el mundo circundante contribuyen al desarrollo de la inteligencia. Puede el defecto de inteligencia del autor ser debido a esas causas (5), y cabría preguntarnos, ¿delinquir por defecto de inteligencia o por condiciones del ambiente? No ol-

(1) En breve, el Instituto de la Opinión Pública editará un trabajo titulado «Infancia y Juventud Inadaptada», en el que colaboramos, donde en la parte dedicada al estudio de la personalidad del delincuente juvenil español se hará referencia a la inteligencia del mismo.

(2) Citados por SEELIG, *Tratado de Criminología*, trad. de RODRÍGUEZ DEVESA, Madrid, 1958, pág. 225.

(3) Citado por RENÉ RESTEN, *Caracterología del Criminal*, Barcelona, 1963, pág. 27.

(4) *The Problem of Delinquency*, Boston, 1959, págs. 75 y sigs.

(5) SÁNCHEZ MONGE Y PERELLADA, *Genética*, pág. 368.

vedemos las condiciones en que se encontraban los chicos estudiados. Creemos que ambas influyen, aunque nos encontremos en un círculo vicioso.

Pero no todos los defectos de la inteligencia se deben al mundo circundante y a la educación, también se debe a veces a condiciones genéticas (6). Por tanto, como en todo lo hereditario, en la inteligencia influye tanto el genotipo (producto de la herencia), y el fenotipo (que puede ser modificado por el ambiente y la propia herencia, es un producto de ambos). Lo difícil será determinar a cuál de los dos se debe la falta de inteligencia en el delincuente.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

BERMAN, Harold J.: «Justicia en la U. R. S. S.—Una interpretación del Derecho soviético». (Trad. española por Juan Ramón Capellá.) Ediciones Ariel. Barcelona, 1967, 480 págs.

No se trata, como pudiera pensarse en un principio, de un Tratado o Manual en donde se exponen, con una sistemática adecuada, las diversas ramas jurídicas, ni tampoco un estudio técnico-jurídico del Derecho soviético, sino, más bien, y como el mismo autor dice en el prefacio, «de una *interpretación*, de una exploración de su teoría y de su práctica a la luz de las condiciones sociales y económicas que están por debajo de él, de los factores históricos que facilitan su desarrollo y de la concepción del hombre en él subsumida» (pág. 8).

Es esta la segunda edición, ampliada y revisada, de la obra del mismo autor *Justicia en Rusia*, editada en 1950.

Presenta la evolución del Derecho ruso en sus distintas facetas y a la luz de los bruscos cambios de la política, lo que queda patente simplemente con la lectura de la primera de las partes en que viene dividido: «*Derecho Socialista*», en la que, después de un estudio de la realidad política, de los cambios que supusieron el paso del marxismo al leninismo, y de éste al stalinismo, se estudian las reformas que la caída de Stalin supuso para este Derecho.

Por lo que se refiere al Derecho Penal, analiza especialmente la práctica de los delitos políticos, económicos, los cometidos por funcionarios, los delitos contra el Estado, etc., pero quizá en este aspecto lo más destacable del trabajo sea un epígrafe, incluido en la segunda parte de la obra bajo el título «*el aspecto subjetivo del delito*», en donde se estudian diversas figuras en que se da una mezcla de dureza y benignidad, lo que lleva al autor a expresarse en estos términos: «Así, no se juzga solamente un acto, sino 'todo el hombre'. Al propio tiempo, el delito se considera en el contexto de «toda la comunidad». Esto tiende a acrecentar la severidad de las penas relativas a conductas que desde el punto de vista de la moralidad individual pueden no ser muy condenables pero que se desea hacer desaparecer de la comunidad en su conjunto» (pág. 287). Ahora bien, frente a

(6) Organización Mundial de la Salud, serie de informes técnicos, número 282, págs. 13-15.

este rigorismo, la benignidad podría venir representada por una disposición del Código soviético, según la cual «puede absolverse a la persona acusada de un delito, incluso aunque haya cometido el acto delictivo, si en el momento del juicio ya no constituye personalmente un peligro social» (pág. 287).

Pese a no ser, como hemos señalado, un estudio técnico-jurídico del Derecho de la U. R. S. S., sin embargo, es un libro que, por los temas que toca y los problemas que plantea, unido a su agradable lectura por una traducción bien lograda, resulta una opinión interesante, cuanto más si procede de una persona que conoce el modo de actuar de los Tribunales soviéticos, por haber estudiado en el Instituto de Derecho y del Estado de la Academia de Ciencias de la U. R. S. S., en donde tomó contacto con licenciados y estudiantes, jueces, fiscales y funcionarios del Ministerio de Justicia.

LUIS C. RAMOS RODRÍGUEZ

CANALEJAS, José María: «Presidio-Escuela». Separata de la «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 180-181. Madrid, 1968, 261 págs.

La «Revista de Estudios Penitenciarios» en estos últimos años ha tenido el feliz acierto de ir sacando a la luz textos olvidados, raros o curiosos, pero siempre de utilidad poco común. En este caso le llega el turno al libro *Prisión-Escuela* (Barcelona, 1860), debido a un ilustre penitenciario del siglo pasado: el Comandante de Establecimientos Penales D. José María Canalejas.

Se divide el trabajo en trece títulos precedidos de un prólogo explicativo de su contenido.

Tras analizar en el título I la necesidad que tienen el hombre de vivir en sociedad para poder desarrollar al máximo sus facultades, tanto intelectuales como físicas, pasa a realizar una crítica verdaderamente demolidora del viejo sistema celular o filadélfico por entonces en boga. Sabido es que consistía éste en el aislamiento absoluto de cada recluso en su celda, de día y de noche, por todo el tiempo que durara la condena, bajo un régimen de absoluto silencio. «La soledad, el aislamiento duradero —dice Canalejas—, ha de producir indispensablemente, hábitos brutales para el cuerpo, asimilándole al de los animales, y a medida que progresa la estupidez de los órganos, han de embrutecerse también las facultades intelectuales». Analiza las utópicas ventajas de tan inhumano sistema y plasma a continuación los principios generales por los que ha de regirse todo sistema penitenciario y que, en síntesis, son: el considerar al penado como un ser racional y social a cuya rehabilitación moral y legal habrá de llegarse a través de la enseñanza y el trabajo, no sin olvidar la parte que de esta misión que compete a los funcionarios de prisiones y para cuya realización ha de adquirir una formación sólida, no sólo en el aspecto profesional, sino en el que Canalejas juzga esencial: el humano y el moral.

En el título II trata del objeto del «Presidio-Escuela» que no ha de ser otro que el de «Formar a los empleados de los establecimientos penales

con las condiciones de probidad, educación e inteligencia particular que se requieren».

La selección de los mismos ha de hacerse mediante el estudio de los candidatos a través de pruebas teóricas y prácticas de observación que deberán llevarse a cabo en este proyectado centro.

Enumera a continuación en títulos sucesivos las bases necesarias para el eficaz y normal funcionamiento de este establecimiento y señala las siguientes:

- 1.º Conservación física del penado en buen estado de salud.
- 2.º Arquitectura penitenciaria.
- 3.º Obediencia y sumisión del penado.
- 4.º Enseñanza y Trabajo.
- 5.º Publicación de los actos y resultados administrativos.
- 6.º Disciplina racional.

Acto seguido analiza estas bases con bastante minuciosidad no ajenas de curiosas sugerencias. Así, por ejemplo, el establecimiento debe situarse en las afueras de la población, pero no a más de una legua de la población "para evitar que la gente y el bullicio sean ocasión para catequizar y conseguir de los empleados complacencias indebidas, y establecer inteligencias con signos y jergas que se escapen a la vigilancia de los guardianes».

Especial interés tiene para el autor la enseñanza, ya que de ella depende en parte el cumplimiento de uno de los fines de la pena: la prevención especial por medio de la enmienda del delincuente. La cultura será la cuna donde se consolide y engrandezca la dignidad del hombre. Una de las enseñanzas que encontramos más destacable es la que el recluso debe recibir del propio Director del Penal y que ha de ser eminentemente moral y social. De ahí las especiales condiciones de rectitud y honorabilidad que a la par que la necesaria formación intelectual han de reunir los funcionarios de prisiones para cumplir su misión.

El trabajo merece también especial consideración, fustigando la fatiga y pena como fin del mismo y ensalzando la instrucción, aprendizaje y desarrollo de la inteligencia con la finalidad exclusiva de reformar y preparar al recluso para que viva el día de mañana en la sociedad libre.

Señala someramente los trabajos más aptos para las distintas clases de penas. Es digno de especial mención la retribución del penado por su trabajo, ya que sirve de estímulo para su regeneración. Fija con escrupulosidad matemática las cantidades que ha de percibir de acuerdo con la clase de condena que ha de cumplir, salvo «los penados a cadena perpetua, los reincidentes y los correccionales de cadena menor de dos años que no tendrán derecho a fondo de peculio alguno».

La disciplina es básica para la buena marcha del sistema siempre que se aplique en forma objetiva, igualitaria y firme. Los males endémicos de las prisiones españolas eran, en el sentir de Canalejas, debidas en parte a que la disciplina estaba impregnada de accidentes y tendencias de diversa naturaleza. Censura la ordenanza de 1834 por la que se sometía el régimen interior de los presidios a la disciplina militar, ya que si bien «los elementos militares eran aptos para formar soldados, no podían ajustarse a otro fin determinado, que era el que se requería respecto de los penados».

La organización en general del centro en su régimen interior es uno de los puntos centrales de este estudio. El trabajo, la enseñanza y la disciplina son el eje motriz de todo establecimiento penitenciario, bajo la base esencial de la justicia, vigilancia, corrección y buen ejemplo. Destierra de plano el sistema del terror y el apaleamiento en las prisiones y añade: «el pilón, la argolla, el cepo, la bola, el niño manejo, el cañón asestado a los dormitorios y otros medios de afrenta que inventó la fecundidad de hombres ignorantes... nunca estorbaban las evasiones».

Se preocupa del ingreso del penado en el establecimiento y su adscripción al régimen interno del mismo, y en el cuidadoso articulado desarrolla cuáles han de ser sus ocupaciones, tanto en día laborable como festivo.

En los últimos títulos establece las misiones que han de tener el personal del Presidio-Escuela. El médico, practicante, sacerdote y maestro pasan a través de sus páginas fijando sus deberes con especial cuidado. A continuación se refiere al personal propiamente penitenciario: Jefe principal, empleados de régimen interior, capataces, conserjes, etc.

Por último, hace hincapié en el problema de la reincidencia, siendo partidario del control de la misma por medio de publicaciones de estadísticas, y cierra el libro con un capítulo dedicado a la inspección de este establecimiento.

Es, pues, este libro un proyecto de establecimiento penal tipo en el que convergen una Escuela de Estudios Penitenciarios y una Prisión Modelo, y en el que se combina la prevención general y la prevención especial. En él se acoge las tendencias del momento conducentes a humanizar la pena y regenerar al penado haciéndolo útil para la sociedad.

A lo largo de todo este estudio se vislumbra un cierto espíritu correccionalista nada extraño dada la época en que su autor vivió.

Lamentamos no poder haber estudiado el proyecto de Ley de Bases de 1869, que no llegó a aprobarse, para comprobar en qué medida las ideas expuestas en el trabajo de D. José María Canalejas fueron recogidas.

RAMÓN TUDELA HERRERO

ENGISCH, Karl: «Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart (La teoría del libre albedrío en la doctrina filosófico penal del presente), 2.^a ed., Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1965.

El libro de Engisch, que primero fue una conferencia pronunciada por el autor en la Sociedad Jurídica Berlinesa, aparece en su segunda edición inalterada (la primera es de 1963).

De la circunstancia de que un autor de la agudeza de Engisch se ocupe de un tema de la importancia del libre albedrío, sólo puede derivar el resultado de una aportación fascinante, como lo es ésta que comentamos.

En la obra, tras la que se adivinan muchas horas de meditación, Engisch llega a la conclusión de que el libre albedrío es indemostrable y de que,

por ello, no puede constituir la base de la pena. La tiene que constituir, piensa Engisch, la accesibilidad de la pena a la personalidad del delincuente, su capacidad de ser motivado por la pena y el grado de corrupción de su carácter. Por ello, el enajenado está exento de responsabilidad criminal, pues el castigo no puede condicionar en él una modificación de su carácter antisocial. Y por ello, también se castiga con mayor gravedad al delincuente doloso que al culposo, pues en aquél el carácter está más corrompido y se requiere una motivación más fuerte para lograr su resocialización.

Sea cual sea la actitud que se adopte ante las tesis de Engisch, en cualquier caso es imposible leer este libro, lleno de ideas brillantes y de sugerencias, sin verse forzado a preguntarse sobre la justificación de toda una serie de postulados que parecía que habían llegado a ser inamovibles. Las 66 páginas de la obra han dado ya, en el espacio de tiempo que media entre su aparición y la publicación de este comentario, muchos frutos; y los seguirá dando en el futuro.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: «Modificaciones, en el aspecto penal, de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor». (Estudio de los supuestos del Código Penal que castigan las infracciones relacionadas con el uso de vehículos automóviles.) Separata del artículo, publicado en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia». Julio-Agosto de 1968.

Aventurada es o, cuando menos, de difícil defensa, la tesis que el autor mantiene en uno de los puntos de su trabajo, que aquí reproducimos: «... en estos *delitos de peligro* (hemos subrayado), hay un resultado, una mutación de las condiciones físicas del mundo exterior, porque hay una alteración de las probabilidades de provocación de un daño, que es incluso valorable por los mismos medios que se utilizan en el mundo de los «*quantum*» o en la física moderna al valorar las probabilidades de un fenómeno. Es necesaria una mayor sutileza de la ordinariamente puesta en juego para llegar a valorar esa alteración física del mundo exterior, pero existe». Si ello es así, estos delitos no lo serían de peligro, sino de lesión. El mismo autor, en páginas posteriores, indica: «Aparte estos delitos de peligro, cuando la acción, yendo más allá en su desarrollo, produce un delito de resultado...» A nuestro entender, se da una contradicción entre ambos textos, o, al menos, se induce al lector a confusiones.

Comienza el trabajo con una breve introducción en la que el autor nos habla de la crisis de la responsabilidad por culpa, tanto en lo civil, cuanto en lo penal, exponiendo a continuación las soluciones dadas por las corrientes objetivista y subjetivista, así como una rápida visión histórica sobre la inserción, en nuestras leyes penales, de los delitos de peligro.

Analiza, luego, los tipos penales referentes a la seguridad del tráfico e introducidos, en nuestro Código Penal, por la ley de 8 de abril de 1967, haciendo referencias, en su estudio, a la regulación anterior, especialmente

la «fórmula de obstaculización del tráfico» y la «fórmula omisiva» del artículo 340 bis b), párrafos primero y segundo, respectivamente; la conducción en estado de embriaguez del artículo 340 bis a), párrafo primero, en donde, con indudable acierto, considera el peligro como «ratio legis de la incriminación», pese a no estar el término incorporado al tipo.

Apunta a continuación, las relaciones que presentan los artículos 565 y 340 bis, como «delitos de resultado y de peligro», respectivamente, y la posibilidad de un concurso real de los delitos tipificados en ellos, analizando luego otros supuestos delictivos tales como el quebrantamiento de condena, la omisión de socorro, la «conducción con placa de matrícula falsa, alterada, hecha ilegible...», mostrándose disconforme con la inclusión de este último dentro del título de las falsedades, finalizando su trabajo con el estudio de hurto de uso, en donde analiza detenidamente qué debe entenderse por «vehículo de motor» a efectos legales, llegando a la conclusión de que tienen la consideración de tales los enumerados en el artículo 6.º del Reglamento del Seguro Obligatorio.

Es éste, en síntesis, un trabajo de análisis y crítica de los artículos a que hemos hecho referencia, mirados desde el ángulo de la peligrosidad de la conducta en ellos tipificada.

L. C. R. R.

DIAZ PALOS, Fernando: «*Posesión de muebles y apropiación indebida*». Separata de los «*Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán*». Volumen III, págs. 131 a 179. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, 1968.

La interdependencia entre los Derechos civil y penal es puesta de manifiesto, una vez más, en este trabajo, a lo largo del cual el autor trata, según sus propias palabras, «de utilizar toda la fuerza expansiva que surge de la aplicación de los elementos gramatical, lógico, sistemático y teleológico, en la interpretación de una norma, con doble vertiente civil y penal», no siendo posible la puesta en duda sobre si en el artículo 464 del Código civil «se están manejando conceptos relacionados con la antijuridicidad penal, sobre los que algo tiene que decir la ley penal y su intérprete».

Después de una breve introducción, en la que centra el tema, trata de las diversas posturas adoptadas al respecto; la romanista, caracterizada esencialmente por el excesivo alcance que da al principio de la reivindicabilidad; la progresiva o germanista, dentro de la cual es decisiva la cuestión de si el propietario se despojó voluntariamente de la posesión de la cosa mueble o no, resolviéndose la irreivindicabilidad en el primero de los casos, pero no en el segundo, o sea, cuando la posesión de la cosa se perdió «sin o contra» su voluntad. Por último, analiza, en esta primera parte, el «intento de conciliación jurisprudencial» a través del cauce procesal de transferir la carga de la prueba al presunto propietario, demandante. Sin embargo, el intento no pasa de serlo por cuanto incluye dentro del término «privación ilegal», no sólo los robos y hurtos, sino también la apropiación

indebida, lo que viene a ser, a juicio del autor, «un caso flagrante de interpretatio abrogans» de la norma primera de irreivindicabilidad del artículo 464 del Código civil, por la segunda de sus normas.

Dentro ya de «la aportación penal», y después de un examen histórico del concepto legal de restitución, pone nuevamente de manifiesto las relaciones entre los Derechos civil y penal, planteándose a continuación el problema de la validez del concepto civil de posesión dentro del campo penal, para llegar, al fin, a lo que podemos considerar el centro, y la parte más fructífera del trabajo: «la cuestión posesoria en el delito de apropiación indebida».

En ella examina, en primer lugar, el Derecho comparado, entrando luego en el estudio de la legislación y doctrina española, para finalizar con el análisis del criterio jurisprudencial.

Dentro de los temas que plantea, merecen mención especial la distinción de los conceptos de hurto y apropiación indebida. Sin embargo, el más relevante es puesto de manifiesto por el propio autor, cuando dice: «nuestra exégesis, más que contraponer hurto (y robo) con apropiación indebida (y estafa), lo que hace es deslindar «cosas sustraídas» y «cosas confiadas»..., y, sobre ello, es interesante la inclusión de la cosa estafada dentro del concepto de «confiada».

En sus «conclusiones», asienta las siguientes ideas:

1. Adoptar el punto de vista jurídico-penal en la interpretación del artículo 464 del Código civil.

2. Pone de manifiesto que el principio de irreivindicabilidad de la primera norma contenida en el mencionado artículo quedaría sin aplicación en la práctica, si se considera que el juego de los preceptos civiles y penales estudiados, sólo son excepciones a tal principio.

3. Por la mayor protección que en el campo civil se da al tercero de buena fe, adquirente «a non domino», y por la distinción penal entre las diversas figuras delictivas desgajadas del tronco común del «furtum», se llega a la diferencia entre las cosas sustraídas, a las que se aplicará la norma de reivindicación, y cosas confiadas, que serán irreivindicables. Se apoya legalmente para ello en el artículo 102 del Código penal, que remite al 464 del Código civil y concordantes.

4. La solución dada por la jurisprudencia civil, al ampliar excesivamente la significación del concepto «privación ilegal», conduce a los mismos resultados que la tesis romanista: «a denegar... la irreivindicabilidad de la cosa poseída por el tercero de buena fe, de modo que tal posesión sólo le otorga un título para la usucapión ordinaria».

5. El «circuito interpretativo» entre los Códigos civil y penal resulta de la remisión expresa del artículo 102 del Código penal a las normas civiles y mercantiles de irreivindicabilidad, y de la implícita en el artículo 464 del Código civil y concordantes a los tipos penales del hurto, robo, apropiación indebida, etc.

6. El criterio jurisprudencial de «disponibilidad de la cosa» sirve tanto para reconocer el concepto de posesión en el campo penal, como para delimitar los conceptos de «cosa sustraída» y «cosa confiada».

Podemos concluir diciendo que es un trabajo de interpretación conjunta.

de normas civiles, contenidas en los artículos 464, 1.955, 1.956, 1.962 y 444 del Código civil, a través de normas penales, especialmente el artículo 535 del Código penal, dirigido a la adecuada protección que precisa el tercero que contrata de buena fe, debido a «las necesidades sociales y a las exigencias del tráfico» jurídico de bienes muebles.

L. C. R.

DICKLER, Gerard: «El hombre ante la Justicia». (Trad. española de Alberto Luis PEREZ). Luis de Caralt, Editor. Barcelona, 1969, 452 págs.

Nos encontramos ante un libro de divulgación escrito con un estilo sencillo, y traducido en buen castellano por Alberto Luis Pérez, lo que hace de él una obra de lectura amena, incluso apasionante en algunos pasajes.

El autor nos hace revivir, incluso con los mismos diálogos de cada uno de los juicios, los casos más destacables de las justicias e injusticias históricas, las más señaladas, y así recorreremos el proceso de Sócrates, Juana de Arco, Galileo Galilei, Carlos I de Inglaterra, los procesos de brujería de Salem, el de Andrew Johnson, el caso Dreyfus, el juicio contra Marinus van der Lubbe por el incendio del Reichstag, el tristemente famoso proceso de Nüremberg, el caso Oppenheimer y el juicio seguido contra Leonid Nikolayev por el asesinato de Sergei M. Kirov, con todas las consecuencias que arastró consigo.

Simplemente queremos reseñar, con estas líneas, la aparición de este libro que, si bien no tienen un interés desde el punto de vista científico del Derecho penal, tiene, en cambio, un indudable interés humano por los concretos casos que recoge.

L. C. R. R.

KIENAPFEL, Diethelm: «Urkunden im Strafrecht» («Documentos en Derecho penal»), Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1967, XXIV + 447 págs.

Destaca en la obra, que fue primero el escrito de habilitación del autor, el detalladísimo análisis que se lleva a cabo de la jurisprudencia alemana; más de 3.000 sentencias han sido estudiadas y valoradas por el autor.

Y es que el estudio del objeto material del delito de falsedad, del documento, tan importante para delimitar la acción típica de la atípica, no puede llevarse a cabo sin descender continuamente al casuismo. Pues, prácticamente, todo objeto del mundo real —desde una diana agujereada que pone de manifiesto la puntería del tirador hasta las rayas que marca el camarero en un cartón para recordar las cervezas consumidas por el cliente, desde la marca del ganadero sobre el lomo de un animal hasta las fichas de juego que pueden canjearse por dinero—, puede ser manipulado por una persona con el fin de provocar una falsa representación en el tráfico jurídico.

Kienapfel estudia los posibles caracteres del concepto de documento (escritura, declaración de voluntad, cualidad probatoria, etc.), para finalmente establecer seis categorías distintas de objetos en los que se investiga su carácter documental.

E. G. O.

LOPEZ GOMEZ, Leopoldo y GISBERT CALABUIG, Juan Antonio: «Tratado de Medicina legal». Editorial Saber, Valencia, 1967, T. I., 843 págs.; T. II, 583 págs.; T. III, 595 págs.

Damos cuenta de la aparición de la segunda edición de este Tratado de Medicina legal, considerado, merecidamente, como el más completo y el que alcanza un mayor rango científico entre los textos dedicados al tema.

La magnífica labor llevada a cabo por los autores hacen de esta obra un material de inexcusable consulta, no sólo para los alumnos o aquellos que se dediquen a preparar las oposiciones al Cuerpo Nacional de Médicos Forenses, sino también para todos aquellos que se dediquen al ejercicio de la profesión, o a la investigación de la Criminología, Criminalística, Derecho penal, etc., y todas aquellas ramas que directa o indirectamente tengan relación con los temas tratados, algunos de los cuales indicaremos a continuación, especialmente aquellos que se relacionen más directamente con nuestra disciplina.

Después de una extensa introducción, los autores tratan de una de las ciencias auxiliares del Derecho penal: la Criminalística, y dentro de ella, hacen un estudio detenido de la forma en que debe llevarse a cabo la determinación de diversos tipos de manchas (sangre, esperma, meconio, materias fetales, orina, saliva, y otras de origen mineral y vegetal), los medios de identificación (fotografía signalética, vicios de conformación, cicatrices, tatuajes, estigmas profesionales...), para tratar luego de la antropometría médico-legal, la dactiloscopia, el estudio de pelos y cabellos, la identificación cadavérica, y un tema largamente debatido por buen número de investigadores del Derecho, especialmente en sus ramas civil y penal, cual es la investigación de la paternidad.

El siguiente capítulo está dedicado por entero a la tanatología forense, para pasar luego a la traumatología forense, de la que tiene especial interés el capítulo dedicado a las lesiones, las lesiones mortales y las pos-mortales; el dedicado a las heridas producidas por arma blanca y a las contusiones. Siguen a estos, el estudio de los atropellos en accidentes de circulación, las heridas por arma de fuego, lesiones por explosión, las consecuencias de los traumatismos según las regiones, el suicidio, las asfixias (por sumersión, ahorcadura, estrangulación y sofocación).

El segundo volumen trata de la sexología forense, interesante especialmente para determinados delitos como son los de violación, aborto e infanticidio, dedicando la segunda parte de éste a la psiquiatría forense, para finalizar su obra, en un tercer volumen enteramente dedicado a la toxicolo-

gía forense por gases, venenos volátiles, orgánicos y minerales, ácidos cáusticos, tóxicos metahemoglobinizantes, pesticidas, etc.

Creo suficiente lo dicho, para que quede claro el interés que presenta el Tratado que comentamos.

L. C. R. R.

LOPEZ-REY Y ARROJO, Manuel: «Release and provisional release of sentenced prisoners» (Liberación y libertad provisional de los condenados a prisión), Thessaloniki, 1967.

La liberación de los delincuentes sentenciados a penas de prisión constituye, sin duda, afirma el autor, un paso decisivo no sólo para la sociedad, sino también en relación con el condenado mismo y su tratamiento.

En la actualidad existe una marcada tendencia a considerar la liberación provisional, especialmente bajo la forma de *parole* (bajo palabra), como el sistema de política criminal ideal con vistas a la liberación de *todos* los condenados a penas privativas de libertad. Se alegan, en su favor, los efectos nocivos de la prisión —los presos, se dice, llegan después de algún tiempo a *institucionalizarse*—, de modo que el sistema propuesto no sólo evita a los condenados el pernicioso efecto de la prisión, sino que acelera también el proceso de su rehabilitación. Sin embargo, hasta qué punto puede demostrarse tal pretensión a la vista de los resultados obtenidos mediante la aplicación de los sistemas de libertad condicional vigentes en la actualidad es una de las cuestiones sometidas en este momento, apunta López-Rey, a nuestro examen.

Como formas principales de la liberación señala el autor las siguientes:

a) La terminación de la pena de prisión en razón de las deducciones efectuadas por buena conducta, abonos por tiempo de trabajo, etc.

b) La libertad provisional con o sin condiciones. A este respecto, subraya cómo en muchos países se usa el *parole* o libertad provisional bajo palabra como una forma más de la liberación provisional.

c) La conmutación de la sentencia.

d) El indulto concedido bien a un individuo, bien a un grupo de individuos. En este punto, observa López-Rey, la distinción que, entre indulto y amnistía, suele hacerse en España y los países sudamericanos. Para el autor de este estudio, en España, desde el año 1944 se ha venido concediendo a los delincuentes políticos —que antes se beneficiaban de la amnistía, mucho más amplia y generosa—, solamente el indulto al ser tratados como delincuentes comunes.

e) Y, por último, determinadas decisiones de carácter judicial, especialmente los casos de revisión, que dejan sin efecto la condena y se erigen, de este modo, en equivalentes al cumplimiento de la pena.

No pueden, sin embargo, considerarse formas de libertad provisional una serie de autorizaciones especiales de no comparecencia ante determinados tribunales u otras instituciones análogas.

Seguidamente, examina López-Rey los sistemas de libertad provisional que suelen aplicarse en la actualidad. Son éstos fundamentalmente dos:

a) El sistema de la *liberation conditionnelle*, característico del continente europeo y de los países hispanoamericanos.

b) Y el *parole system*, típicamente anglosajón y de los países pertenecientes a la órbita de la Common Law.

Las diferencias pretendidas entre ambos se han debido más bien a cuestiones de terminología que de fondo, si bien uno de los sistemas que, a este respecto, puede reclamar sus características distintivas peculiares con relación a los demás (debido a que combina el sistema de la *liberation conditionnelle* con elementos esenciales del *parole system*, junto a rasgos propios de su idiosincrasia nacional), es el introducido por el Código penal sueco de 1962, cuya entrada en vigor data del 1.º de enero de 1965. Con arreglo a la nueva regulación jurídica, existen dos clases de *parole*: una, de carácter *preceptivo u obligatorio*, que se concede automáticamente por el director del establecimiento penitenciario, siempre y cuando el individuo sentenciado a una pena de prisión de duración no inferior a seis meses haya cumplido los cinco sextos de su condena (éste, aunque aparentemente incondicional, puede presuponer, como conviene Strahl, que el individuo sometido a régimen de *parole* sea puesto bajo vigilancia e incluso devuelto a la institución penitenciaria de procedencia, si las circunstancias lo aconsejan); y otra discrecional, que será estudiada, decidida y otorgada por la junta de vigilancia del distrito (*junta de vigilancia local*), al que está adscrita la institución penitenciaria. En materia de libertad bajo palabra, existe también una junta de tratamiento correccional a la que todo individuo sentenciado a penas de prisión deberá dirigir sus demandas en el sentido de ver revisadas algunas de las decisiones adoptadas respecto a él por la junta de vigilancia local. Sin embargo, se da cierto parentesco, en lo que respecta a la observación de ciertos requisitos legales, con la *liberation conditionnelle* (véanse págs. 270 y 271, nota 6).

El autor comienza a renglón seguido el examen del sistema de la *liberation conditionnelle*, peculiar de aquellos países en los que la administración de justicia ha venido concentrada en las manos del ministro de justicia o de su equivalente. Conocida es la existencia de países en los que no existe el cargo de ministro de justicia, por lo que las materias de carácter penitenciario caen dentro de la esfera de competencia del Home Office o Ministerio del Interior. Ha sido este marco político administrativo el que ha determinado que la concesión del beneficio haya estado concentrada en las manos del ministro de justicia o de sus equivalentes. Además, la *liberation conditionnelle* ha atendido mucho menos que el *parole system* a los fines de prevención especial. Las funciones de vigilancia y supervisión fueron atendidas en su seno por la policía, aunque sea preciso convenir hoy día que la ejercida por los *parole officers* es viable en muchos países. De otro lado, la *liberation conditionnelle* se concede de una forma más parca y restringida que el *parole*; de ahí, se ha dicho, que sus riesgos y posibles fracasos sean también mucho menos evidentes que los del segundo, aunque, a decir verdad, esa parquedad en su otorgamiento no debe interpretarse como una evidencia en favor de la *liberation conditionnelle* tal como ésta se concibe y aplica hoy día, por cuanto son más bien datos que demuestran

de un modo claro que un número importante de condenados se ven privados de hecho de un beneficio al que, en principio, tienen derecho.

Entre los varios países exponentes de este sistema, dedica López-Rey atención exclusiva a *Francia* —por ser el más imitado—, *España* —por la influencia que hasta 1944 ha ejercido en el resto de los países hispanoamericanos—, *Holanda* —país que, incomprensiblemente, combina un avanzado sistema penitenciario con uno de libertad condicional completamente arcaico—, y, finalmente, *Yugoslavia* —ya que, como país socialista, los fundamentos y fines de la penalidad son menos unilaterales que los de una penología basada principalmente en la personalidad o el bienestar del delincuente.

Respecto a *Francia*, examina, en primer término, los requisitos previos exigidos para la concesión del beneficio, entre los cuales cabe destacar el cumplimiento de tres meses de prisión, cuando el condenado lo haya sido a menos de seis, o el cumplimiento de la mitad de la pena, si ha sido condenado a seis meses o más. El procedimiento administrativo es iniciado por el alcaide de la prisión y concluye con una decisión del Ministro de Justicia. El sistema suele llevar consigo la imposición de condiciones relativas, por ejemplo, a la sumisión bajo la autoridad de un comité de asistencia (Patronato), al ingreso en un «hostel», etc., si bien pueden imponerse otras de carácter especial. La revocación del beneficio tiene lugar por la comisión de un nuevo delito, por mala conducta manifiesta o por la inobservancia de las condiciones impuestas al beneficiario. Por último, incluye López-Rey una serie de datos estadísticos sobre el funcionamiento de la institución en el país vecino, y que demuestran cómo el beneficio se aplica con mucha frecuencia a los delincuentes sentenciados a penas privativas de libertad de corta duración.

En segundo lugar, después del enunciado previo de los requisitos legales previos para el otorgamiento del beneficio en *nuestro país*, observa el autor cómo el sistema vigente en España excluye automáticamente las penas cortas de prisión, al igual que la concesión del sistema puede basarse en consideraciones relativas a la edad, etc. Todo el aparato administrativo puesto en marcha para la concesión del beneficio es examinado por López-Rey, señalando, además, que, por Orden de 24 de enero de 1946, la competencia del Servicio de Libertad vigilada, afectada originariamente a la vigilancia de los ex delincuentes políticos, convictos generalmente por rebelión militar, fue extendida a todos los presos liberados bajo condición. El estudio incluye, asimismo, un esbozo estadístico del desarrollo y aplicación del sistema en nuestra patria.

Para la concesión del beneficio en *Holanda*, es preciso haber cumplido los dos tercios de la pena, excluyéndose también automáticamente del beneficio las penas de privación de libertad de corta duración; exclusión que parece venir compensada por la puesta en práctica de la suspensión de la sentencia. El procedimiento se inicia dentro de la institución penitenciaria a instancia del *Social Ambtenaar*, un oficial de prisiones de especial configuración. Más tarde el asunto será discutido en el seno de la Junta del establecimiento penitenciario, para, al final, llegar al Ministro de Justicia. Una vez otorgado, se designa al beneficiario un *Reclasserings Ambtenaar* u ofi-

cial de rehabilitación, el cual está adscrito al personal del Ministerio de Justicia.

La legislación *yugoslava* exige el cumplimiento de la mitad de la condena, así como la existencia previa de motivos razonables que hagan pensar que el preso, una vez liberado, llevará un vida decente y no volverá a cometer nuevos delitos. Mientras en Yugoslavia es el Secretario del Interior de la República correspondiente quien otorga el beneficio, de acuerdo con las prescripciones legales del Código penal, su revocación, por el contrario, sólo puede ser decretada por los tribunales. Asimismo, esta revocación puede ser obligatoria (en el caso de comisión de nuevos delitos que acarreen penas de prisión superiores a un año, sin sursis). Es discrecional en los restantes casos (*perturbación del orden público*). Ilustra López-Rey su estudio con estadísticas que dan una idea de las relaciones existentes entre el beneficio y el sistema penal yugoslavo considerados como un todo.

Por último, pasa el autor a examinar el *parole*, término a menudo usado, de un modo erróneo, como equivalente a la *liberation conditionnelle* en todas sus formas. Sin embargo, sería erróneo identificar *parole* y *liberación conditionnelle*, por cuanto los orígenes y el desarrollo del primero son una creación típicamente norteamericana (1). Puede definirse el *parole* como la liberación condicional bajo supervisión o vigilancia y asistencia propias concedida por una Junta de libertad bajo palabra al preso que, observando buena conducta, haya cumplido una parte de su condena y acepte, de modo formal y expreso, las condiciones que dirigirán su período de libertad provisional (2). Si bien la definición presenta no pocas similitudes con la de la *liberation conditionnelle*, sin embargo, la principal diferencia que separa a ambas viene marcada por la existencia, dentro del *parole*, de la Junta de Vigilancia bajo palabra. De otro lado, mientras en la base de la institución europea subyace una fundamentación ministerial, en la del *parole* se trata más bien de un fundamento «managerial» (un elemento administrativo mucho más elástico y previsivo). Entre las características esenciales del *parole* se encuentran la existencia de esa Junta de Vigilancia, que sustituye a las juntas propias del establecimiento penitenciario; la creciente profesionalización y especialización de las juntas de libertad vigilada y de su personal, una restricción de las interferencias judiciales en materia de *parole*, etc. Finalmente, López-Rey concluye este interesantísimo estudio, ocupándose del criterio de elección en lo que respecta a los requisitos previos para la concesión del beneficio, así como de las condiciones que suelen acompañarlo (verdadera *ratio essendi* del sistema), y de la revocación; con unas reflexiones finales en torno al éxito del *parole system*. La información, aunque no ex-

(1) Consiste el *parole* en la puesta en libertad de un condenado que haya cumplido parte del *máximum* de su pena en una institución penal o reformatorio, bajo la condición de observar buena conducta y de permanecer bajo la tutela o dirección de alguna institución o agencia aprobada por el estado hasta que le sea concedida la remisión o absolución plena. (Vide SUTHERLAND, E. H.: *Principles of Criminology*, 6.ª ed., 1960, pág. 566.)

(2) Sobre los orígenes jurídicos del *parole system*, vide SUTHERLAND, E. H.: *Principles of Criminology*, 6.ª ed., 1960, págs. 567 y sigs).

haustiva, es suficiente para hacerse una idea perfecta del sistema norteamericano y de los sistemas de *liberation conditionnelle* examinados.

P. L. YAÑEZ ROMÁN

LOPEZ SAIZ, Ignacio y CODON, José María: «Psiquiatría jurídica, penal y civil». Ediciones Aldecoa, S. A. Burgos, 1969. T. I, 507 págs.; T. II, 994 páginas.

Simplemente unas líneas para dar cuenta de la aparición de la tercera edición de esta obra de gran interés científico y práctico, no sólo para aquellos profesionales del Derecho que desarrollan su actividad en torno a los Tribunales de Justicia, sino también para todos aquellos que se dedican a la investigación del Derecho penal, ya que muchos de los capítulos comprendidos en estos dos tomos de que consta la obra, podrían muy bien servir, si no de base, sí de ayuda eficaz para el estudio de no pocos capítulos de nuestra disciplina.

Es este un ejemplo, de los que son tan necesarios en nuestra patria, de colaboración eficaz entre estudiosos de ramas diversas, aunque relacionadas entre sí, para, a través de una labor conjunta, llegar a una mejor comprensión de los problemas que plantea un acercamiento científico serio al alma del delincuente.

L. C. R. R.

RUSSEL, Bertrand: «Crímenes de guerra en Vietnam». (Trad. española por Manuel AGUILAR). Aguilar, Madrid, 1968, 236 págs.

Viene a representar esta pequeña obra, una protesta sentida y apasionada contra la serie de atrocidades llevadas a cabo en el conflicto bélico vietnamita. Sin embargo, no es una recopilación de hechos a los que puede aplicarse ese calificativo, sino, más bien, el desarrollo de la opinión que fue cristalizándose en el entendimiento de este gran filósofo, a la vista de los sucesivos acontecimientos y progresivamente, según éstos se iban desarrollando, para culminar en la creación de un Tribunal Internacional de Crímenes de Guerra, Tribunal del que forman parte figuras de los más varios países y profesiones, pero que tienen en común su animadversión por una guerra injusta y por el modo en que se desarrolla.

Es una recopilación de opiniones, artículos, discursos y alocuciones relacionadas con este tema, tan de actualidad, a la que se añade un *informe* sobre Vietnam del Norte realizado por Ralph Schoenman, a modo de apéndice.

La traducción de Manuel Aguilar está hecha con soltura y en un castellano correcto.

L. C. R. R.

SANTO-DOMINGO CARRASCO, Joaquín: «Elementos de psiquiatría y asistencia psiquiátrica». Editorial Científico-Médica. Barcelona, 1968, 645 páginas.

Podemos dividir esta obra en dos fases, la primera de las cuales ocuparía las primeras tres partes en que viene dividida: «Nociones de Psicología clínica», «Psicopatología general» y «Psiquiatría clínica», quedando formada la segunda fase por la «Asistencia general» y «Asistencia especial».

Esta división en fases, que no hace el autor, no es caprichosa, sino, en cierto modo obligada en una recensión, por cuanto, para un penalista, o para un criminólogo, interesa, especialmente, la primera de ellas en donde se tratan los problemas que presentan las alteraciones y enfermedades psíquicas, mientras que la segunda, sin dejar de presentar gran interés, es más propia de los profesionales de la psiquiatría, por cuanto atiende a la curación y tratamiento de aquellas irregularidades.

Presentan especialísimo interés ciertos capítulos en los que el autor nos enfrenta con las posibles relaciones de la biotipología con las conductas antisociales, las alteraciones de la personalidad y sus causas, el estudio de la vejez y las alteraciones que, normalmente, lleva consigo; la esquizofrenia, epilepsia, paranoia; las anomalías en la conducta sexual, sus posibles causas, tratamiento y la trascendencia psicológica y forense; la toxicomanía, el alcoholismo, etc.

Es igualmente destacable la sencillez en la exposición y el empeño del autor en eludir términos técnico-psiquiátricos, por lo que la comprensión de esta obra se nos presenta como algo puesto al alcance de cualquier estudioso interesado en el entendimiento de estos fenómenos y anomalías del alma humana, y su posible trascendencia, sea en el mundo psíquico, psiquiátrico, sociológico o jurídico.

L. C. R. R.

SOTO NIETO, Francisco: «La responsabilidad civil en el accidente automovilístico.—Responsabilidad objetiva». Editorial Gesta. «Revista de Derecho Judicial». Madrid, 1969, 571 págs.

Nos hallamos ante un intento bastante acertado de reunir en una sola obra, el mayor número de problemas que consigo trae la determinación de la responsabilidad civil dimanante de los accidentes de circulación con vehículos de motor, cada vez más frecuentes, desgraciadamente, por la multiplicación que de año en año se produce en el tráfico rodado; y en donde se plantea, especialmente, el problema de la responsabilidad objetiva, tan traída y llevada de siglos atrás.

Sale el autor al paso de la justificación de este tipo de responsabilidad, que encuadra entre la *idea de culpa* y la *fuerza mayor*, como «actuación lícita y correcta, no responsable al agente, pero originadora, pese a ello, de un resultado dañoso, sin la interferencia de elementos causantes extraños a los integrantes de la propia actividad» (pág. 16); y así encuentra su explicación

en el *riesgo creado* que lleva consigo el que se desatienda la previsibilidad del hecho concreto, para fijar la atención en otra previsibilidad mucho más sutil, la «del riesgo en abstracto y de su anticipada aceptación por el agente que maneja un vehículo de motor o pone en juego una actividad de reconocida *peligrosidad* (?) social» (pág. 17). Llega a encontrar también esta justificación, junto con Bonet Correa, a quien cita, en la «consideración de un principio cristiano de caridad que viene a injertar valores de rango moral y ético en el desenvolvimiento del Derecho» (pág. 16).

Por si ello fuera poco, añade a ello la serie de preceptos que admiten, según el autor, la responsabilidad objetiva, dentro de nuestro Derecho positivo, así como numerosa jurisprudencia en el mismo sentido.

Estudia a continuación los supuestos de responsabilidad que encierra el artículo 39 de la ley de 24 de diciembre de 1962 sobre uso y circulación de vehículos de motor, y dentro de ellos admite: la derivada de un daño originado por una actuación culposa tipificada penalmente; aquella otra, que es consecuencia de un daño originado por una actuación culposa del conductor, pero que no sale del campo civil; y, finalmente, la que tiene su origen en un daño causado por una actuación lícita y correcta del agente, «irreprochable desde todos los ángulos sustantivos y reglamentarios» (pág. 30), de la que ha de concluirse, necesariamente, que establece el principio de responsabilidad objetiva.

Dedica otra parte de su estudio al tratamiento de la «compensación de culpas», y su inoperancia en el ámbito de la ley de 24 de diciembre de 1962, tanto por lo que se refiere a los daños materiales, que vendrían a enjuiciarse por los preceptos penales ordinarios, reguladores de la responsabilidad civil derivada de delito, o de las normas de la culpa aquiliana, como por lo que se refiere a los daños causados a las personas, en sus límites cualitativos o cuantitativos.

Trata luego de la fuerza mayor, como causa exoneradora de la responsabilidad, diferenciándola del caso fortuito.

Dedica un extenso e interesante estudio al Seguro Obligatorio y al Fondo Nacional de Garantía, para tratar luego de las fuentes de responsabilidad civil en los hechos derivados del tráfico, y de las distintas acciones y cauces procesales para su exacción, entre los que trata de la acción directa del perjudicado o sus herederos contra el asegurador, de las diversas reclamaciones indemnizatorias, según los procedimientos, penal ejecutivo u ordinario declarativo, y del depósito que se exige al asegurador para la interposición de recursos, deteniéndose especialmente en el procedimiento ejecutivo. En cuanto a la facultad de repetición de asegurador, y después de unas consideraciones generales, estudia la *repetición* contra el tercero causante de los daños, contra el asegurado, contra los demás aseguradores en caso de que un asegurador hubiera satisfecho una cantidad superior a la que le correspondría en función de la participación de su asegurada, contra el conductor causante del daño, condenado por sentencia firme por conducir sin el correspondiente permiso, quebrantando la condena de anulación o retirada del permiso, bajo la influencia manifiesta de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, etc., o cuando el hecho determinante del daño, o las víctimas, no estuvieren comprendidas en el ámbito del Seguro.

Trata a continuación de las relaciones entre los procedimientos penal y civil, de la pluralidad de perjudicados, de aseguradores y de daños para finalizar su trabajo con el estudio de la responsabilidad en el transporte de complacencia y la responsabilidad civil por hecho de otro.

Tanto por la extensión del estudio, como por haber sido enfocado, especialmente, hacia una solución práctica de los problemas que toca, es especialmente recomendable a todas aquellas personas que directa o indirectamente estén interesadas en el tema como profesionales del Derecho.

L. C. R. R.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «El delito de intrusismo», Separata. Publicada en la «Revista de Legislación y Jurisprudencia», Febrero, 1969, Madrid.

Es un trabajo dedicado al examen de varios de los artículos de los libros II y III de nuestro Código penal vigente: aquellos que se refieren al delito de intrusismo.

Comienza el autor por el examen del bien jurídico protegido en este delito, y después de descartar el privado del individuo que recibe los servicios de un no titulado, ya que en el artículo 321 no se castiga la impericia, y el también privado de los respectivos grupos profesionales, establece como bien jurídico propiamente dicho el público de que determinadas profesiones se ejerzan con la suficiente aptitud y capacidad. Como él mismo dice: «... no se trata de un delito pluriofensivo. El objeto de protección está representado únicamente por la potestad que corresponde al Estado de velar que los títulos de determinadas profesiones sean concedidos con las garantías de orden moral y cultural indispensables» (págs. 12 y 13). Es, pues, un delito contra la administración pública entendida ésta en sentido lato.

Ya dentro del análisis técnico-jurídico presenta interés la consideración, como sujeto pasivo, del Estado no de las respectivas asociaciones profesionales, ni de los particulares que reciben los servicios del intruso, los cuales, pueden merecer la consideración de perjudicados, pero no de sujetos pasivos; solución consecuente con la que nos da al hablar del bien jurídico protegido, ya que sólo el Estado es el titular de aquél.

Por lo que respecta a la conducta, interpreta restrictivamente el término «título», añadiéndole el calificativo «académico» en consideración a lo establecido a este respecto por la Ley de Bases que autorizó la revisión de 1963, y por la interpretación sistemática que autor hace del artículo 321, en relación con el número 1.º del artículo 572, ambos del Código penal.

Encuentra una cláusula valorativa del tipo en las palabras «actos propios», que analiza detenidamente, y, sobre ellas indica que: «... el juicio sobre la propiedad de los actos debe formularse conforme a criterios objetivos de valoración de validez general en el ámbito social» (pág. 27).

Otro interesante problema que se plantea es el de la unidad o pluralidad

de actos, en el sentido de si es necesaria una pluralidad de actos para la perpetración del delito, o si es suficiente con uno aislado simplemente, decidiéndose por la solución, a nuestro juicio correcta, de que se trata de un delito eventualmente habitual que, pudiendo perpetrarse con la realización de un solo acto típico, sin embargo, su eventual pluralidad no origina un concurso de delitos. Admite, a pesar de todo, que la habitualidad puede ser, en casos concretos, necesaria para que una determinada conducta pueda considerarse delictiva, ya que su ausencia «puede originar la atipicidad de la conducta» (pág. 32).

Por lo que se refiere al alcance de los términos «sin poseer el correspondiente título oficial», nos dice que «no puede identificarse con la tenencia material del documento formalizador del mismo» (pág. 35), «alcanza a los titulados extranjeros cuyo título no ha sido reconocido por disposición legal o convenio internacional» (págs. 36 y 37), y sin embargo, no vienen comprendidos en ella los suspendidos o inhabilitados por autoridad judicial, a los que sancionaría, en todo caso el artículo 334, o el 572-2.º, ambos del Código penal.

Estudia a continuación, y dentro del capítulo que dedica a la antijuridicidad, las causas de justificación (estado de necesidad y ejercicio de un derecho), estableciendo, en cuanto a la culpabilidad, que es un delito doloso, únicamente, ya que, cuando se cometa culposamente, no pasará de ser una mera ilicitud administrativa.

Con todo ello da por finalizado el estudio de la figura básica, dedicando luego una parte del trabajo a la figura agravada del párrafo segundo del mismo artículo 321, en donde se detiene en la consideración de lo que sea el atribuirse «públicamente» la cualidad de profesional, para examinar a continuación los problemas que presentan las formas imperfectas de aparición de ambos delitos (básico y agravado), así como la participación, en la que admite la de la persona titulada que actúe como inductor, cooperador necesario, cómplice o encubridor; no considerando, en cambio, como partícipes responsables a las personas que reciben la prestación del no titulado; y, finalmente, el concurso en sus tres especies (de leyes, ideal y real), y la responsabilidad civil.

El capítulo final viene dedicado al estudio de las faltas de intrusismo, de las que el bien jurídico protegido es «el respeto debido a las reglamentaciones administrativas de determinadas profesiones» (pág. 55), y que están reguladas en nuestro Código penal en el artículo 572, 1.º y 2.º, de los que hace un análisis digno de tener en cuenta a la hora de su estudio.

Es, en esencia, un trabajo de interpretación de diversas normas penales, revisadas en 1963, y referentes a los delitos y faltas de intrusismo, en el que el Profesor Rodríguez Mourullo, aparte del estudio técnico-jurídico que de ellas hace, y al que se refieren las líneas anteriores, pone de manifiesto el peligro que supone, para la calificación del delito, su permanencia bajo la rúbrica: «De las falsedades», aunque lo admite por la consideración de que en las reformas parciales, «el legislador actúa con la preocupación de dislocar en la menor medida de lo posible la total estructura del Código reformado» (pág. 7). Pone también de relieve, y critica en varios lugares del ar-

título, la falta de respeto a la Ley de Bases, que no se tuvo muy en cuenta en algunos puntos a la hora de redactar estos artículos.

L. C. R. R.

STANCIU, V. V.: «La Criminalité à Paris». Centre National de la Recherche Scientifique, 1968, 361 págs.

Estudia el autor la criminalidad en París, considerando los veinte distritos en que se encuentra dividido el Departamento del Sena. En algunos aspectos los trata todos, aunque con frecuencia solamente se refiere a la delincuencia de los distritos dieciséis y veinte.

La base fundamental del trabajo viene determinada por los resultados obtenidos en una serie de respuestas dadas por reclusos que se encontraban en la Casa de la Salud y en la de Fresnes, en el año 1958. Para delincuentes menores utiliza los datos que le fueron facilitados por el Tribunal de Menores del Sena, en los años 1953 y 1963. Finalmente, es de las Comisarías de Policía donde obtiene algunos datos que no se reflejan en las estadísticas, como sucede en los robos de los grandes almacenes. Los elementos de información de los cuestionarios, son: Fecha de nacimiento, lugar del mismo, último domicilio en París, fecha de llegada, estado civil, profesión, momento de comisión del delito, tipo de delito, nivel de instrucción y religión.

La primera operación que realiza es la localización del domicilio de los autores. Algunos no lo tienen y el de otros es dudoso. El domicilio del delincuente y el lugar de comisión raramente suelen coincidir. De todas formas, apenas si le da valor al lugar de la comisión del delito, pues en el aspecto sociológico no tiene importancia. Lo que sí es de interés es el lugar donde vive el autor, ya que es donde se inicia la vida del delito; es el origen de la criminalidad. Hace el estudio de las zonas de ambiente criminógeno, llegando a las fracciones más reducidas, como pueden ser una calle, un trozo de ésta o incluso un solo edificio. Sin embargo, tiene en cuenta que en la misma zona pueden vivir, y de hecho así ocurre, gentes de distinta cultura, aunque no se relacionen entre sí; por ello, busca los grupos homogéneos de igual civilización.

Dedica el autor parte de la obra al estudio de la psicología criminal. Penetra en los lugares donde vive el delincuente, una vez que ha salido de la prisión. Considera las condiciones de vida en las zonas criminógenas, para lo que estudia el alojamiento, alimentación, presupuesto, moral, religión y ratos de ocio.

Se ocupa en la primera parte de la geografía del crimen. Además del domicilio del delincuente intenta localizar el lugar de comisión de los hechos, domicilio de la víctima e incluso las relaciones que puedan existir entre el autor y su víctima. Se ocupa principalmente de los distritos dieciséis y veinte, que compara. Mientras la tasa de criminalidad en el primero es de 1,30 por 1.000 habitantes, en el segundo es del 4,92. La concentración de domicilios de delincuentes en el distrito veinte es muy grande, siendo en el otro más homogéneas, con alguna excepción. Presenta una serie de planos y tablas que completan todos los elementos considerados en esta parte.

Dedica la segunda parte a los datos estadísticos. Considera la criminalidad en París de los años 1964 y 1965, haciendo referencia a otros años. Se aprecia un aumento considerable del segundo en relación con el anterior. Hace una comparación para el año 1962, entre París y Londres; mientras la tasa de arrestados fue en esta ciudad del 5,2 por 1.000 habitantes, en la primera solamente llegó al 3,2.

Considera los movimientos migratorios y su influencia en la criminalidad, tanto los interiores como los exteriores. Los delincuentes nacidos en provincias, y establecidos en París hasta el año 1948, representan una proporción del 85 por 100; los establecidos después de ese año, solamente ocupan el 15 por 100.

En cuanto a la profesión, el 63 por 100 son obreros; suponiendo solamente el 6,1 por 100 las clases media, superior y profesiones liberales.

La criminalidad de la mujer viene a ser cinco veces menor que la del hombre, aunque esa proporción varía con el tipo de infracciones.

Termina con una exposición del robo en los grandes almacenes.

En la tercera parte estudia las zonas criminógenas, considerando por tales las que tienen todos o algunos de los elementos siguientes: Aglomeración de viviendas, comida insuficiente, carencias materiales y afectivas, ansiedad debida a la inestabilidad de las condiciones de vida, sentimientos de injusticia, aburrimiento, consumición de alcohol y comportamiento peligroso.

Da gran importancia a la superpoblación y a la promiscuidad en la delincuencia. Ambos factores tienen notable repercusión. Presenta también la criminalidad de los menores por distritos, calles, barrios, etc., llegando a la conclusión de que las aglomeraciones de casas, pese al progreso arquitectónico, son para los menores más criminógenas que la miseria de las chozas y barracas. Hace también referencia a las zonas peligrosas y a aquellas que no lo son.

En la última parte trata de la psico-sociología criminal, considerando las formas de delincuencia en dos estructuras socio-económicas diferentes. En la de mejor situación hay menos robos y más engaños, ya que éstos son por definición la infracción del hombre civilizado.

Explica la criminalidad de los emigrantes y la basa en las causas siguientes: Factor económico, angustia de la inseguridad, conflicto de la civilización, hostilidad del medio y xenofobia.

Aunque no es partidario de generalizar los rasgos criminológicos, pues cada autor actúa impulsado por móviles distintos, expone algunos caracteres comunes a los ladrones, estafadores, ladrones en casas y grandes almacenes. Tiene presente el interés que refleja en algunos delitos la provocación por parte de las víctimas (robo, infracción sexual, muerte, lesiones, etc.), muchos de los cuales no se hubieran producido sin la existencia de esa colaboración.

Considera ampliamente el suicidio y sus causas, para terminar con algunas consideraciones referidas al adulterio, mendicidad, prostitución, delincuentes necesitados, delincuencia juvenil y factores criminógenos.

La obra tiene interés en cuanto que refleja un estudio minucioso de la criminalidad parisiense. Expone gran número de casos concretos y en los

múltiples croquis que adjunta el autor, se puede observar cuáles son las zonas de mayor criminalidad, cuáles las más tranquilas, así como las partes de la ciudad donde residen los delincuentes.

Pasamos a hacer una comparación entre la criminalidad de París y la de Madrid en el año 1965. Considera el autor, para aquella ciudad, un total de 2.800.000 personas en los veinte distritos del departamento del Sena, población que casi tenía Madrid en esa época. Como notas fundamentales cabe destacar:

— La delincuencia general es mucho menor en la capital española.

— En París existen las bandas de delincuentes bien organizadas, en Madrid difícilmente aparecen. En realidad, en ésta son grupos, más o menos definidos, de duración breve, sin la existencia de un jefe tan definido como en las bandas y cambio frecuente en sus componentes.

— Mayor actividad criminal del autor francés, ya actúe solo o undio a otros.

— El autor es menos peligroso en Madrid, en relación con la gravedad de los delitos cometidos.

— Mientras el delincuente español apenas es peligroso en cuanto a su agresividad al ser sorprendido in fraganti, o cuando se procede a su detención, el francés reacciona a veces utilizando armas de fuego.

— Menor perversión criminal del autor español.

— Menor número de extranjeros residentes en Madrid.

De forma particular cabe resaltar:

— Mayor la prostitución en París, con 25.000 casos, mientras que en Madrid sólo se conocieron 921. No obstante, hemos de señalar que las cifras no reflejan la realidad, ya que aquí hay mucha criminalidad oculta. Por otra parte, algunos casos son comunes a vagancia y prostitución.

— Mayor el número de vagabundos en la capital francesa, con 24.594 casos. Es París una de las ciudades del mundo donde más prolifera la vagancia. En Madrid se conocieron 1.939 casos.

— Mientras en París se sustrajeron 20.394 vehículos, en Madrid solamente fueron 4.587.

Son circunstancias que coinciden en ambas ciudades y son propias de todas las capitales de gran población las siguientes:

— Aumento de la criminalidad en relación con el año anterior.

— El mayor número de delincuentes reside en suburbios y zonas de extrarradios de nueva creación.

— El delincuente actúa lejos de su domicilio, rara vez cerca de él.

— Los delitos se suelen cometer casi siempre por la noche.

— Reciben gran cantidad de personas procedentes de otras ciudades nacionales o extranjeras.

— También Madrid tiene sus zonas criminógenas, donde se vive en ambiente de criminalidad (1).

(1) Véase croquis de domicilios de delincuentes en Madrid, por sustracción de vehículos y autores de otros delitos, en nuestro trabajo *Los grupos en la sustracción de vehículos de motor*, en «Revista de Policía Española», marzo 1969.

— La prostitución y vagancia se dan con más frecuencia en el centro —parte antigua—, de la ciudad.

— Los robos y demás delitos contra la propiedad se dan en cualquier parte del casco urbano, a excepción del suburbio.

— Los delitos contra las personas son más frecuentes en el suburbio.

— La criminalidad es superior en aquellas que tienen más habitantes. A mayor población mayor delincuencia.

— Las grandes urbes favorecen el delito, ya que el autor tiene más facilidad para delinquir y menos riesgo de ser detenido.

A. S. G.

SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio: «El delito de allanamiento de morada». *Separata. Publicado en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia».* Diciembre de 1968. Madrid.

Nos hallamos ante un estudio del delito de allanamiento de morada, claro y sencillo, en el que se tocan los puntos más relevantes de los artículos que nuestro Código penal le dedica, especialmente el 490.

Las notas que interesaría destacar dentro de él son, en esencia, la consideración de la «inviolabilidad de la morada, como aspecto o manifestación de la libertad individual localizada» (pág. 8), como bien jurídico protegido por la norma penal; en cuanto al sujeto activo, la diferencia que establece entre este delito y el tipificado en el artículo 191, por el carácter de funcionario público o no del agente.

Estudia con cierto detenimiento el concepto de morada, estableciendo los caracteres que, a juicio del autor, han de concurrir para que el lugar de perpetración del hecho punible tenga tal carácter, y tocando también en este punto el tan debatido problema de si las dependencias anejas vienen incluidas en tal concepto o no. Por lo que se refiere a esta cuestión concreta, se muestra partidario de la doctrina del Tribunal Supremo de considerarlas incluidas, y, para defender su tesis, hace una interpretación interesante del artículo 8, circunstancia 4.^a.

Sigue a ello el análisis técnico-jurídico del artículo 490 del Código penal, en donde se detiene especialmente al considerar lo que signifique la expresión «contra la voluntad del morador»; el estudio de la consumación y el delito permanente, y, por último, el tipo agravado del artículo 491 del Código penal en donde, al estudiar lo que sea la «violencia» a la que este artículo se refiere, la que interpreta como fuerza física ejercida sobre las personas, en contra del criterio jurisprudencial que incluye también la fuerza en las cosas. Examina a continuación el hecho y su relación con la intimidación, en lo que se muestra partidario de que la intimidación o violencia hayan sido empleados como medio para la ejecución del hecho punible.

Examina, por último, los elementos subjetivos del delito, y dentro de ello, el dolo, oponiéndose a la doctrina jurisprudencial y de los autores que mantienen la necesidad de un dolo específico de atentar contra la inviolabilidad del domicilio. Según el autor, lo único que se requiere es el

dolo genérico del artículo 1.º del Código penal; las causas de justificación contenidas en el artículo 491, precepto que califica de supérfluo, incompleto y perturbador, llegando a solicitar su supresión, para finalizar su trabajo con unas referencias al concurso del allanamiento de morada con otras figuras delictivas.

En esencia, es un estudio general del delito tratado, en el que se apuntan gran número de problemas de índole técnico-jurídica, analizando algunos de ellos con detenimiento y, planteando simplemente otros, teniendo gran interés por la visión general que este artículo supone.

L. C. R. R.

REVISTA DE REVISTAS

ALEMANIA

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Tomo 77 (1965), fascículo doble 3/4

LEFERENZ, Heinz: «Die Sexualdelikte des E. 62» (Los delitos sexuales del Proyecto de 1962); págs. 379-397.

El presente artículo, como los dos siguientes publicados en este fascículo doble de la "Zeitschrift", fue primero ponencia presentada al Congreso de Penalistas Alemanes de 1965, celebrado en Friburgo, sobre el tema: "Reducción de los tipos penales en la Parte Especial".

Después de unas consideraciones previas, Leferenz examina, desde el punto de vista criminológico, algunos de los tipos penales sexuales del Proyecto de 1962.

Por lo que se refiere al adulterio, el autor es de la opinión de que el matrimonio ni precisa ni es apto de una protección penal; cree que la criminalización del adulterio no es capaz de impedir un solo delito. Leferenz piensa, en referencia al incesto, que la promiscuidad padre-hija no es por lo general la causa, sino la consecuencia de una destrucción familiar, y propone reducir la penalidad y otorgar a los tribunales la facultad de no imponer castigo alguno a los sujetos menores de edad que cometan incesto.

El § 204 párrafo 2 del Proyecto alemán de 1962 excluye la posibilidad de atenuación en la violación cuando ésta ha sido cometida conjuntamente por varios autores. Leferenz estima que, precisamente en este delito, la ejecución en grupo no supone un indicio de mayor perversidad o peligrosidad.

En referencia a los abusos deshonestos con menores, Leferenz se ocupa del problema de si ese delito tiene efectos nocivos para la víctima. Mientras que un sector científico afirma que puede tener graves consecuencias para la sexualidad del sujeto pasivo y provocar perturbaciones neuróticas, otros autores opinan que no deben sobrevalorarse tales perjuicios. Es difícil llegar a una decisión sobre este problema, entre otras razones porque los menores seducidos se han comportado muchas veces activa y provocativamente, con lo que surgen obstáculos para determinar si una anomalía posterior ha tenido su origen en el delito cometido o en otros factores preexistentes; dificulta el enjuiciamiento del daño causado por el delito, además, el que éste va acompañado del ulterior trauma de que la víctima tiene que declarar como testigo.

Apoyándose en sus propias investigaciones personales, el autor afirma, entre otras cosas, que los abusos cometidos antes del comienzo de la pubertad rara vez acarrear posteriores daños. En cambio, en la pubertad y adoles-

cencia el ataque sexual supone una grave experiencia que puede condicionar —como reacción— serios conflictos sexuales y psíquicos. Dentro del escándalo público, la manifestación más frecuente e interesante es la del exhibicionismo, que se caracteriza por el alto porcentaje de reincidencias y porque sólo en raras ocasiones produce un daño individual. Leferenz propone llevar todas estas acciones al campo del Derecho penal administrativo.

HANACK, Ernst-Walter: «Die Straftaten gegen die Sittlichkeit im Entwurf 1962» (Los delitos contra la honestidad en el Proyecto de 1962); páginas 398-469.

Hanack comienza su artículo lamentando el perfeccionismo de la regulación legal de los delitos contra la honestidad en el Proyecto de Código Penal alemán de 1962; así, por ejemplo, la homosexualidad con menores se plasma en el Proyecto en ocho modalidades distintas, y la deshonestidad en conexión con niños tiene nada menos que diecisiete formas distintas de comisión.

Hanack critica lo poco que se ha tenido en cuenta en los trabajos previos para la regulación de esta clase de delitos el material de Derecho comparado y lo pobre que fue la elaboración de los datos criminológicos.

Entre los miembros de la Gran Comisión se puso constantemente de manifiesto —indica Hanack— el desconocimiento de esos datos. En las discusiones no se citaron ni una sola vez las encuestas de Kinsey ni las encuestas llevadas a cabo en Alemania sobre la esfera íntima. El problema, tan discutido fuera de Alemania, de si la pornografía puede causar algún perjuicio psíquico, tampoco se debatió. Para las deliberaciones no se solicitó la colaboración de ningún experto, y de las Sociedades Médicas sólo se pidió un dictamen en relación con la homosexualidad. La difícil cuestión de los límites de edad en los delitos sexuales —critica Hanack— se decidió únicamente sobre la base de las impresiones individuales —y en parte emocionales— de los miembros de la Comisión. Hanack destaca que tampoco el estudio jurídico de los delitos contra la honestidad está muy elaborado y que se trata de un sector dogmáticamente abandonado.

En opinión del autor, debe ser mejorada también la Fundamentación del Proyecto de los delitos sexuales, sumamente deficiente, al parecer porque tuvo que ser redactada con enorme rapidez. A continuación, Hanack somete a una crítica individual algunos de los tipos de delitos sexuales del Proyecto.

PETERS, Karl: «Beschränkung der Tatbestände im Besonderen Teil» (Reducción de los tipos en la Parte Especial); págs. 470-505.

Peters escribe que la necesidad de reducir los tipos penales de la Parte Especial deriva de que la excesiva amplitud del Derecho penal limita su efectividad. El constante castigo de acciones relativamente poco importantes disminuye la fuerza de convicción del juicio de desvalor jurídico-penal.

Para determinar qué acciones deben ser tipificadas hay que tener en cuenta: —dice Peters— que en el Derecho penal se expresa el orden fundamental ético-social, sin el cual no es posible la existencia de una sociedad organizada; su base la constituyen las ideas de valor de la Constitución, la Convención de derechos humanos, los principios reconocidos de manera general del Derecho internacional y las leyes sustentadoras de la sociedad en tanto sean expresión de concepciones ético-sociales. Cuanto más afecta una acción a los valores fundamentales de la humanidad, mayor habrá de ser la perfección represiva del Derecho penal; cuanto menos les afecte, mayor motivo tendrá el Derecho penal para permitir lagunas represivas, adoptando un carácter sólo fragmentario. Las lagunas, el carácter incompleto —escribe Peters—, pertenecen a la naturaleza del Derecho penal. Las consecuencias del Derecho penal —señala el articulista— no son sólo positivas. También existe la fuerza destructiva del Derecho penal para el delincuente, para su familia, para terceros y para la comunidad. De ahí deriva el principio de la economía y de la subsidiaridad jurídico-penales: “El Derecho penal sólo debe aplicarse cuando sea absolutamente necesario y no haya otro modo de proteger el orden jurídico y la sociedad”. Por otra parte —indica Peters—, las fuerzas y los medios del aparato de persecución penal son limitados; esto rige tanto para la Policía como para el Ministerio Fiscal como para los tribunales; de ahí que el Derecho penal haya de adaptarse a las posibilidades procesales. En base fundamentalmente a estos principios, concluye Peters su artículo examinando diversos tipos penales vigentes que podrían suprimirse.

Como epílogo a estos tres artículos figura una breve referencia de Herbert Fiedler sobre la discusión que siguió en el Congreso de Friburgo a las pronuncias pronunciadas.

SCHRADER, Heinrich: «Die Gesellschaftsgerichtsbarkeit in Mitteleuropa, insbesondere in Strafsachen» (La jurisdicción de la Sociedad en Alemania Central, especialmente en asuntos penales); págs. 512-525.

El concepto de jurisdicción de la Sociedad está en relación —dice Schrader— con los tribunales populares de la Revolución Francesa y con los Tribunales Arbitrales de la Revolución Soviética, en cuanto que éstos decidían revolucionariamente, emancipados de la ley, los asuntos de su competencia.

El artículo de Schrader está dedicado a estudiar esta forma de jurisdicción en la República Democrática Alemana (a la que el autor llama Alemania Central o Zona de Ocupación Soviética), llegando a la conclusión de que estos tribunales de la Sociedad de la Alemania Comunista no poseen auténtica independencia frente a la clase dominante y su partido.

ZIPF, Heinz: «Zur Ausgestaltung der Geldstrafe im kommenden Strafrecht»
(Sobre la conformación de la pena pecuniaria en el futuro Derecho penal);
páginas 526-562.

Zipf empieza lamentando que mientras que la bibliografía sobre la pena privativa de libertad es ya inabarcable, el estudio científico de la multa sigue siendo muy pobre, a pesar de que ésta es, por la frecuencia de su aplicación, la sanción penal más importante. Y para el futuro es previsible que la multa vaya ganando aún más terreno a la pena privativa de libertad.

Zipf se ocupa en su artículo del sistema de días multa adoptado por el Proyecto de 1962, sistema que tiene su origen remoto en el Código penal portugués de 1852 y su origen próximo en los Derechos penales de Finlandia, Suecia y Dinamarca (por ello es llamado "sistema escandinavo de los días multa").

En este sistema hay que distinguir dos etapas. En la primera se lleva a cabo la auténtica medición de la pena, determinado el número de días multa de acuerdo con el contenido de injusto y de culpabilidad del hecho; esta etapa se corresponde, en las penas privativas de libertad, con la determinación de los días, meses o años de condena. En la segunda etapa hay que fijar la cantidad de dinero a abonar por cada día multa; aquí ya no entra en juego para nada la culpabilidad del sujeto, sino que se trata únicamente de un proceso de adaptación para que la pena sea uniforme para todo condenado; se trata, pues, de fijar una cantidad por día teniendo en cuenta una distinta situación económica de cada sujeto, a fin de que una condena de, por ejemplo, veinte días multa, tenga los mismos efectos para cualquier persona, sea el que sea su nivel de ingresos.

Zipf lamenta la inconcreción del Proyecto de 1962 en la fijación de las cantidades a abonar diariamente, pues lo único que se indica en el texto es que el juez habrá de tener en cuenta las "circunstancias personales y económicas del autor".

Zipf opina que es un progreso ya frente al Proyecto la fórmula propuesta por Fränkel, quien quiere señalar la cantidad de acuerdo con aquella suma exigible al autor, como expiación por su hecho, viviendo con la más extremada austeridad. Zipf, por su parte, propone otra fórmula apoyándose en los §§ 11 y 12 de la Ley Federal de Ayuda Social, donde se habla de los "medios necesarios de subsistencia". Esos medios abarcan "alimentación, alojamiento, vestido, aseo personal, enseres domésticos, calefacción y necesidades personales de la vida diaria. Forman parte también de las necesidades personales, en una medida moderada, las relaciones con el mundo circundante y una participación en la vida cultural". Según Zipf, la cantidad a pagar por día multa se debería fijar dejando al autor, de sus ingresos diarios netos, la cantidad precisa para los medios necesarios de subsistencia.

Zipf examina a continuación el difícil problema del camino a seguir cuando el condenado no puede satisfacer la multa, proponiendo, en el caso de que las circunstancias que condicionan el no abono de la multa no sean reprochables al autor, la posibilidad de remitir condicionalmente la pena tal como se hace con las penas privativas de libertad.

KOHLHAAS, Max: «Die Rechtskraft des Strafbefehls» (La firmeza jurídica de la orden penal); págs. 563-578.

En el artículo se estudia si la orden penal, institución característica del proceso alemán por delitos menos graves y faltas, adquiere sólo una firmeza jurídica limitada y si es compatible con la Ley Fundamental de Bonn.

WAIDER, Heribert: *Grenzbereiche der Geheimbündelei* (Sectoros limitados de la sociedad secreta); págs. 579-633.

En el artículo se estudia la relación del § 128 del Código Penal alemán, que castiga las sociedades secretas, con la masonería y con la Compañía de Jesús. La mayor parte del artículo tiene carácter histórico y es extraordinariamente informativo y ameno. Waider estudia, especialmente, la disolución de la Compañía de Jesús en 1773 por Clemente XIV, poniendo de relieve la paradoja de que fueron los Estados católicos de España, Portugal y Francia los que presionaron sobre el Papa para que se llevase a cabo la disolución, mientras que dos príncipes no católicos, Federico el Grande de Prusia y Catalina la Grande de Rusia, se opusieron a los deseos del Papa (Federico el Grande, al parecer, porque en aquel momento era imposible sustituir en su país la enseñanza jesuítica sin provocar una catástrofe educativa).

Entre 1871 y 1945 se discutía en la ciencia penal alemana, de manera hipotética, si los miembros de la masonería y de la Compañía de Jesús eran punibles en base al § 128, cuestión que la jurisprudencia negó tácitamente. Desde 1945 el problema ha sido excluido de la discusión y en la literatura sólo se estudia con un gran tacto.

En la sección de Derecho comparado del fascículo doble que recensionamos figura un artículo de Monrad G. Paulsen sobre "Rasgos fundamentales del proceso penal norteamericano", y otro de Paul K. Ryu y Helen Silving, en colaboración, titulado "Nullum Crimen Sine Actu. Un estudio sobre la estructura del delito".

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

BELGICA

Revue de Droit pénal et de criminologie

Número 4, enero de 1969

VERSELE, S. C.: «Le traitement des délinquants sexuels» (El tratamiento de los delincuentes sexuales); págs. 259-298.

El presente estudio pretende, de un lado, realizar una investigación de carácter criminológico sobre la delincuencia sexual, es decir, sobre aquellos

comportamientos concretados en ataques al bien jurídico constituido por la integridad sexual (sin desconocer, por supuesto, que existen numerosas infracciones de otros bienes jurídicos motivadas por sub-tendencias sexuales —a nadie se le oculta, por ejemplo, la infinidad de asesinatos y homicidios vinculados a motivaciones de carácter preponderantemente sexual— y que, además, se dan, en sentido contrario, determinadas conductas sexuales delictivas, esto es, que atacan, en definitiva, al orden e integridad sexuales, en cuyo substratum no aparecen ni por asomo problemas relacionados con la sexualidad —cita, ad exemplum, Versele ciertos casos de estrangulación que, en realidad, no son otra cosa que suicidios involuntarios, al sobrevenir accidentalmente en el transcurso de ciertas prácticas auto-eróticas de excesiva complejidad—), y de otro, poner de relieve el cuadro legal punitivo vigente en la actualidad en Bélgica, así como también una serie de consideraciones generales de política criminal en cuanto al tratamiento de estas conductas.

El confusionismo que en esta materia reina entre la ética social y la ética moral programática —de donde se deriva la consideración de “tabú” que durante siglos ha ostentado y aún hoy ostenta todo lo relacionado con la sexualidad y la educación sexual— ha supuesto que las concepciones de carácter religioso, unidas a supersticiones profundamente arraigadas en la conciencia social hayan determinado fatalmente el tratamiento jurídico otorgado a tales comportamientos. No debe, en consecuencia, extrañarnos el confusionismo que campea en el derecho actual sobre la materia, por cuanto viene a ser la consagración definitiva del “noli me tangere” que la concepción popular suele atribuir a esta materia, traducándose, en lo procesal, en ciertos tratamientos de carácter ritual y, hasta podríamos decir, sacral (por ejemplo, la celebración de los procesos a puerta cerrada...).

Seguidamente Versele hace unas observaciones acerca de la *etiología general* de esta delincuencia, subrayando a este respecto que la dosimetría penal proyectada sobre este tipo de conductas delictivas no toma en consideración los múltiples aspectos metajurídicos que suelen revestirlas; el formalismo legalista y lo que se ha dado en llamar la excesiva juridización del derecho se avienen mal con el carácter de los tratamientos asignados a tales comportamientos. De ahí, pues, el papel preponderante que los conocimientos criminológicos deben desempeñar a la hora de investigar la personalidad del autor (1) en materias que, como la que ahora nos ocupa, no permiten afirmar en su motivación la existencia de un factor causal único, sino, antes bien, la de toda una verdadera constelación de causas; dentro de las cuales, señala Versele, cobran especial relieve las relacionadas con las enfermedades mentales, las perturbaciones psíquicas, etc.

En el epígrafe dedicado al estudio de los *tipos de delitos sexuales* se ocupa

(1) Incluso en la órbita del Derecho penal socialista, se destaca cada vez con mayor insistencia que el estudio de todos y cada uno de los aspectos de la personalidad del delincuente es necesario para: 1.º Establecer las causas de la comisión del delito. 2.º Resolver la cuestión de la oportunidad de incoar un proceso criminal contra ciertos delincuentes. 3.º Declarar a un delincuente irresponsable penalmente. 4.º En fin, para fijar la pena y las condiciones de su ejecución (Vide. LEJKINA, N. S.: *La personalidad del delincuente y la responsabilidad penal*, Leningrado, 1968, 129 págs.).

Versele, en primer término, del *incesto*, delito que, en esencia, presupone una profunda perturbación de "toda la dialéctica afectiva familiar" y en cuyos autores suelen darse taras de tipo paranoico o concurrir graves dificultades de orden erótico-conyugal.

En segundo, se refiere a las *agresiones sexuales*, en torno a las cuales, puntualiza Versele, todos los trabajos realizados sobre la violación y los atentados al pudor cometidos con amenazas o violencia vienen a demostrar que el problema esencial se ha desplazado del plano de la sexualidad erótica al no menos importante de las condiciones de carácter bio-psico-sociológico general; mientras que, de otra parte, puede constatarse una extensión desmesurada de las violaciones cometidas en grupo, generalmente por delinquentes jóvenes, en los que aparecen confundidas tendencias sádicas, exhibicionistas y auto-eróticas, junto a una falta total del sentimiento de culpabilidad y un completo desprecio por la víctima; consecuencia todo ello de la despersonalización (anonimato) y desculpación que suele llevar consigo la comisión en grupo de tales hechos delictivos. En tales casos las experiencias seguidas en materia de tratamiento se han mostrado ineficaces, según observa Caldon, en casi la mitad de estos delinquentes, planteándose una grave problemática en el plano de las relaciones con la víctima.

En tercero, y con relación a la *homosexualidad* (2), se afianza de modo cada vez más creciente la opinión según la cual los comportamientos sexuales no han de consistir necesariamente en perversiones de la sexualidad, sino que puede tratarse simplemente de desviaciones sexuales que hagan, por consiguiente, necesario un tratamiento que combine las prescripciones de carácter médico con una reorientación psicoterapéutica de la sexualidad misma. Asimismo, se pone de manifiesto la diversa naturaleza que pueden presentar, y de heho presentan, las conductas homosexuales, predominando en unas lo físico y en otras lo psíquico. De ahí, pues, la conveniencia de establecer distinciones en materia de política criminal entre los distintos tipos de homosexualidad, debiendo variar el tratamiento según se trate de uno u otro. Conviene señalar en este punto una tendencia doctrinal muy extendida en ciertos países a no incriminar penalmente la homosexualidad practicada entre adultos, debiendo castigarse tan sólo los comportamientos homosexuales que impliquen ultrajes al pudor público o tiendan a la explotación de la sexualidad juvenil. En lo que respecta a los métodos de tratamiento idóneos para este tipo de conductas, suele convenirse en que tanto para la homosexualidad ejercida entre adultos como para las prácticas *pederastas* debe optarse por los tratamientos en libertad, ya que los problemas planteados por la abstinencia sexual de los presidiarios no pueden solucionarse por el simple sistema de permisos periódicos, puesto que, según ha constado recientemente, el 21 por 100 de los condenados a penas de

(2) Considero interesante la lectura de: "*Die Homophilen und die Gesellschaft*", por Th. KEMPE, y "*Zur gleichgeschlechtlichen männlichen Prostitution*", por el Dr. REINHARD REDHARD en *Beiträge zur Sexualforschung*, cuaderno número 5. Vide, asimismo: VON HENTIG, H.: *Die Kriminalität des homophilen Mannes*, en *ibid.*, núm. 20, 1966.

prisión de duración media y el 36 por 100 de los sentenciados a penas de larga duración practican la homosexualidad.

Finalmente, pasa revista el autor belga al *exhibicionismo* y a la *prostitución*. Respecto al primero, subraya la presencia de perturbaciones de carácter psíquico en tales conductas, así como la conveniencia de distinguir entre los "pseudo-exhibicionistas", los "exhibicionistas débiles" y los "exhibicionistas patológicos", propugnando con relación a este tipo de conductas una infinidad de tratamientos, que van desde la castración hasta la hipnosis. En cambio las investigaciones psicológicas acerca de la personalidad de las prostitutas, con vistas a su posterior tratamiento, topa siempre con el hecho inconcuso de la existencia de una imperecedera demanda masculina, lo cual dificulta enormemente el problema: de ahí la tendencia cada vez más acentuada a reprimir tan sólo el proxenetismo o la organización prostibularia. Ello no obstante, es de destacar cómo ha sido en esta materia donde se han mostrado más eficaces las medidas tutelares del régimen de prueba y la pedagogía social.

Acto seguido pasa Versele a distinguir, en razón del régimen diverso de severidad y adecuación que implican, entre el sistema punitivo previsto en el Código penal belga de 1867, actualmente en vigor, y los comprendidos en las leyes especiales más recientes, como la Ley de defensa social de 1 de julio de 1964 y la de 29 de junio del mismo año relativa a la suspensión de la pena, al sursis y a la probation (3). El Derecho penal belga prevé en la actualidad tres regímenes diversos de penalidad en orden al tratamiento de la delincuencia sexual:

— *La represión propiamente punitiva.*

— *El internamiento* a través de medidas curativas o eliminatorias de defensa social.

— *El tratamiento social* por medio del régimen de prueba.

a) Dentro de las penas propiamente represivas cabe mencionarse la de *privación de libertad* (que puede comprender desde ocho días hasta cinco años, a diez años en caso de concurso de delitos y a veinte en el supuesto de concurso y reincidencia: asimismo, la agresión sexual efectuada sobre una menor de dieciséis años con resultado de muerte es castigada con la pena de trabajos forzados a perpetuidad), *las penas pecuniarias*, la de *interdicción de derechos y profesiones o actividades*, el *internamiento de seguridad* y el *cierre de establecimiento*. Tal es, en suma, el régimen previsto en el Código penal. Se trata, pues, de sanciones de carácter eliminatorio, adecuadas para combatir las actividades de explotación, por ejemplo, de la

(3) Vide, a este respecto: VAN DEN BOSSCHE y FETTWEIS.: *L'évolution récente de la législation belge de défense social*, en RDPC, núm. 2, 1967, páginas 133 y ss. CHARLES, R.: *L'application de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, depuis son entrée en vigueur fixée au 1 septembre*, *ibid.*, págs. 159 y ss. DUPREEL, J.: *Evolution législative et réglementaire du traitement pénitentiaire 1957-1967*, *ibid.*, págs. 203 y ss. VAN DROOGHENBROECK, P.: *Commentaire de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation*, RDPC, 1964-65, núm. 8, p. 731. VERSELE, S.: *Les sanctions probatoires (une étape dans la Socialisation de la politique criminelle)*, en Rev. de l'Institut de Sociologie, Bruxelles, 1964 núm. 4, p. 713.

sexualidad con ánimo de lucro, pero inaptas para resolver las dificultades psicopatológicas que suelen darse en casi todos los autores de este tipo de delincuencia. De ahí la preferencia actual por las sanciones de tratamiento, mucho más útiles, por cuanto protegen a la sociedad de los delincuentes sexuales y a éstos de sus irrefrenables tendencias.

b) La Ley de 1 de julio de 1964, llamada *Ley de defensa social*, viene a completar el régimen iniciado por la de 9 de abril de 1930. Entre sus medidas cabe destacar el *internamiento de seguridad con fines curativos* destinado a los delincuentes psíquicamente anormales y el *internamiento de simple seguridad*, complementario de la pena, para los reincidentes y delincuentes habituales. Sin embargo, el régimen previsto en la nueva ley de defensa social belga no se aplica casi nunca a los delincuentes sexuales por razones obvias.

c) Por último, y habiendo apuntado el Código penal la posibilidad de aplicar el sursis a todas las penas que no excedan los tres años, siempre que el delincuente no haya incurrido en una condena anterior superior a seis meses, comprendiéndose, por tanto, los delincuentes sexuales, se ha apuntado el grave defecto que implica el dejarlos desamparados para resolver sus propios problemas; previsiones que viene a llenar la *Ley de 29 de junio de 1964 relativa a la suspensión del pronunciamiento de la condena, al sursis y a la probation*. Estas tres vías de tratamiento, mucho más acordes con la especial configuración de la personalidad de estos delincuentes, significan la llamada *socialización* de la política criminal y se recomiendan cada día más a la vista de esta delincuencia, ya que, debido a su flexibilidad en la ejecución del tratamiento, responden mejor a las necesidades médicas y, sobre todo, psicológicas de los delincuentes sexuales.

En fin, es necesario —concluye Versele— desacralizar la materia que nos ocupa, para lo cual deberá ejercerse una función pedagógica real en la opinión pública, a fin de lograr un cambio progresivo en las concepciones sustentadas al respecto hasta ahora. Este cambio deberá reflejarse también en la modernización de los textos legales, a fin de evitar el divorcio que actualmente existe entre los parámetros del Derecho penal y los de la conciencia social. Así, pues, las reformas legislativas posteriores deberán reflejar los modernos tratamientos de carácter médico, quirúrgico, psicoterapéutico, etc., propugnados en este sentido, dejando a un lado, salvo en casos excepcionales, las penas de prisión, que, como hemos visto, se han mostrado totalmente inadecuadas en lo que concierne a la delincuencia sexual. Hoy por hoy, el medio más idóneo parece ser el que combina el tratamiento en libertad con el régimen de prueba o ciertas medidas análogas a éste, acompañado, claro está, del tratamiento médico apropiado para estos casos.

P. L. YAÑEZ ROMÁN

Números 5 y 6, febrero-marzo de 1969

Este número extraordinario está dedicado íntegramente a los informes presentados al XXI Seminario de la Comisión *Droit et Vie des Affaires*, de:

la Universidad de Lieja, cuyas sesiones tuvieron lugar del 12 al 16 de diciembre de 1968 en la citada ciudad, y cuyo tema principal estuvo dedicado a *la responsabilidad penal de los directores y cuadros empresariales*, desarrollándose, en un plano concreto, los diversos problemas que en la actualidad plantea la aplicación cada vez más creciente del Derecho penal a los sectores industrial, mercantil, económico y financiero.

Robert Legros presentó un informe sobre *Imputabilidad penal y Empresa*, cuya primera parte está constituida por un sondeo superficial de los fundamentos morales del nuevo Derecho penal, ocupándose la segunda parte del tema central de su estudio: la imputabilidad. Después de estudiar su concepto, alude el autor a tres formas de imputabilidad: a) La imputabilidad material: es el hecho mismo el que designa a su autor; b) La imputabilidad legal: ahora es la ley la que tácita o expresamente indica al autor de la infracción (situación que se complica por las justificaciones posibles que pueden derivarse de la delegación de funciones); c) Finalmente, la imputabilidad judicial: al juez corresponde designar al autor. Dentro de esta modalidad examina Legros cuatro supuestos: 1. Afirmación judicial de una imputabilidad sin vínculo directo entre el autor y el hecho cometido; 2. En los casos de omisión (el agente contraviene las prescripciones legales que le ordenan actuar), el juez deberá también designar la persona "culpable"; 3. En el supuesto de que se trate de delitos cometidos por personas morales, una vez afirmada la capacidad de éstas para delinquir, aunque negada su capacidad para sufrir una pena, el juez deberá señalar el responsable de la acción delictiva; 4. Por último, una serie de casos excepcionales en los que también corresponderá al juez tal función.

El profesor francés G. Levasseur dedicó su conferencia a *La imputabilidad de los delitos en el Derecho francés*. El autor galo examina el Derecho positivo francés y las soluciones, insatisfactorias, por cierto, dadas por la jurisprudencia francesa al problema de la imputabilidad en esta clase de infracciones. A este respecto preconiza para esta materia un "aggiornamento", cuyas líneas esenciales deberán estar marcadas por las siguientes directrices: a) Total sometimiento del Derecho penal empresarial al principio de legalidad (la imputabilidad habrá de ser legal y, a ser posible, expresa; no puede admitirse que sea la jurisprudencia quien decida, en vista de las circunstancias del caso concreto, la imposición o no de una sanción penal); b) Una sensible reducción en la aplicación de sanciones de carácter penal a esta materia, debiendo optarse por las de matiz administrativo, etc.; c) Se hace preciso en ciertos casos el reconocimiento de responsabilidad penal en las personas morales, reconocimiento que deberá traducirse en la consiguiente imposición de penas (pecuniarias, suspensión) y medidas de seguridad (prohibición de ciertas actividades, sometimiento a la vigilancia y control de una comisión del Gobierno, etc.); d) Organizar de forma más racional la imputación de los delitos cometidos en el ámbito de la empresa, acentuando la jerarquización inherente a su carácter institucional; e) Asimismo, a la división del trabajo en el aspecto técnico-económico deberá corresponder una división de las responsabilidades; f) Por último, la excusa absolutoria de la obediencia jerárquica, reservada en la actualidad en el Derecho francés

a casos limite relativos a funcionarios, debe ser generalizada en su aplicación dentro del funcionamiento jerárquico de la empresa.

"Imputabilidad penal y daños sobrevenidos a las personas y a los bienes con ocasión de actividades empresariales" es el título del trabajo presentado por Y. Hannequart. En síntesis, cabe destacar, de un lado, el papel de la imputabilidad como salvaguarda del derecho de cada uno a no ser condenado más que en el supuesto de conductas reprochables. De ahí que, de otro, no deba erigirse en regla la imputabilidad única y exclusiva de la persona moral, por cuanto ha de evitarse, a todo trance, el que puedan escapar, buscando refugio detrás de la enorme y compleja pantalla de aquélla, las influencias y actuaciones individuales que pululan dentro de ella. Por consiguiente, aun admitiendo que en el actual funcionamiento de las personas morales la infracción se debe más a una falta de adaptación o compenetración entre las conductas de sus miembros que a uno o varios comportamientos individuales, debe optarse por la afirmación de la imputabilidad individual, sin que tal reconocimiento sea, claro está, obstáculo al de la imputabilidad del delito a la persona moral misma. En otro orden de cosas, suele tomarse en consideración al tratarse de la imposición de la pena *la repercusión final de la pena impuesta*; por lo que, en el futuro, deberán realizarse investigaciones a fin de dar con los métodos punitivos más adecuados para dar en consecuencia un trato más equitativo e igualitario a todos los miembros de la empresa.

L. François trató sobre unas *Notas acerca de algunas cuestiones de Derecho penal laboral, en especial sobre la imputabilidad*. Se tratan aquí problemas idénticos a los examinados en lugares precedentes, pero a la luz de ciertas infracciones de Derecho penal laboral. Pero es en esta materia donde se pone aún más de manifiesto que la imputación de un delito no equivale en sí misma a la evaluación de la responsabilidad penal; si bien es cierto que sólo después de considerar lo que significa la responsabilidad puede llegar a determinarse quién puede ser responsable. De otra parte, al examinar los fundamentos del Derecho penal laboral, la impresión dominante es que estamos ante un derecho que se quiere y dice fundado sobre la noción de culpabilidad; pero, sin embargo, se aprecia también cuán débil es la relación que existe entre un gran número de delitos y la culpabilidad, ya que la mayor parte de las infracciones que los textos legales sancionan no presuponen, ni mucho menos, probadas la intención de dañar, ni la de defraudar, ni siquiera la negligencia consciente.

La responsabilidad de los dirigentes y cuadros de la empresa desde el punto de vista del Derecho penal mercantil, económico y financiero es el título del tema sostenido por J. Wilmart. En él se pone de manifiesto cómo las transformaciones económico-sociales producidas en el mundo actual han suscitado una multiplicidad de nuevas infracciones. Cómo, asimismo, en la estructura socio-económica actual la persona individual o física se ve cada día más desplazada por la persona moral. Después de referirse a las características del nuevo Derecho penal aplicable en la vida económica y a la imputación de los delitos mercantiles, económicos y financieros en el marco del Derecho penal belga vigente en la actualidad, destaca dos órdenes de

ideas que suelen manifestarse a este respecto: de un lado, la actitud de los que ven en la extensión de las incriminaciones penales y en la dilatación de la imputabilidad un "furor represivo", y de otro, la de aquellos que coinciden en afirmar la función eminentemente preventiva que el Derecho penal debe desempeñar en el mundo de la técnica, erigiéndose en un dispositivo de seguridad económico-social.

Los dos últimos artículos están dedicados al estudio de la falsedad. Uno, de L. Matray, trata de *La falsedad en el Derecho privado y la falsedad penal*. En la parte primera de su estudio, Matray se refiere a la simulación jurídicocivil, a sus efectos *inter partes* y con relación a terceros. En la segunda afirma, refiriéndose a la falsedad penal, los cuatro requisitos legales imprescindibles para hacer posible su incriminación: la alteración de la verdad, provenir de una intención fraudulenta o de un ánimo de perjudicar a un tercero, dar lugar a un perjuicio real o posible y, finalmente, realizarse en las fórmulas escriturarias y por los medios determinados por el Código penal. Concluye el autor su estudio refiriéndose a la simulación civil y a la falsedad criminal en los actos realizados por las personas morales. Otro, de P. E. Trousse, relativo también a *La simulación en el Derecho privado y a la falsedad criminal*, en el que, después de plantearse una serie de problemas de diferenciación, pasa a examinar las condiciones que requiere la incriminación penal de la simulación, los controles de la represión de este delito y una serie numerosa de supuestos fácticos concretos a la luz del Derecho positivo vigente belga.

P. L. Y. R.

Número 8, mayo de 1969

NOLL, Peter: «Le contre-projet d'un code penal allemand» (El contra-proyecto de un código penal alemán); págs. 751-767.

Peter Noll, profesor de la Universidad de Maguncia, siguiendo la tónica imperante en la doctrina penal alemana, destaca en este artículo las críticas levantadas por el proyecto oficial de Código penal alemán (E. 1962) frente a las ventajas indubitadas que representa sobre él el Proyecto Alternativo (A. E. 1966).

Al proyecto oficial se le ha objetado de modo principal el sustentar una "concepción político-criminal arcaica y retrógrada", por: a) Apoyarse fundamentalmente en las ideas de culpabilidad y de responsabilidad criminal, consideradas éstas desde un plano marcadamente individualista, con lo que atiende, en primer lugar, a la protección social, relegando a un segundo plano los fines de inserción social, tratamiento, etc.; b) Fundamentar la noción de pena en las ideas de expiación, retribución (Vergeltung), intimidación y seguridad, mostrando de este modo un recelo excesivo hacia las exigencias de reinserción social del condenado, por cuanto atribuye una importancia excesiva a las penas privativas de libertad con vistas a lograr la reeducación y reintegración social del condenado; fines éstos de más fácil logro por la vía de una mejor y más flexible puesta en práctica de la remi-

sión de la pena y de las medidas de vigilancia y asistencia anexas al régimen de prueba (probation). Mantiene, por consiguiente, el E. 1962 la pena de trabajos forzados con todas las consecuencias de carácter infamante que lleva implícitas, el internamiento en casas de trabajo para los vagabundos, mendigos, prostitutas, etc., y, lo que es más, asigna un lugar destacado en su cuadro punitivo a las penas privativas de libertad de corta duración, las cuales, como es sabido, atienden más a la intimidación que a la reinserción social del condenado. Todo ello junto a la posibilidad de aplicar a la vez una pena y una medida de seguridad, creando así una sanción doble.

Era lógico, pues, que el proyecto oficial de 1962, atento exclusivamente a fines y posturas conservadoras, provocara una reacción por su supuesto abandono de las nuevas corrientes criminológicas. En consecuencia, coloquios y reuniones celebrados a partir de 1964 por un grupo de penalistas jóvenes produjo como resultado la redacción de un nuevo proyecto que, bajo el título de "Proyecto Alternativo de un Código penal" (Parte general) (1), fue presentado en 1966. En éste, la *reinserción social* del condenado ocupa lugar preferente entre los fines asignados a la pena, sin que ello implique, claro está, el abandono del principio de la responsabilidad penal, al que, sin embargo, se asigna una función meramente limitativa (vide art. 2.^o). De otro lado, el concepto de culpabilidad, de ser una noción metafísica, pasa a ser medida de la responsabilidad criminal por el hecho cometido (2).

También en este número aparece un artículo de André Marchal sobre *Las consecuencias positivas del contra-proyecto de Código penal en la República Federal Alemana*, así como otro del director de asuntos penitenciarios del Ministerio de Justicia de la República Federal, Dr. Herzog, acerca de *La evolución de la prevención criminal y del tratamiento de los delincuentes en la República Federal Alemana en el curso de los años 1966-1968*.

P. L. Y. R.

(1) Jürgen Baumann, Eva Brauneck, G. Grünwald, E. Walter Hanack, Armin Kaufmann, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug, Ernst-Joachim Lampe, Theodor Lenckner, Werner Maihofer, Peter Noll, Claus Roxin, Rudolf Schmitt, Hans Schultz, Günter Stratenwerth y Walter Stree han presentado en 1968 el "Alternativ-Entwurfeines Strafgesetzbuches", Besonderer Teil, Politisches Strafrecht (Proyecto Alternativo de Código penal. Parte Especial. Derecho penal político) (Vide su recensión por E. GIMBERNAT, en Anuario de Derecho penal, mayo-agosto, 1968, pág. 388). También en 1968 ha aparecido el volumen de la parte especial del Proyecto dedicado a los delitos sexuales, los delitos contra el matrimonio, la familia, el estado civil de las personas y los delitos contra la paz religiosa y la paz de los difuntos.

(2) Véase la Crónica extranjera del P. Beristain en este mismo fascículo..

ESPAÑA

Anales de la Universidad de La Laguna

V. 1967-1968

COBO, Manuel: «Consideraciones sobre las atenuantes de "arrebato u obcecación" y "provocación y amenaza adecuada"»; págs. 69-93.

El artículo que recensamos nos enfrenta, desde sus primeras líneas, con un tema de relevante interés, no sólo teórico, sino, y fundamentalmente, práctico.

El autor apunta diversos problemas que plantea la interpretación de las atenuantes 5.^a y 8.^a de nuestro Código penal, especialmente en lo que se refiere a los elementos en ellas contenidos, iniciando, a la vez, un acercamiento y toma de contacto con cuestiones de teoría general de las circunstancias atenuantes, pero sin llegar a definirse en estas segundas.

En una primera parte del trabajo hace una extensa crítica de la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 2 de junio de 1967, analizando lo "poderoso" de los "estímulos", la "licitud" de los "impulsos" y las razones de por qué no fue estimada la atenuante de arrebato u obcecación en la antedicha sentencia, llegando, después de un minucioso examen, a conclusión diversa.

La segunda parte de este estudio está dedicada a la atenuante de "provocación o amenaza adecuada", y en ella, después de una breve referencia a la posición adoptada al respecto por diversos autores, expone sus puntos de vista, entre los que cabe resaltar la consideración de esta atenuante como un "mecanismo psicológico elemental: el del estímulo-respuesta", al "carácter instrumental de la provocación" y, especialmente, el resalte de todo aquello que de *subjetivo* tienen los distintos elementos de la atenuante.

Quizá la idea más repetida a lo largo de estas páginas sea el poner de manifiesto de un modo claro que la redacción objetiva de unos resultandos de hechos probados, o de una norma jurídico-positiva, no es óbice para considerar la coexistencia con aquellos elementos objetivos de otros subjetivos, que, en unos casos, pueden ser la consecuencia "natural", y en otros, incluso la razón de ser, más o menos velada, sin la cual carecería de sentido todo dato objetivo.

Puede observarse, en consecuencia, que no se trata de un trabajo de teoría general, sino que entra en el examen de particularísimos problemas de nuestro derecho positivo; en otras palabras, afronta la interpretación de términos legales archidebatidos y plantea otros problemas de índole general, pudiendo servir de guía para un estudio más amplio de estas circunstancias, por la claridad de la exposición y la precisión técnico-jurídica que se observa a lo largo de estas páginas.

Revista general de Legislación y Jurisprudencia

Febrero de 1968

MARTIN CANIVELL, Joaquín: «Problemática contemporánea de la delincuencia juvenil». Madrid, 1967; pág. 14.

En pocas páginas nos muestra el autor los términos en que puede cifrarse hoy día el problema de la delincuencia juvenil, sus caracteres y algunas de sus posibles causas, haciendo referencia a la situación en que los diversos países se encuentran, sobre todo aquellos que están en una fase avanzada de industrialización, para terminar con una referencia a la situación de España, que finaliza diciendo que: "Parece, pues, que estamos en un momento de cambio y parece también que se está tratando de prepararse para hacer frente a un eventual aumento de delincuencia juvenil en España" (pág. 14).

Por la actualidad del tema, y como una introducción a su estudio, es interesante esta breve exposición, y, por las mismas razones, lo sería mucho más el que el autor diese a conocer su tesis doctoral, de la que tengo noticias indirectas, en la que estudia este mismo tema de la delincuencia juvenil. Esperemos que su publicación no se retrase por más tiempo.

L. C. F. R.

Revista de Derecho Mercantil

Números 109-110, julio-diciembre de 1968

LLOBELL MUEDRA, Joaquín: «El delito de cheque en descubierto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo»; Madrid, 1968, págs. 513-518.

Comienza el autor analizando las posibles causas de la excesiva frecuencia con que se llevan a cabo hoy día determinados delitos, entre los que se encuentra el que examina. Ya dentro de él establece como causas más próximas, por una parte, "la facilidad con que nuestras entidades bancarias abren una cuenta corriente" (pág. 514), y, por otra, "la misma protección penal especial del cheque, ya que cada vez son más frecuentes los acreedores avisados que buscan la coacción psicológica de la amenaza de la pena, o, al menos del proceso penal, exigen a sus deudores la entrega de cheques postdatados, o con fecha en blanco, en garantía del pago futuro convenido" (pág. 515).

Dedica, luego, una parte de su artículo a examinar algunos de los presupuestos de Derecho mercantil que hemos de tener en cuenta para un estudio del tipo delictivo examinado, como son: la función del cheque en la práctica y según la legislación vigente, la obligación del librador de hacer la pertinente provisión de fondos al librado con anterioridad a la expedición

del cheque, etc..., para, después de un breve examen histórico de la represión penal de este delito, penetrar en el punto central de su trabajo.

Ya en él, se muestra partidario de considerar, como modalidades típicas de la infracción, las formas dolosa y culposa, del artículo 535 bis, párrafos 1.º y 2.º, respectivamente, a la que habría que añadir una forma agravada cuando se emplean medios engañosos. Argumenta este punto diciendo que "tal vez sea acertado este último criterio (en contra de los que ven en el artículo comentado tres modalidades diversas), ya que contraponer las formas de los párrafos 1.º y 4.º, con las denominaciones de dolosa y defraudatoria, es dada a confusión, pues las dos son igualmente dolosas" (pág. 525), y en cuanto a la regla 4.ª de este artículo la califica, no sin razón, de "evidente acierto práctico, en cuanto da seguridad a la aplicación de la norma, aunque sea, más discutible la corrección técnica de la solución adoptada" (pág. 526).

Dentro ya de la calificación, configura el tipo del cheque en descubierto como delito de mera actividad o formal. Sin embargo, no es convincente el argumento empleado, ya que manifiesta que "en cualquier caso, puede considerarse que se trata de un delito de mera actividad si se tiene en cuenta que el impago, cualquiera que sea la función que se le asigne dentro del tipo penal, es un hecho negativo consistente en la no producción de algo que se esperaba, por lo que no supone mutación del mundo exterior" (página 527). Creemos que no puede derivarse del hecho del impago la naturaleza jurídica de esta figura, ya que éste es un acto, un acatamiento ajeno al sujeto agente del delito, que se escapa de la actividad desplegada por él, y que, en todo caso, podría configurarse como una condición objetiva de punibilidad.

Analiza a continuación su naturaleza jurídica y el bien jurídico protegido por este delito, junto con los problemas que plantea su determinación, así como el objeto material y el objeto jurídico, para penetrar luego en el estudio de los sujetos activo y pasivo, inclinándose por considerar, como único sujeto activo, en la modalidad culposa, al librador, mientras que en la dolosa sería sujeto agente todo el que dé el cheque en pago, a sabiendas de la falta de provisión de fondos. En cuanto al sujeto pasivo, es el Estado "como titular del bien jurídico protegido, consistente en la seguridad de la colectividad en la circulación del cheque y su eficacia liberatoria como medio de pago". También lo es el tomador de buena fe (?) del cheque, que ve quebrantada su confianza en el pago del mismo, en todo caso, y, además, puede sufrir un perjuicio patrimonial como consecuencia del impago" (pág. 541).

En cuanto a los requisitos, analiza, como objetivos: a) la entrega del cheque en pago, tratando también, en este punto, el tema del cheque postdatado; b) la falta de provisión, examinando también la revocación, la retirada de fondos y el bloqueo del cheque, y, por último, un requisito subjetivo: el de la culpabilidad, en donde analiza los términos legales "a sabiendas", "negligencia", y el problema de la culpabilidad con dolo eventual.

Trata también el concurso de este delito con la estafa, la penalidad de las distintas figuras, la posibilidad, que niega, de que pueda darse dentro de este tipo un delito continuado, para examinar, a continuación, las diversas posiciones sobre el momento en que debe considerarse consumado el delito, fi-

nalizando su trabajo con unas consideraciones sobre la responsabilidad civil derivada del mismo.

Resumiendo, nos hallamos ante un trabajo que recoge, aparte de las opiniones al respecto de diversos autores, gran número de sentencias escrupulosamente seleccionadas, por lo que consideramos que cumple la misión que el autor pretendía, y que nos señala en la introducción, de "sistematizar y divulgar" (pág. 514) la doctrina jurisprudencial al respecto.

L. C. R. R.

ESTADOS UNIDOS

The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science

Junio 1969

VAN DEN HAAG, Ernest: «On Deterrence and the Death Penalty».

Prende el autor realizar un estudio sobre el valor que tiene la pena de muerte como prevención del delito. Se basa en la posible disuasión en todos aquellos que son o pueden convertirse en criminales. Considera que dicha pena ni rehabilita al delincuente que la sufre, ni tiene ningún valor de protección a la sociedad. Esa pena se puede ejecutar con dos fines principales: el de hacer justicia y como disuasión, aunque tiene más valor el primer aspecto, se puede decir que el segundo prácticamente no importa, no tiene eficacia ninguna, pero su justificación estriba en el valor que se le quiera dar.

A veces se puede ejecutar en un inocente, y sostiene que se aplicará con más frecuencia a los pobres que a los ricos, ya que aquéllos se encuentran más desamparados ante las leyes (1). Los errores judiciales nunca se podrán subsanar, aunque tampoco se puede hacer en las demás penas, pues en las privativas de libertad nada puede compensar el tiempo pasado en prisión.

Manejando los conceptos de lo justo y lo injusto en razón a las teorías que mantienen la pena de muerte, no considera de valor los argumentos y por ello, si no es justo mantener dicha pena, tampoco es injusto el abolirla.

Llega a la conclusión de que las estadísticas no tienen ningún valor, y el que en algunos Estados hayan disminuido los delitos graves después de abolir la pena de muerte, no justifica nada. Defiende este principio al argumentar que aun quitando la citada pena de las leyes, resulta que todavía sigue surtiendo efecto psicológico en los ciudadanos que vivieron durante muchos años bajo la amenaza de la misma.

Finalmente se plantea el dilema siguiente: Si la pena de muerte no tiene valor de disuasión resulta que la ejecución de un asesino supone la pérdida

(1) E. LAWES, director que fue de Sing Sing, decía: "La pena de muerte es un castigo que se aplica de forma desigual a pobres y ricos. El acusado rico o poderoso no sigue jamás el camino de la silla eléctrica o del patíbulo". ESHELMAN, B., *Death row chaplain*, Englewood, 1962, pág. 244.

de una vida; por el contrario, si ese efecto se produce, la ejecución tiene el doble efecto de ganar la vida de las futuras víctimas, más la de los criminales que dejarían de serlo o no se iniciarían nunca en la vida criminal.

Termina diciendo que no está comprobado si en efecto conviene abolir o no la pena de muerte, pues tampoco se sabe la eficacia de disuasión de las demás penas.

En el aspecto criminológico, nosotros pensamos que la pena de muerte no tiene ningún valor intimidativo. En el delincuente profesional no hace ningún efecto, pues cuando actúa está convencido de que no será descubierto y aunque así sucediera no se le detendrá, y en el último extremo la condena no será tan grave. El autor afectado de un defecto profundo de su personalidad no se preocupa del resultado de sus actos, por lo menos en lo que a la sanción se refiere. Al delincuente por pasión no le da tiempo a pensar en los resultados de su acción. Muchos ocasionales, que cometen un delito de tal gravedad que puede llevar aparejada la pena de muerte, casi prefieren que se les ejecute, pues de esa forma terminarían con el tormento de los prejuicios sociales, aunque después de cometer el delito y estén una temporada en prisión cambien de parecer...

No creemos en el valor de disuasión de la pena de muerte, por lo que somos partidarios de su abolición.

G. HARDMAN, Dale: «Small Town Gangs».

Realiza el autor un estudio sobre cuatro gangs juveniles en una pequeña ciudad del medio-este americano. Las conclusiones se llevan a efecto después de la desarticulación de los mismos, no durante su vida delictiva. La ciudad en donde se desenvuelve, Freeport, no es una ciudad más americana, sino que en cierto modo es atípica, ya que la mayor parte de su población procede de emigrantes anglosajones, holandeses, alemanes, polacos, escandinavos y algunos franceses.

El objetivo del trabajo es comparar los gangs de esta pequeña ciudad con los de otras de mucha población y observar sus puntos comunes y diferencias, estudiar su estructura, dinamismo, para terminar comparando las conclusiones obtenidas con las modernas teorías sobre los gangs.

Utiliza para los interrogatorios la cinta magnetofónica, ya que de esa forma puede obtener mejores resultados, pues tiene la posibilidad de repetir la conversación cuantas veces sea preciso y captar nuevos datos que pasan desapercibidos en la primera entrevista. Considera contraproducente interrogar a un gang completo, pues solamente se obtiene una respuesta de cada pregunta y no respuestas parciales, que suelen ser, en su conjunto, mucho más interesantes (1).

Entrevista a un total de 20 miembros y utiliza un esquema de 107 preguntas, divididas en 10 secciones, referentes a la formación, desarrollo, vida dentro del grupo, actuaciones y vida posterior a la desarticulación...

(1) Sobre el interrogatorio de los jóvenes, véase nuestra Tesis Doctoral *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, parte cuarta, en prensa.

Justifica la formación del gang debido a que los chicos pueden pasar varios días juntos, necesitan a esa edad de la unión y compañía de otros, y no pocas veces el origen se debe a puro esnobismo: el deseo de imitar a otros les puede llevar hasta el delito. La unión es más frecuente que en los adultos, ya que no se dan en éstos los elementos anteriores, pues normalmente tienen familias u otras obligaciones a que atender.

Llega a la conclusión de que apenas hay diferencias entre los gangs de la pequeña ciudad y la gran urbe; son muchos más los puntos comunes entre ellos. En ambos supuestos se puede pasar de la simple gamberrada, por otros delitos intermedios, hasta el homicidio.

Se trata de un trabajo muy breve y en una ciudad atípica, donde solamente se consideran cuatro gangs. No es suficiente para poder sacar conclusiones de carácter general.

En España no existen los gangs, solamente hay grupos criminales, de mucha menor intensidad criminal y peligrosidad que los americanos. Si comparamos la actividad de estos grupos juveniles en la gran urbe y en las ciudades pequeñas, desde luego que se aprecian diferencias de interés, así: el número de componentes, gravedad de sus hechos, tiempo de duración, variación de sus componentes, perversión criminal, dificultad de desarticulación, frecuencia de sus actividades, dinero que gastan en vicios y peligrosidad en el momento de la detención, es menor en los grupos de la pequeña o mediana ciudad que en las capitales muy pobladas (2).

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

ITALIA

Archivio di psicologia, neurologia e psichiatria

Año XXVII (1966), fascículo II

FERRACUTI, Franco: «The Contribution of personality Theories to Criminological Research: socio-psychological aspects and general methodological problems» (La contribución de las teorías de la personalidad a la investigación criminológica: aspectos psico-sociológicos y problemas metodológicos generales). Estratto da «Archivio di psicologia, neurologia e psichiatria», año XXVII (1966), fasc. II.

A pesar de la consideración genérica de disciplina integral que suele asignarse a la criminología, lo cierto es que el desarrollo de ésta ha discurrido en el campo de la investigación por líneas unilaterales. Así, puede observarse fácilmente cómo el estudio, investigación y tratamiento otorgados a dicha ciencia revisten un carácter predominantemente *sociológico* en los Estados

(2) Idem., ídem., parte primera.

Unidos de Norteamérica, Gran Bretaña y países nórdicos (en consecuencia, las interrelaciones del sistema individual con el social son olvidadas; las teorías psicológicas y sus datos han sido ignorados con demasiada frecuencia, hasta tal punto que, como señala Jeffery, en la literatura criminológica se ha convertido ya en costumbre el contemplar como procesos separados al psicológico y sociológico dirigidos ambos a la criminalidad; obstáculo que se ha erigido en el máximo a la hora de desarrollar una teoría acerca de la conducta criminal), mientras que en el resto de los países el carácter que presentan suele ser, por lo general, *médico-psicológico* y, en ocasiones, legal.

Ante tal estado de cosas no han faltado esfuerzos integradores concretados en una serie de proyectos que, en cualquier caso, no han ido más allá de la mera recopilación y ordenación de datos realizada desde planos distintos, con instrumentos de investigación distintos y por investigadores también distintos, careciendo, por consiguiente, sus resultados de toda significación positiva. El defecto inherente a todos ellos es, en definitiva, la falta total de hilación entre los varios problemas sustantivos planteados; defecto que, a juicio de Donald Ray, se deriva de la propia insuficiencia insita en las relaciones interdisciplinarias.

Lo que se pretende a través de la integración es, según Ferracuti, conectar los datos y teorías sociológicos (atributos variables) con los datos y teorías de la personalidad individual (atributos fijos); si bien es preciso reconocer que los esfuerzos realizados hasta ahora en tal sentido han sido mínimos. La integración pretendida implica, por consiguiente, la comprensión amplia de una situación criminológica determinada, de su etiología, de sus ramificaciones y, en suma, de sus efectos; exige, en fin, no sólo el conocimiento de los hechos principales base de la estructura social (que pertenecen al dominio de la sociología), sino también el de los hechos básicos, asimismo, que entretejen las personalidades que actúan en esa estructura (lo cual es del dominio de la psicología).

En el terreno de la criminología se hacen necesarios, pues, dos tipos de integración (dejando a un lado el aspecto "artístico" insito en la construcción de la teoría, por cuanto cae dentro del plano puramente metodológico): uno reside en la utilización de las teorías de la personalidad, extraídas del terreno psicológico, para la construcción de las teorías criminológicas; el otro, en la resolución del conflicto existente entre los criminólogos que aceptan la teoría multifactorial y aquellos otros que siguen una teoría única general.

Ahora bien, no debe, en ningún caso, olvidarse la afirmación de Znaniecki de que "la causa de un fenómeno individual o social no reside nunca en otro fenómeno individual o social aislados, sino, más bien, en una combinación de fenómenos individuales y sociales". Existen, en consecuencia, muchas posibilidades de sortear airoosamente esa dicotomía entre la teoría multifactorial y la teoría única general; posibilidades que deben ser, en todo caso, utilizadas. En este sentido, se propugna el uso de los módulos enunciados por Schrag para el desarrollo de las teorías eficaces (posibilidades de validez, extensión, elevada capacidad de información, fertilidad, parsimonia, etc...) durante la fase de construcción de la teoría, mientras que en el plano empírico deben predominar la credibilidad, la predicción y la significación. En sín-

tesis, las diversas teorías de la personalidad formuladas en el campo psicológico deben ser, pues, examinadas desde el punto de vista de su valor e identificación en tanto que "metateorías" destinadas a ser complementadas por las "metateorías" criminológicas análogas (teorías inductivas, deductivas, funcionales, etc...). Debe, en definitiva, realizarse el tránsito de un tipo de "metateoría" a la otra, una vez afirmada tal posibilidad.

P. L. Y. R.

SUIZA

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. Revue Pénale Suisse

1969, fascículo I

BINSBERG, W. C. y KUITENBROUWER, F.: «Neue Entwicklungen in holländischen Strafrecht seit dem zweiten Weltkrieg» (Nuevos desenvolvimientos en el Derecho penal holandés desde la segunda guerra mundial).

Holanda ha desempeñado misiones importantes en la historia del Derecho penal. Recordemos los establecimientos penitenciarios en Amsterdam a fines del siglo XVI, de tanta significación para el origen de las penas modernas de privación de libertad, y los elogios que a fines del XVIII dedicaba a sus prisiones Howard en su famoso libro, tan severo en la crítica de los demás países. En el siglo XIX el Código penal, promulgado en 1881 y en vigor desde 1886, fue famoso como el mejor por aquellas fechas y notable por la simplificación de las penas, reducidas las privativas de libertad a dos: el amplísimo arbitrio judicial en la aplicación de las mismas y la ejemplar sobriedad en la definición de las infracciones. Si a esto se añade la fundación por Van Hamel, junto a Liszt y Prins, de la Unión Internacional de Derecho penal, y algunas leyes posteriores sobre psicópatas y habituales, se comprenderá la curiosidad con que hemos leído el trabajo reseñado.

Se caracterizan las reformas realizadas en Holanda después de la guerra por: el interés hacia la ejecución de las penas privativas de libertad, cuyos efectos habían experimentado en su propio cuerpo los delincuentes políticos durante la ocupación alemana; el refuerzo, a consecuencia de la guerra, de las ideas de autoridad y comunidad, y, el respeto a la Convención para la protección de los derechos humanos (Roma, 1950), reflejada en los artículos 65-68 de la Constitución con influjo en el orden jurídico holandés, que ha permitido afirmar: "son los Países Bajos quienes en este dominio han ido más lejos".

Primeramente se ocupa este artículo de las modificaciones introducidas en la Parte especial del Código: malos tratos a los animales, descubrimientos de secretos, cohechos relativos a la relación de trabajo, discriminación de razas. Y más particularmente de las leyes sobre delitos económicos, Derecho penal del tráfico, Derecho penal juvenil, Derecho penal de guerra y relaciones del Derecho penal holandés con el internacional. La Ley de 1950 sobre delitos

económicos forma un conjunto sistemático, en el cual se distinguen seis grupos: economía rural, viveres, salarios y precios, sindicatos, transportes, comercio al detalle. Y tiene la novedad de adoptar la punibilidad de las personas sociales, con lo cual se aparta del criterio del continente para seguir el del mundo anglosajón. La del tráfico ha introducido el hurto de uso de vehículo de motor, antes castigado solamente por el importe de la gasolina, y aumenta las penas del homicidio culposo. Una nueva ley sobre esta materia está en preparación. La Ley de Derecho penal juvenil de 1969—que a los autores del trabajo reseñado les parece insuficiente—autoriza, entre otras medidas, una pena de arresto de cuatro horas hasta catorce días para producir un *schock* (al modo del arresto alemán para jóvenes) que la experiencia no ha acreditado de satisfactoria.

El tercer apartado está dedicado al Derecho tradicional, haciendo notar en él las pocas modificaciones realizadas durante setenta y cinco años en la parte general, fuera de los preceptos sobre las penas y las medidas, lo cual es un testimonio favorable al legislador que posibilitó al juez determinaciones elásticas. Así se ha llegado a apreciar el dolo eventual, y, en algún caso, el error de derecho como causa de inculpabilidad. Muestra de la constante preocupación holandesa por las prisiones ha sido la Ley de 1951, cuyo artículo 26 declara que, sin perder el carácter de pena o de medida de seguridad, la ejecución debe servir para preparar la reincorporación del preso a la vida social. También se ocupa de la Ley de 1955 sobre el Registro de antecedentes penales, que permite prescindir de éstos en un plazo de cuatro a ocho años. Mas para la Administración de Justicia no hay prescripción.

Como conclusión subraya que, no obstante la nueva extensión dada al Derecho penal por la ley penal económica y la del tráfico, los legisladores han resistido la tentación de imitar a los alemanes en la introducción de las *Ordnungswidrigkeiten* (faltas contra el orden de menor importancia que las penales, y cuyo castigo corresponde en primer lugar a las autoridades administrativas, sin perjuicio de ser posible al sancionado y al fiscal acudir al juez penal) que aparecieron en las leyes económicas alemanas (y luego se han generalizado por Ley de 1952). En el debate suscitado en torno a estas infracciones con el intento de separarlas de las propiamente penales, ha prevalecido, según el articulista, la idea de que los hechos penales han de ser éticamente reprobables y no así los que afectan meramente al orden y al bienestar. Los articulistas oponen que si en el Proyecto alemán de 1962 se pone en primer lugar la retribución, el Proyecto alternativo ve el fundamento de la pena en la protección de los bienes jurídicos, y no se debe desvalorar, desde este punto de vista del bien jurídico, aquellos hechos que por su frecuencia son socialmente dañosos, como ocurre con los económicos, aunque muchas veces sean menos graves que otros delitos. La razón decisiva para tomar esta posición se refiere a las mayores garantías ofrecidas por el procedimiento penal sobre el administrativo.

DUKOR, Benno: «Sühne, Sicherung und Ärztliche Behandlung in der Strafrechtspflege».

Siempre son interesantes las observaciones de un psiquiatra, conocedor de la vida penitenciaria, que examina con los criterios realistas de su experiencia técnica, ciertos preceptos del Código penal vigente y también del Proyecto de reforma del mismo (1965) en lo relativo a semienfermos y habituales.

Comienza por examinar los varios fines de la pena: la retribución es automáticamente conseguida mediante el castigo; los demás fines que dentro de ella viven, sólo podemos esperarlos. Esto ocurre especialmente con la expiación. Diferencia con la retribución: ésta se impone; la expiación ha de ser aceptada por el autor para que, purificado, vuelva a nosotros. Pero el amor propio oprime el sentimiento de culpabilidad. Dukor testimonia con varios ejemplos la falta de este sentimiento en la mayoría de los reclusos. La expiación y la prevención especial no están reñidas, y es realista conocer, sin ser demasiado optimistas, que la socialización del delincuente es posible. La intimidación, el más primitivo y grosero efecto de la pena, es un componente de la prevención especial que fracasa con frecuencia. La ejecución de la pena educadora no debe limitarse a acostumbrar al trabajo, sino que debe crear en el penado el contento por ganarse la vida y despertar un interés espiritual por ella.

Pasa a estudiar los artículos del Código penal vigente y los del Proyecto de reforma del mismo relativos a los semienfermos y enfermos de mente, así como los destinados a los habituales. Para ordenar el internamiento de los primeros en un hospital u hospicio es necesario que lo exija la seguridad y el orden público. Frente al criterio jurisprudencial que exige la peligrosidad general es más acertado bastar el peligro para determinada persona. Respecto a los segundos, censura la necesidad de la pluralidad de condenas para reconocer la inclinación al crimen o delito (el Código italiano no requiere la plurirreincidencia para estimar la delincuencia por tendencia). Y por ser la mayor parte de los habituales psicópatas se pone de relieve la perplejidad de los tribunales cuando, al juzgar a estos sujetos, dudan si ha de aplicarse la medida de seguridad destinada a los semienfermos mentales en el artículo 14 o la de los habituales establecida en el 42. Respecto a los habituales cree Dukor que en muchos casos podría evitarse las nuevas reincidencias con otras medidas que no sean el internamiento. De éstas desarrolla especialmente el remedio de la castración para evitar nuevos delitos sexuales, la cual tiene como menos grave que el internamiento por tiempo indeterminado, y, comparada la castración operativa con la hormonal, tiene por más grave ésta a causa de producir mayor alteración de la personalidad.

El Proyecto de revisión del Código suizo emplea, en lugar de la expresión responsabilidad restringida, anormalidad psíquica, y en lugar de los términos hospital y hospicio de los artículos 14 y 15 del Código vigente, los de establecimientos apropiados para los anormales, con lo cual se evitará que a veces fueran éstos destinados a instituciones no dirigidas por personal médico. Stratenwerth ha censurado la designación "anormales psíquicos" por

encontrarla demasiado vaga; pero Dukor entiende que están comprendidos en ella los psicópatas y neuróticos, siendo menos vaga que la actual de sujetos de responsabilidad restringida.

Con este motivo hace interesantes observaciones sobre la aplicación de la psicoterapia a los delincuentes. Afirma que en éstos fracasan los métodos ordinarios de tratamiento para neuróticos y psicópatas. Pero muchos de los delincuentes pueden ser tratados por terapeutas especialmente enseñados y con práctica respecto a estos grupos.

La última parte del artículo está destinada a exponer los resultados obtenidos por la psicoterapia en el tratamiento de los delincuentes, y, a falta de estadísticas generales, aduce y somete a crítica los testimonios de varios expertos. Los establecimientos modelos daneses y holandeses (imitados por el Proyecto alternativo alemán bajo el nombre de "social-terapéuticos") han conducido al escepticismo de los criminólogos y psiquiatras holandeses.

JOSÉ ANTÓN ONECA

NOTICIARIO

IN MEMORIAM

Los elementos rectores de este ANUARIO DE DERECHO PENAL, en el correr de los tiempos vamos pagando el tributo a la muerte. Primero fue nuestro maestro, el director y fundador, don Eugenio Cuello-Calón, que falleció el 11 de noviembre de 1963; después, el que también fue director, Antonio Quintano-Ripollés, que murió el 9 de enero de 1967. Tenemos ahora el doloroso encargo de hacer la nota necrológica de Domingo Teruel Carralero, nuestro consejero-secretario, que ha muerto el 21 de junio del corriente año.

Domingo Teruel, durante muchos años, fue no sólo colaborador constante del ANUARIO, en cuyas páginas dejó una parte importante de su producción científica, sino que además fue siempre el asiduo compañero de trabajo que aún antes de desempeñar los cargos de vicesecretario y secretario de la redacción, asistía periódicamente a nuestras reuniones del Instituto de Estudios Jurídicos, presididas primero por Cuello-Calón, después por Quintano, y luego y ahora por don José Antón-Oneca.

Teruel Carralero nació en Huete (Cuenca), el 1 de diciembre de 1905. Ha muerto, pues, a los sesenta y tres años. Hizo la carrera de Derecho, con brillante expediente académico, en la Universidad Central, y ganó las oposiciones a ingreso en la Judicatura y Secretarios de Audiencia. Desempeñó el cargo de juez municipal del distrito de La Latina, y más tarde los Juzgados de Instrucción de Lucena del Cid (Castellón), Santa Cruz de Tenerife, Puente del Arzobispo (Toledo) y Ceuta. Como magistrado desempeñó el cargo en Badajoz y en Zamora. En la actualidad era magistrado de Ejecutorias en la Audiencia de Madrid.

Trabajó fuera de España al otorgársele una beca de la UNESCO, y otra de la ONU, estudiando en Bélgica, Italia y Francia. En estos países dedicó preferentemente su actividad al estudio de las clínicas criminológicas, y a su regreso presentó una interesantísima memoria sobre estos problemas, en los que, sin duda, era destacado especialista.

Es amplia la bibliografía que nos ha legado, en libros y, sobre todo, en artículos publicados en las revistas de la especialidad. Entre aquéllos destaca especialmente el titulado "Las faltas", que constituye un auténtico tratado sobre estas infracciones de menor cuantía. También obtuvo un gran éxito su "Comentarios a la Ley de Vagos y Maleantes".

En este ANUARIO DE DERECHO PENAL público, entre otros, los siguientes artículos: "El Delito de blasfemia", "La sanción de las faltas", "Infracción penal y responsabilidad civil", "Los delitos contra la religión entre los delitos contra el Estado", "El juez de ejecución de penas en Francia".

También en nuestra Revista publicó comentarios, en la sección legislativa, tales como: "La última adición a la Ley de Vagos y Maleantes", "Comentario al decreto de 21 de septiembre de 1960, revisando y unificando la Ley de 2 de

mayo de 1943 y el decreto-ley de 18 de abril de 1947", "La base para la reforma de la Ley de Vagos y Maleantes".

En la Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, los siguientes: "Nuestro sistema de libertad vigilada", "Los factores psicológicos del delito", "Evolución e integración de la antropología criminal", "Con la sombra de John Howard", "El daño y el dolor innecesario en el delito", "Penas y medidas de seguridad", "El Código del 48 en su centenario", "La nueva categoría del estado peligroso", "Nueva visión de la colonización penal", "La reforma penitenciaria argentina", "El estado peligroso predelictual", "El sistema argentino de libertad condicional", "Derecho Procesal y ejecución de sanciones penales", "El problema del aborto en Francia y Bélgica", "Seguridad social y prevención penal", "El ensañamiento en la legislación española", "Existencialismo y Derecho Penal", "La agravación específica del quebrantamiento de condena", "La vida y la obra del Padre Genelli", "Una visita a l'Aperto de Belaria".

En la revista "Policía Armada y de Tráfico" publicó "Nueva actualidad de la Ley de Vagos y Maleantes", "La seguridad del Estado y su protección penal", "La protección penal de la seguridad exterior del Estado", "La protección penal de la seguridad interior del Estado".

Otros trabajos de Teruel Carralero aparecieron en la "Revista de los Tribunales y de Legislación Universal", "Investigación", "Revista de Derecho procesal", "Información jurídica" y "Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación".

Colaboró también en revistas extranjeras y asiduamente en la *Revue pénitentiaire et de Droit Pénal*, en la que tenía a su cargo la "Crónica española".

Asimismo tradujo artículos de diversas revistas extranjeras, y últimamente el libro del profesor Benigno di Tullio, "Principios de Criminología Clínica y Psiquiatría Forense".

Infatigable lector de cuanto se publicaba, en libros y revistas, sobre la Ciencia de los delitos y las penas. De ahí los centenares de recensiones y notas críticas que salieron de su pluma.

Para nosotros, los que hacemos el ANUARIO, su muerte es una pérdida irreparable. Su recuerdo perdurará siempre. Nos faltará, desde ahora, un excelente colaborador. Y un gran amigo.

D. M.

«METODOS DEL TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE»

Bajo este epígrafe, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias organizó un ciclo de conferencias en la Escuela de Estudios Penitenciarios, en colaboración con los Servicios Culturales de las Embajadas de Francia, Canadá y Alemania. El ciclo se distribuyó de la forma siguiente:

Día 23 de abril.—Conferenciante, profesor R. P. L. M. RAYMONDIS. Tema: *La personalidad criminal según la doctrina de Pinatel*.

Día 28 de abril.—Conferenciante, profesor YVES ROUMAJON. Tema: *La psicoterapia de grupo y las reuniones de grupo en los medios penitenciarios*.

Días 5, 6, 7 y 9 de mayo.—Conferenciante, profesor R. P. Noël MATLLOUX, O. P. Temas:

1.^a *Un intento de tratamiento de la delincuencia juvenil: hipótesis y métodos de investigación.*

2.^a *Las reacciones defensivas del joven delincuente en el curso de la reeducación.*

3.^a *La incapacidad de comunicación con los jóvenes delincuentes en vías de reeducación.*

4.^a *Las vicisitudes del super-yo en el joven delincuente.*

Día 8 de mayo.—Conferenciante, profesor FRANCO FERRACUTI. Tema: *La criminalidad de los trabajadores emigrantes europeos.*

Todas estas conferencias serán publicadas por la Revista de Estudios Penitenciarios.

Nos vamos a ocupar seguidamente de hacer un comentario a la conferencia pronunciada por el profesor Ferracuti. Comienza el autor exponiendo la importancia que en los últimos años viene teniendo la emigración hacia el centro y norte de Europa. Son estos países receptores de inmigrantes mientras que emisores son los mediterráneos. Todos esos movimientos llevan consigo una criminalidad que debe ser objeto de estudios especiales.

En su parte primera trata del problema general de la criminalidad de los emigrantes. Los estudios que se iniciaron en Norteamérica se han extendido a nuestro continente, donde la situación tiene interés en los últimos años. El comportamiento antisocial del emigrante se debe a múltiples factores y está ligado a ciertos mecanismos de defensa que provienen de fracasos, que son producto de la propia emigración, en los que tiene mucho valor el aspecto psico-sociológico. También es de interés la poca simpatía que suelen tener ante los nacionales —entre los obreros principalmente— y la lucha, a veces, por no perder el puesto de trabajo que puede ser ocupado por un extranjero. Por si fuera poco a los emigrantes se les suele culpar de los delitos más graves y de las olas de criminalidad.

En relación con su mayor o menor adaptación a la nueva forma de vida considera que tiene gran importancia que el emigrante lo haga de forma voluntaria u obligado por las circunstancias. La falta de selección y preparación de estos últimos les hace más propensos a delinquir. En todo caso es diferente la situación de los refugiados políticos. El emigrante en Europa tiene menos problemas que el que lo hace a América, no está tan lejos de su país, lo visita con más frecuencia y las diferencias son todavía menores si le acompaña toda o parte de su familia.

Hoy, por los acuerdos entre los Estados, el emigrante se encuentra bastante protegido, tanto en situación normal como en el infortunio, lo que supone un gran beneficio en el aspecto psicológico.

De todas formas el emigrante sufre psicológicamente y los estudios clásicos al respecto confirman que son frecuentes las enfermedades mentales entre ellos. Se admite que los emigrantes son muchas veces personas de carácter inestable, agresivo, dominador y las reacciones paranoicas se dan con frecuencia entre ellos.

En cuanto a la adaptación tiene gran valor las condiciones y forma de vida del país receptor, que se encuentre a gusto, no piense que está siendo explotado por el patrono y no sienta demasiada nostalgia por su país y familia.

El problema de las migraciones internas está relacionado con el urbanismo

y la industrialización. El movimiento del campo a la ciudad dificulta el proceso de adaptación. Sostiene que cuando las regiones son muy diferentes los movimientos interiores producen situaciones similares a la salida al extranjero, pone el ejemplo de los movimientos italianos del sur al norte del país. Parece que el italiano que se mueve dentro de su territorio tiene un índice de criminalidad superior al que lo hace al extranjero.

En cuanto a la emigración de trabajadores europeos señala como países emisores a Italia, Grecia, Turquía, Yugoslavia, España, etc., mientras que son receptores Alemania, Suiza, Bélgica y Francia. Inglaterra recibe los emigrantes de Irlanda o la Commonwealth.

Referente a la criminalidad de los españoles en Alemania, cita las conclusiones de un trabajo de Zimmermann, realizado en el año 1965. Mientras los turcos cometen doble de delitos que los propios alemanes, los italianos y griegos vienen a tener una criminalidad similar y los españoles la reducen a la mitad. Los delitos más frecuentes son los cometidos contra las personas, siendo la estafa el que menos se da. Expone otros estudios de los delitos cometidos por los emigrantes en diversos países europeos.

Los emigrantes suelen cometer muchos de sus delitos dentro de su propio grupo de nacionales, con quienes conviven.

El bajo nivel de la delincuencia de los emigrantes lo refleja en múltiples factores. Es igual o menor a la de los nacionales. La gran criminalidad que se les atribuye es un mito debido a la xenofobia.

El tema es de gran interés si tenemos en cuenta que casi nada sabíamos de la delincuencia de los emigrantes españoles a otros países de Europa. No se ha hecho en España ningún trabajo de interés al respecto, no sobre nuestros nacionales en el extranjero, que sería muy difícil, sino de los extranjeros en España. El futuro de la criminalidad de los extranjeros será un tema importante, pues el considerable aumento de los movimientos migratorios, la facilidad en el paso de las fronteras y la necesidad de trabajadores en muchos Estados, llevará consigo un aumento de la delincuencia. No obstante, la mayor parte correrá a cargo de los delincuentes profesionales, que pasarán de un país a otro camuflados como emigrantes o turistas. Estos son los peligrosos y los que van a proliferar. La Interpol y las policías nacionales van a tener dificultades en combatir a los mismos. En suma, nos encontramos abocados a una delincuencia internacional cuyo mayor freno será la diferencia del idioma, pero el aumento se hará sentir más entre los países de igual o similar idioma.

No tenemos nosotros problema de delincuencia entre los inmigrantes de nuestro país, ya que, entre otras cosas, apenas si los hay. En el año 1966 los extranjeros residentes en España solamente eran 110.301.

Según las estadísticas judiciales de 1966, fueron condenados 911 extranjeros, de los que en prisión solamente ingresaron 95. Sin embargo, al no distinguir tales estadísticas —que además recogen muy pocos países— si se trata de residentes (inmigrantes), turistas o transeúntes, resulta: Que si tales cifras las aplicamos a los residentes, fue condenado uno por cada 121 de ellos, mientras que las proporciones de los españoles fue de 1 a 1.100. Total que la criminalidad de los extranjeros fue nueve veces superior a la de los nacionales, cosa que parece exagerada.

Hemos realizado las correcciones precisas a fin de llegar a resultados

lo más exactos posibles, para evitar confusiones, separando los condenados residentes de los turistas y transeúntes, resultando: 'En 1966 fueron condenados 166 residentes y 745 turistas —incluimos aquí a los raros casos que se dan entre los que están de tránsito en puertos españoles o pasan por tan sólo veinticuatro horas—. Las proporciones ahora son: fue condenado un inmigrante por cada 668 de ellos y uno por cada 19.500 turistas —entraron en España durante el año indicado con pasaporte 14.442.934—. No obstante, si el turista estuviera en nuestra patria un mes, esa cifra habría que dividirla por doce, pues los inmigrantes pasan los doce meses del año aquí, resultando entonces que sería condenado un turista de cada 1.620, pero como la estancia media se aproxima más a los quince días que al mes, resulta que tendríamos que dividir la primera cifra por 24, siendo condenado en tal caso un turista por cada 810 de ellos. De todas formas no olvidemos que disfrazados de turistas entra mucho delincuente profesional.

Se observa que la criminalidad de los residentes en nuestro país es casi el doble de la nacional. Recordemos que aunque el emigrante suele delinquir menos fuera de su país que los propios nativos todo depende de la criminalidad nacional de donde proceden. Los españoles delinquen menos que los nacionales del país donde emigran, porque la criminalidad de nuestra patria es de las menores del mundo y por ello donde quiera que vayan destacarán por su índice pequeño. Corresponde la mayor proporción a los marroquíes, un condenado por cada 60 residentes; sigue Italia, con la proporción 1 a 373; Estados Unidos, 1 a 422, y Francia, con 1 a 440. La menor cifra corresponde a Portugal, con la proporción de un condenado por cada 2.400 residentes, que viene a ser menos de la mitad que la nuestra (1 a 1.100), le siguen los países hispanoamericanos, algunos de los cuales están también por debajo de la española.

De todos modos hemos de indicar que la mayor criminalidad, tanto de los residentes como de los turistas, se da contra las leyes especiales (68 condenados entre los residentes y 423 entre turistas). Si tenemos presente que el 90 por 100 de estos condenados los fueron por infracción a la Ley del Automóvil de 1962, el problema se suaviza. Siguen en importancia los delitos contra la propiedad, con 41 para los primeros y 163 para los turistas. Los demás delitos apenas si tienen interés. Mientras fue condenado un español, por delito contra la propiedad, por cada 3.100 habitantes, los residentes lo fueron 1 por 2.700, y los turistas, 1 por 3.700. En leyes especiales, un español de cada 2.800; residentes, 1 de cada 1.600, y turistas, 1 de cada 1.400. Esto es lógico si consideramos que los turistas conducen más y conocen peor nuestras carreteras y ciudades.

No tiene nuestro país problema de criminalidad en cuanto a los extranjeros. En relación con los turistas, cabe señalar que influyen en el aumento de nuestra criminalidad interior. El delincuente español aprovecha los descuidos del extranjero —principalmente en la sustracción de objetos del interior de vehículos—, otras veces son estafados, aunque sea en pequeñas cantidades. Por otra parte el mismo número de policías y demás agentes de la Autoridad han de proteger y controlar a un número mucho mayor de personas, sobre todo en los meses de verano, de los que uno son autores y otros víctimas. Estas circunstancias las aprovecha el delincuente español, muchos de los cuales se trasladan a las zonas mediterráneas y del Norte donde más afluye el turismo.

También algunos extranjeros nos traen sustancias estupefacientes que perjudican a nuestra juventud o les corrompen en la prostitución y aberraciones sexuales, sin discriminación de sexos.

En cuanto a los movimientos migratorios interiores hemos de señalar que la gran afluencia del campo a la ciudad o zonas industriales lleva consigo un aumento en la criminalidad, por una gran cantidad de circunstancias que no exponemos por su amplitud (*).

A. S. G.

II JORNADAS HISPANO-AMERICANAS EN TORNO AL DERECHO ESPECIAL DEL MENOR

Con participación de representantes de diversos países de América latina se han celebrado en Madrid —sede del Instituto de la Juventud—, durante los días 2 al 7 de junio último, las "II Jornadas hispano-americanas en torno al Derecho Especial del Menor".

Para el estudio de los diferentes aspectos relacionados con la situación jurídica del menor se formaron tres comisiones: Derecho público, Derecho privado y principios generales. A través de las discusiones y comunicaciones presentadas se trató, principalmente, de conseguir la atención de los Organismos nacionales para estudio y creación de un Derecho especial del menor, cuya finalidad sea la protección de la juventud en todos los aspectos. También se consideró la conveniencia de llegar a la unificación de la mayoría de edad en todos los campos del Derecho, tanto público como privado, pensando que debía ser a los 18 años.

En relación con la unificación de la mayoría de edad a nosotros nos pareció que sería difícil, pues la situación del chico varía notablemente en el campo civil, penal, laboral, administrativo, etc. La única comunicación presentada en relación con este tema y centrado principalmente en campo penal fue la nuestra, en ella se fijaba la mayoría edad penal a los 15 años, no para perjudicar al joven, sino todo lo contrario, para protegerle y por las razones siguientes (1):

— La juventud delincuente de los últimos años, no solamente la mundial, sino en especial la española, se hace más precoz a cada día que pasa.

— Las disposiciones del Código penal benefician a los jóvenes más que las recogidas en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, donde en su artículo 9 permiten la aplicación de una serie de medidas, a veces con carácter discrecional del juez, que quedan fuera de las leyes penales.

— Se puede aplicar, y de hecho así ocurre, a los menores de 16 años medidas de reforma por tiempo indeterminado, a los mayores de esa edad difícilmente, pues, aunque lo permite el artículo 65 del Código penal, nunca se aplican.

— La atenuación de la pena para los menores de 18 años y el exceso de

(*) Véase nuestro trabajo *Criminalidad y movimientos migratorios. La criminalidad de los turistas en España*, que se publicará en la "Revista Española de la Opinión Pública", núm. 17, julio-septiembre de 1969, en prensa.

(1) Véase nuestro trabajo *La edad penal*, en "Revista de Policía Española", mayo de 1969.

aplicación de la condena condicional por nuestros Tribunales dejan en la calle a casi todos los delincuentes de 16 y 17 años.

— Interesa elevar la atenuante hasta los 21 años, con mayor beneficio para los menores de 18, a fin de estar más acordes con las modernas tendencias de los grupos denominados *semiadultos*.

— Esos chicos comprendidos entre los 15 y 20 años, ambos inclusive, no deben ingresar en las prisiones comunes. Hay que crear unos colegios especiales para educarles y corregir las deficiencias o defectos que adquirieron por culpa de sus padres, educadores o la sociedad en general.

— Hay que crear unos jueces especiales y profesionales para enjuiciar los actos de los menores de 15 años.

— Se deben constituir tribunales especiales para resolver todos los problemas jurídicos en que intervengan los jóvenes comprendidos entre los 15 y 20 años. Se hace necesario, además, un procedimiento especial.

Si se eleva a 18 años la mayoría de edad penal... ¿Qué hacemos con los menores? Nuestra legislación de menores, así como los Tribunales y medios de que disponen no nos parecen adecuados —los jueces no son profesionales, casi todos honorarios y no se pueden dedicar única y exclusivamente a esa función—. Hay chicos de 15, 16 y 17 años cuya actividad criminal es superior a la de los adultos, unirles con los de menos años sería desastroso.

Para nosotros lo fundamental es el tratamiento, que va desde el arresto de unas horas —cumplidas en su propia residencia— hasta el ingreso en un colegio especial para su educación y solamente los casos rebeldes pasarían a las prisiones comunes (2). Hay que evitar, hasta donde se pueda, que el chico salga de su ambiente —siempre que no sea nocivo—, la prisión le perjudica, los colegios de los T. T. de Menores también, aunque no en pocas ocasiones están aquí mejor que en la calle, pero hay que evitar el contagio moral de los más pervertidos y el vacío que la sociedad les hace cuando salen de los mismos. Hay que modificar el sistema actual.

Creemos, en suma, que rebajar la edad penal a los 15 años, si se completa todo lo demás, beneficiaría al joven y a la sociedad, aunque en principio pareciera lo contrario.

Cabe la posibilidad de elevar la edad a los 18 años, casi da igual un año que otro —aunque nosotros no somos partidarios—, ya que lo fundamental es tener unos jueces, procedimiento y tratamiento especial.

Del resultado de las discusiones se llegó en las Jornadas a una serie de conclusiones, redactándose "LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA COLECTIVIDAD MENOR DE EDAD", que consta de cuatro títulos, con un total de dieciocho principios. Recogemos lo fundamental:

Título preliminar.—Se pide la proclamación de uniformidad cronológica de la mayor edad sin discriminación alguna. En todas las relaciones jurídicas en que intervenga un menor la norma ha de ser interpretada en sentido tuitivo.

Título primero.—Se pide protección para el concebido, y la madre gestante, así como para el recién nacido, para los expósitos, abandonados y aquellos que

(2) Véase nuestro trabajo *Sistema para recuperar al delincuente menor de veintiún años*, en Revista cit., junio de 1969.

vivan en ambiente familiar nocivo o tienen algún defecto físico o mental. Finalmente se aboga por una educación básica general y formación profesional o intelectual.

Título segundo.—La patria potestad o la que le supla ha de entenderse como función social; el abandono o incumplimiento de tales deberes se debían sancionar punitivamente, sin perjuicio de la supresión o privación de la misma. Deben ser también causa de emancipación la incorporación al servicio militar o civil obligatorio y la prestación de trabajo independiente y retribuido. Los primeros deberán exigirse a los 18 años, para evitar desajustes, si se proponga, en la vida sexual, laboral y vocacional del joven.

La vulneración del orden jurídico por parte del menor que sea constitutiva de delito no será sancionada mediante pena, competirá su enjuiciamiento a tribunales especiales que aplicarán medidas individualizadas con el fin de restaurar el orden jurídico perturbado, la reinserción social del sujeto y salvaguardar la paz social.

Título tercero.—Se pide al promulgación de una ley para la protección de la infancia y juventud. Esta nueva Ley, para cumplir eficazmente su finalidad, debe englobar todas las instituciones encargadas de la coordinación y bienestar de los menores y unificar las competencias de todos los organismos que ejercen una función tutiva sobre los mismos.

A. S. G.

I SYMPOSIUM INTERNACIONAL DE TRASPLANTES DE ORGANOS.

Del 14 al 17 de julio del año en curso celebró en Madrid sus sesiones el I SYMPOSIUM INTERNACIONAL DE TRASPLANTES DE ORGANOS, en cuyo seno, se abordaron por los distintos comités creados al efecto no sólo los problemas de carácter científico-médico que plantean los trasplantes de órganos, sino también los de matiz religioso, ético y jurídico.

Dentro del SYMPOSIUM funcionaron, además de una "Comisión española" encargada de estudiar las bases para un anteproyecto de ley sobre trasplantes de órganos, nombrada por el Ministro de Justicia, una Sección de Medicina Legal y otra de Deontología.

La Sección de Medicina-Legal dedicó atención preferente al tema "*Signos médico-legales de la muerte*". Las ponencias que en su seno se presentaron fueron las siguientes:

— D. CHIUDI, de Florencia.: *Criterios sobre la muerte en una metódica médico-legal.*

— A. SPANN, de Friburgo.: *Ideas concretas para una legislación sobre la certeza de la muerte.*

— J. DAUSSET, de París.: *Organización del Eurotrasplante.*

— R. MATERA, de Buenos Aires.: *Bases para una legislación sobre trasplantes de órganos.*

— W. LAVES, de Munich.: *Química de la agonía.*

— B. L. SADLER, de Bethesda (E. E. U. U.): *Aspectos legales del trasplante.*

— A. L. SADLER, de Bethesda (E. E. U. U.): *Aspectos médico-legales del trasplante.*

— M. SALES Y VÁZQUEZ, de Barcelona.: *Consideraciones médico-legales sobre la muerte.*

— COURBAIRE DE MARCILLAT, de París.: *Unión Europea de Medicina Social ante el trasplante de órganos.*

— J. A. GISBERT-CALABUIG, de Granada.: *Evaluación crítica de los signos de la muerte.*

— M. MONSINGER, de Marsella.: *Aspectos biológicos de la muerte reciente.*

— R. GILLI, de Torino.: *Sobre la certeza de la muerte.*

— B. P. FIGA, de Madrid.: *Procedentes a una legislación nueva sobre el trasplante legal.*

— P. H. MULLER, de Lille.: *Reflexiones sobre la definición médico-legal de la muerte.*

— J. VOIGT, de Copenhague.: *Estudios para una legislación sobre trasplantes de órganos.*

Es de notar que la Comisión española antes citada actuó encuadrada dentro de la Sección de Medicina Legal. Asimismo, conviene subrayar la magnífica ponencia que sobre el tema "*diagnóstico de la muerte*" sostuvo el profesor argentino R. MATERA. Se trató, además, de la definición de la muerte; de las transmisiones de órganos "inter vivos" —en contra de cuyo carácter remuneratorio se pronunciaron todos los asistentes a dichas sesiones, entre los que cabe destacar al profesor parisino DAUSSET—; del enorme problema moral que plantean las cesiones de piezas anatómicas; del papel que la familia debe desempeñar en la cesión de órganos de un cadáver —según FIGA, por lo general, sólo será relevante el consentimiento del paciente o de sus familiares, pero, en caso de muerte violenta, únicamente podrán cederse piezas anatómicas de acuerdo con el juez y con el forense—; y, en fin, hasta qué punto una persona muerta puede disponer por testamento de sus órganos. Pero, a mi juicio, las ponencias más sugestivas e interesantes fueron las presentadas por ALFRED y BLAIR SADLER, médico y abogado respectivamente, por cuanto el fruto más inmediato de sus trabajos en esta materia ha sido la promulgación de la reciente ley sobre trasplante (*Uniform Anatomical Gift Act*) en los Estados Unidos —la ley referida ha sido aceptada ya por 29 Estados de la Unión—. Los rasgos más salientes del citado *Act* pueden resumirse en: que toda persona mayor de dieciocho años puede donar en vida cualquiera de sus órganos, si bien se autoriza a sus familiares a disponer de ellos, después de su muerte; aunque, de otro lado, la compraventa de órganos no está prohibida por la ley, por cuanto no es misión suya el hacerlo, el tenor literal del *Act* citado es, en este sentido, disuasorio. Los términos legales son los de "donante", "donación" o "regalo", etc... Por último, la ley distingue de modo tajante dos equipos de médicos: el que certifica la defunción del donante y el que realiza el trasplante.

La Sección de Deontología versó sobre problemas relativos a la licitud ético-religiosa de la cesión o venta de órganos dobles en vida; la licitud de los trasplantes de órganos único, con el significado "post-mortem" el respeto a las confesiones religiosas y sus miembros que se opongan a los trasplantes; elucubraciones sobre un posible trasplante de testículos, ovarios o masa encefálica total o parcial, etc...

En síntesis, las resoluciones adoptadas en la Sección de Medicina Legal sobre "el diagnóstico de la muerte" han sido las siguientes:

Primera.—Hoy, la Medicina puede, objetiva y precozmente, determinar el hecho de la muerte de una persona.

Segunda.—Una persona está muerta cuando se ha producido el cese irreversible de sus funciones encefálicas en todos los niveles.

Tercera.—En el diagnóstico de la muerte se tomarán en consideración los hechos siguientes:

a) Falta de respiración espontánea. Arreflexia total incluso con estimulación de reflejos. Midriasis completa bilateral sin reacción a la luz intensa.

b) Ausencia de respuesta a la hipercapnia y a los agentes farmacológicos con acción sobre los núcleos centrales vegetativos. Caída tensional a la interrupción de la ayuda farmacológica. Caída de la temperatura con tendencia a la poiquilotermia.

c) Ausencia total de la actividad bioeléctrica cerebral comprobada durante un tiempo suficiente y siempre que no se trate de niños o que el paciente no se encuentre sometido a hipotermia artificial o a la acción de fármacos depresores del sistema nervioso central o en coma tóxico.

Cuarta.—Puede considerarse como signo seguro de muerte la comprobación del cese de la circulación encefálica o de la anulación del consumo de oxígeno por el encéfalo por un tiempo suficiente.

Quinta.—La simple persistencia temporal del latido cardíaco autónomo autoriza la supresión de los medios de reanimación.

Sexta.—El diagnóstico precoz de la muerte será realizado por el acuerdo unánime de una Comisión médica responsable constituida por un médico legista, un especialista en reanimación, un electroencefalografista y eventualmente el médico que haya asistido al paciente. Sin que ninguno de ellos pueda formar parte del equipo quirúrgico que fuera a realizar el trasplante.

Séptima.—Como elemento esencial para la decisión diagnóstica, la Comisión hará el diagnóstico etiológico del coma o de la causa de muerte.

Finalmente, la Sección de Medicina Legal del Symposium propuso la creación en Madrid de un centro de documentación internacional jurídico-médica en el que se reúnan todos los avances científicos y novedades legislativas relacionadas con la muerte y los trasplantes de órganos.

P. L. Y. R.

IV CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE

I. ANTECEDENTES

En la resolución 415 (V) del 1.º de diciembre de 1950, la Asamblea General de las Naciones Unidas dispuso que se convocara cada cinco años un Congreso internacional sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente. El Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente se celebró en el Palacio de las Naciones, Ginebra, en

1955; el Segundo Congreso, por invitación del Gobierno del Reino Unido, en Church House y Carlton House, Londres, en 1960, y el Tercer Congreso, por invitación del Gobierno de Suecia, en Folkets Hus, Estocolmo, 1965.

II. FECHA Y LUGAR

El Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente se celebrará en el Salón Internacional de Conferencias, Kyoto, Japón, del 17 al 26 de agosto de 1970, por invitación oficial del Gobierno del Japón.

III. PARTICIPANTES

De conformidad con la práctica establecida, el Congreso comprenderá participantes de tres categorías:

1) Miembros designados oficialmente por los gobiernos, que sean expertos en materia de defensa social o intervengan directamente en la política y los programas relativos a la prevención y control del delito (por ejemplo, planificadores sociales; expertos y formuladores de políticas en materia de educación, de bienestar social, de actividades juveniles y de empleo de los jóvenes), y tengan conocimientos o experiencias especializados en los temas del programa;

2) Representantes de los organismos especializados de las Naciones Unidas, de las organizaciones intergubernamentales y de las organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social, que se interesen por las cuestiones de defensa social o se ocupen con las mismas;

3) Participantes a título personal que estén directamente interesados en la esfera de la defensa social (tales como miembros del personal docente de universidades, institutos criminológicos o de estudios sociales y organizaciones no gubernamentales nacionales que se interesen por las cuestiones de defensa social; funcionarios de establecimientos penales o de instituciones para delincuentes menores; funcionarios de la administración de justicia y miembros de los colegios de abogados, trabajadores sociales, especialistas en enseñanza, funcionarios de policía).

Las Naciones Unidas no sufragarán los gastos de los participantes.

IV. PROGRAMA

En la organización del Congreso la Secretaría se guiará por las recomendaciones del Comité Asesor de Expertos en prevención del delito y tratamiento del delincuente. La materia central del programa será *el delito y el desarrollo* e incluirá los siguientes temas:

1) La política de defensa social en relación con la planificación del desarrollo;

2) La prevención de la delincuencia en el contexto del desarrollo nacional, con especial referencia a la delincuencia de menores;

3) La participación pública en la prevención y limitación del delito y la delincuencia;

4) Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos a la luz de los últimos acontecimientos en la esfera correccional.

Es de advertir que, en el año y medio que falta, tal vez sea necesario introducir algunas modificaciones en los títulos de los temas del Congreso.

El programa del Congreso incluirá, además, visitas a instituciones, proyecciones de películas y una exposición; también se prevén, después del Congreso varias giras y una visita a la Exposición Mundial de 1970 en Osaka.

Los idiomas oficiales del Congreso serán el español, el francés, el inglés y el ruso. En todas las sesiones de comisiones y en las plenarias se facilitarán servicios de interpretación simultánea en esos cuatro idiomas.

V. DOCUMENTACION

La Secretaría de las Naciones Unidas redactará un documento de trabajo sobre cada uno de los temas principales del programa del Congreso. Estos documentos prepararán el terreno para los debates proporcionando los elementos del problema, indicando las preocupaciones de los distintos países en la materia y definiendo los principales problemas planteados. Los organismos especializados y las organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social podrán preparar también, a invitación de la Secretaría, documentación sobre cuestiones concretas relativas a los temas en examen.

Se enviará por correo a los participantes la documentación con seis semanas de anticipación, por lo menos, y no habrá distribución de documentos durante el Congreso.

VI. INSCRIPCION

Se entregará una tarjeta de inscripción a las personas que reúnan las condiciones especificadas en la Sección III de la presente nota. Las solicitudes de tarjetas de inscripción pueden dirigirse al Jefe de la Sección de Prensa Social, Naciones Unidas, Nueva York, Nueva York 10017. La inscripción será gratuita.

VII. INFORMACION SOBRE VIAJES Y ALOJAMIENTO

Las consultas relativas a viajes y hospedajes, así como las peticiones de reserva, podrán dirigirse a la siguiente agencia de viajes japonesa:

Japan Travel Bureau
1-1 Marunouchi
Chiyoda-Ku, Tokyo
Japón.

VI CONGRESO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA

Organizado por el Instituto de Criminología como delegado de la Sociedad Internacional de Criminología. Organismo honorario de la O.N.U. y reconocido por la U.N.E.S.C.O.

Programa científico

A. TEMAS Y SESIONES.

B. MESA REDONDA, SEMINARIOS, CONFERENCIAS Y COLOQUIOS.

I SECCION. PROBLEMAS GENERALES DE LA INVESTIGACION CIENTIFICA EN CRIMINOLOGIA.

TEMA 1: "Estado actual de la investigación científica en criminología." Sr. SZABO (Canadá).

TEMA 2: "Informes sobre la investigación científica y la política criminal." Sra. VODOPIVEC (Yugoslavia).

TEMA 3: "Informes sobre la investigación científica y la enseñanza de la criminología." Sr. CASTRO PÉREZ (España).

II SECCION. LAS INVESTIGACIONES EFECTUADAS EN EL DOMINIO DE LA "PROBATION" Y DE MEDIDAS ANALOGAS, TALES COMO LA REMISION CONDICIONAL, LIBERTAD CONDICIONAL, ETC.

TEMA 1: "Investigaciones sobre la validez de las tablas de predicción en materia de *probation*." Sr. HALL WILLIAMS (Reino Unido).

TEMA 2: "Investigaciones sobre la sentencia en materia de *probation* y particularmente sobre la selección de los delincuentes antes de aplicarles la *probation*." Sr. SHOHAM.

TEMA 3: "Investigaciones clínicas y terapéuticas en materia de *probation*." Sra. GRANT (USA).

TEMA 4: "Investigaciones sobre la eficacia de los resultados en la *probation*." Sr. MIDDENDORFF (República Federal Alemana).

TEMA 5: "Investigaciones sobre las relaciones entre el comportamiento penitenciario y el comportamiento en *probation*." Sr. VAN BEMMELEN (Países Bajos).

III SECCION. PROBLEMAS DE METODOLOGIA.

TEMA 1: "Los órdenes de prioridad en materia de investigación criminológica. ¿Cuáles son los criterios que deben prevalecer en este dominio?" Sr. HOUCNON (Bélgica).

TEMA 2: "Epistemología e investigación científica." Señor RAYMONDIS (Francia).

TEMA 3: "La coordinación de las investigaciones interdisciplinarias en criminología." Señor FERRACUTI (Italia).

C. INVESTIGACIONES EN CURSO."

Director, Sr. CHRISTIE (Noruega).

D. MESA REDONDA SOBRE:

Diversos temas policiales, Prof. Dr. DRAPKIN.

Violencia y erotismo y Delincuencia en el Desarrollo económico español, Prof. Dr. DEL ROSAL, Sr. SÁENZ DE PIPAÓN y otros.

Técnicas psicológicas de la investigación criminológica aplicables en España, CENTRO DE OBSERVACION DE LA PRISION DE CARABANHEL.

Anomalías corporales y rasgos dominantes de la personalidad del delincuente, CENTRO DE OBSERVACION DE LA PRISION DE CARABANHEL.

Aspectos criminológicos del tráfico de estupefacientes, Dr. OLIVA, señor CAYETANO y otros.

Particularidades criminológicas de ciertos grupos de delincuentes españoles, señor SÁEZ ECÍJA, Dr. GARCÍA ANDRADE y otros.

De la Victimología, Prof. Dr. SCHAFER.

COMITE EJECUTIVO

Presidente	Prof. Dr. Juan del Rosal.
Vicepresidentes	Prof. Dr. Manuel Cobo del Rosal. Dr. Bernardo F. Castro.
Tesorero	D. Vicente Sáez Ecija.
Vocal Comisión Científica y Publicaciones	Dr. Horacio Oliva García.
Secretario general	D. Gerardo Entrena Cuesta.
Vicesecretario general	D. Javier Sáenz de Pipaón.

SECRETARIA GENERAL

Instituto de Criminología.
Facultad de Derecho.
Ciudad Universitaria. MADRID.

OFICINA AUXILIAR

Galileo, 91.
Teléfono 233 33 13.
MADRID-3.

El Congreso se celebrará en el Palacio de Exposiciones y Congresos del Ministerio de Información y Turismo. Avenida del Generalísimo, 29.

En el mismo local tendrán lugar exposiciones de:

Cuerpos legales.

Libros científicos.

Historia criminológica.

Los idiomas oficiales son *español*, *francés* e *inglés* y serán traducidos simultáneamente. Los trabajos deberán ser enviados en cualquiera de estos idiomas a la OFICINA AUXILIAR del Congreso.

HORARIO PROVISIONAL

LUNES 21 de septiembre:

Mañana: Sesión solemne de apertura.

Tarde: Secciones I, II y III.

MARTES 22 de septiembre:

Mañana: Reuniones de trabajo. I Conferencia General.

Tarde: Visita técnica. Seminario sobre problemas de policía.

MIÉRCOLES 23 de septiembre:

Mañana: Reuniones de trabajo. II Conferencia General.

Tarde: Visita técnica. Sesiones de trabajo.

JUEVES 24 de septiembre:

Mañana: Reuniones de trabajo.

Tarde: Libre.

VIERNES 25 de septiembre:

Mañana: Asamblea General. III Conferencia General.

Tarde: Sesiones de trabajo. Seminario sobre el Tercer Mundo.

SABADO 26 de septiembre:

Mañana: Asamblea General. Sesión solemne de clausura.

NOTICIAS DE INTERES

La ficha de Inscripción Preliminar deberá ser cumplimentada y enviada a la mayor brevedad posible a la OFICINA AUXILIAR del Congreso.

Las personas que cumplimenten la citada ficha recibirán próximamente el Programa Preliminar y los Boletines de inscripción, así como los de reserva de hotel y actos sociales, Programa Científico detallado y Reglamento del Congreso.

Las cuotas de inscripción al Congreso para colaborar en los gastos de organización han sido fijadas en tres mil pesetas para los congresistas, mil quinientas pesetas para los acompañantes y quinientas pesetas para los estu-

diantes. Las personas interesadas en efectuar su inscripción en firme deberán enviar su contribución, precisamente en pesetas, a la cuenta corriente del VI CONGRESO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA. Banco de Santander, Sucursal número 2. Glorieta de Bilbao. Madrid-10. España.

PROGRAMA SOCIAL

Durante el Congreso, y con independencia de las sesiones científicas, han sido programados, en colaboración con las Autoridades y con la Agencia Oficial del Congreso —VIAJES MELIA—, una serie de Actos Sociales que incluyen Recepciones de Bienvenida, visitas a los museos más importantes de Madrid, excursiones a Segovia, Avila, Toledo, El Escorial y Valle de los Caídos, de corta duración, así como Viajes Post-Congreso de siete días de duración por Andalucía, Canarias y Baleares para aquellos congresistas que deseen efectuarlos.

La Comisión de Damas atenderá a los acompañantes de los congresistas durante las sesiones científicas del Congreso.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXII

FASCICULO II

Mayo - agosto MCMLXIX

Sección Doctrinal

	<i>Páginas</i>
<i>La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español (la conformidad del acusado)</i> , por Víctor Fairén Guillén	229
<i>La división en dos fases del proceso penal</i> , por Marino Barbero Santos. <i>Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios</i> , por Francisco Bueno Arús	269
<i>Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787</i> , por José R. Casabo Ruiz	283
	313

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal correspondiente al segundo y tercer cuatrimestre de 1966</i> , por Francisco Bueno Arús	343
--	-----

Crónicas extranjeras

<i>La reforma del Código Penal alemán</i> , por Antonio Beristain, S. J. ...	371
--	-----

Revista de libros

ALARCÓN BRAVO, Jesús y MARCO PURON, Angel: <i>La inteligencia en los delincuentes españoles</i> , por Alfonso Serrano Gómez	391
BERNAN, Harold J.: <i>Justicia en la U. R. S. S.—Una interpretación del Derecho soviético</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez	393
CANALEJAS, José María: <i>Presidio-Escuela</i> , por Ramón Tudela Herrero	394
ENGISCH, Karl: <i>La teoría del libre albedrío en la doctrina filosófica penal del presente</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig	396
CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: <i>Modificaciones, en el aspecto penal, de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez	397
DÍAZ PALOS, Fernando: <i>Poseción de muebles y apropiación indebida</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez	398
DICKLER, Gerard: <i>El hombre ante la Justicia</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez	400
KIENAPFEL, Diethelm: <i>Documentos en Derecho penal</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig	400
LÓPEZ GÓMEZ, Leopoldo y GIBBERT CALABUIG, Juan Antonio: <i>Tratado de Medicina legal</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez	401

LÓPEZ-REY Y ARROJO, Manuel: <i>Liberación y libertad provisional de los condenados a prisión</i> , por P. L. Yáñez Román	402
LÓPEZ SÁIZ, Ignacio y CODON, José María: <i>Psiquiatría jurídica, penal y civil</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez	406
RUSSEL, Bertrand: <i>Crimenes de Guerra en Vietnam</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez	406
SANTO-DOMINGO CARRASCO, Joaquín: <i>Elementos de psiquiatría y asistencia psiquiátrica</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez	407
SOTO NIETO, Francisco: <i>La responsabilidad civil en el accidente automovilístico. Responsabilidad objetiva</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez	407
RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: <i>El delito de intrusismo</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez	409
STANCIU, V. V.: <i>La CrimINALITÉ à Paris</i> , por Alfonso Serrano Gómez.	411
SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio: <i>El delito de allanamiento de morada</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez	414

Revista de revistas

Alemania

<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i> fasc. 3/4, 1965, por Enrique Gimbernat Ordeig	416
---	-----

Bélgica

<i>Revue de Droit Pénal et de Criminologie</i> , enero 1969, febrero-marzo, mayo 1969, por. P. L. Yáñez Román	420
--	-----

España

<i>Anales de la Universidad de La Laguna</i> , V. 1967-1968, por Luis C. Ramos Rodríguez	429
<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i> , febrero 1968, por Luis C. Ramos Rodríguez	430
<i>Revista de Derecho Mercantil</i> , julio-diciembre 1968, por Luis C. Ramos Rodríguez	430

Estados Unidos

<i>The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science</i> , junio 1969, por Alfonso Serrano Gómez	432
---	-----

Italia

<i>Archivio di psicologia, neurologia e psichiatria</i> , fasc. II, 1966, por P. L. Yáñez Román	434
--	-----

Suiza

<i>Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. Revue Pénale Suisse</i> , fasc. I, 1969, por José Antón Oneca	436
NOTICARIO	440

Sección de Jurisprudencia

Jurisprudencia penal correspondiente al segundo y tercer cuatrimestres de 1966,
por Francisco Bueno Arús 343

Crónicas extranjeras

La reforma del Código penal alemán, por Antonio Beristain, S. J. 371

Revista de Libros 391

ALARCÓN BRAVO, Jesús y MARCO PURÓN, Angel: *La inteligencia en los delin-
cuentes españoles*, por Alfonso Serrano Gómez; BERMAN, Harold J.: *Justicia
en la U. R. S. R. Una interpretación del Derecho soviético*, por Luis C. Ra-
mos Rodríguez; CANALEJAS, José María: *Presidio-Escuela*, por Ramón Tu-
dela Herrero; ENGISCH, Karl: *La teoría del libre albedrío en la doctrina
filosófico-penal del presente*, por Enrique Gimbernat Ordeig; CONDE-PUMPIDO
FERREIRO, Cándido: *Modificaciones, en el aspecto penal, de la Ley de Uso
y Circulación de vehículos a Motor*, por Luis C. Ramos Rodríguez; DÍAZ
PALOS, Fernando: *Poseción de muebles y apropiación indebida*; por Luis C.
Ramos Rodríguez; DICKLER, Gerard: *El hombre ante la Justicia*, por Luis
C. Ramos Rodríguez; KIENAPFEL, Diethelm: *Documentos en Derecho penal*,
por Enrique Gimbernat Ordeig; LÓPEZ GÓMEZ, Leopoldo y GIBBERT CALA-
BUIG, Juan Antonio: *Tratado de Medicina legal*, por Luis C. Ramos Rodrí-
guez; LÓPEZ-REY Y ARROJO, Manuel: *Liberación y libertad provisional de
los condenados a prisión*, por P. L. Yáñez Román; LÓPEZ SÁIZ, Ignacio y
CODON, José María: *Psiquiatría jurídica, penal y civil*, por Luis C. Ramos
Rodríguez; RUSSEL, Bertrand: *Crímenes de guerra en Vietnam*, por Luis C.
Ramos Rodríguez; SANTO-DOMINGO CARRASCO, Joaquín: *Elementos de psi-
quiatria y asistencia psiquiátrica*, por Luis C. Ramos Rodríguez; SOTO NIETO,
Francisco: *La responsabilidad civil en el accidente automovilístico. Respon-
sabilidad objetiva*, por Luis C. Ramos Rodríguez; RODRÍGUEZ MOURULLO,
Gonzalo: *El delito de intrusismo*, por Luis C. Ramos Rodríguez; STAN-
CIU, V. V.: *La Criminalité à Paris*, por Alfonso Serrano Gómez; SUÁREZ
MONTES, Rodrigo Fabio: *El delito de allanamiento de morada*, por Luis
C. Ramos Rodríguez.

Revista de Revistas 416

ALEMANIA: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* fasc. 3/4, 1965,
por Enrique Gimbernat Ordeig; BÉLGICA: *Revue de Droit Pénal et de cri-
minologie*, enero 1969, febrero-marzo, mayo 1969, por P. L. Yáñez Román;
ESPAÑA: *Anales de la Universidad de La Laguna*, V. 1967-1968, por Luis
C. Ramos Rodríguez; *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, fe-
brero 1968, por Luis C. Ramos Rodríguez; *Revista de Derecho Mercantil*,
julio-diciembre 1968, por Luis C. Ramos Rodríguez; ESTADOS UNIDOS: *The
Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, junio 1969, por
Alfonso Serrano Gómez; ITALIA: *Archivio di psicologia, neurologia e psi-
chiatría*, fasc. II 1966, por P. L. Yáñez Román; SUIZA: *Schweizerische
Zeitschrift für Strafrecht. Revue Pénale Suisse*, fasc. I, 1969; por José Antón
Oneca.

Noticario 440

Suscripción anual: España, 300,— pesetas
Extranjero, 400,— pesetas

Numero suelto: España, 125,— pesetas
Extranjero, 150,— pesetas