

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXIV
FASCICULO III



SEPBRE.-DICBRE.
MCMLXXI

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:
EUGENIO CUELLO CALON (+)

Directores:

JOSE ANTON ONECA
Catedrático jubilado de Derecho penal

JUAN DEL ROSAL
Catedrático de Derecho penal y Director
del Instituto de Criminología de la Universi-
dad de Madrid

Redactor-Jefe:

DIEGO MOSQUETE MARIN
Profesor Adjunto de Derecho penal de la
Universidad de Madrid

Secretario:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG
Profesor Agregado de Derecho penal de la
Universidad de Madrid

Vicesecretario:

PEDRO-LUIS YANEZ ROMAN
Profesor Adjunto de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción:

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ
Magistrado y Profesor de la Escuela Judicial

MANUEL COBO
Catedrático de Derecho penal y Decano de
la Facultad de Derecho de la Universidad
de La Laguna

JUAN CORDOBA RODA
Catedrático de Derecho penal y Director del
Instituto de Criminología de la Universidad
de Valencia

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Fiscal General del Tribunal Supremo

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ
Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Su-
premo y Director de la Escuela Judicial

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA
Catedrático de Derecho penal de la Univer-
sidad de Madrid

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO
Catedrático de Derecho penal de la Univer-
sidad Autónoma de Madrid

INDICE

Sección Doctrinal

	<u>Páginas</u>
<i>El delito masa</i> , por José A. Sáinz Cantero	649
<i>Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro (párrafo segundo del artículo 497 del Código penal)</i> , por José Manuel Cobo... ..	677
<i>Derecho penal militar y Derecho penal común</i> , por Ruperto Núñez Barbero	713

Sección Legislativa

<i>Ley 42/1971, de 15 de noviembre, por la que se adicionan determinados artículos al Código de Justicia Militar</i>	769
---	-----

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, 450 ptas. Extranjero, 575.

Precio del fascículo suelto: España, 175 ptas. Extranjero, 200 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Mayo-agosto 1971.

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 ESTUDIO JURIDICOS

SERIE 1

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

**ANUARIO
DE DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XXIV
FASCICULO III**



**SEPBRE.-DICBRE.
MCMLXXI**

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

El delito masa (*)

JOSE A. SAINZ CANTERO

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Murcia

SUMARIO: I. *Introducción*. 1. Planteamiento del problema: A) La cuestión de los fraudes colectivos. B) La imposibilidad de aplicarles la doctrina del delito continuado. 2. Evolución de la doctrina del Tribunal Supremo para resolverlo: A) La creación del delito masa. B) La modificación de la doctrina del delito continuado.—II. *El delito masa*. 1. Concepto, naturaleza y fundamento. 2. Elementos.

I. INTRODUCCION

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Un hecho suficientemente constatado por quienes se ocupan de temas sociológicos es que el deseado progreso económico y la evolución social, que han tenido lugar en el mundo durante las últimas décadas, han desencadenado un gigantesco aumento de la criminalidad. THORSTEN SELLIN ha podido decir con sobrada razón, que «la modificación más importante que se ha producido después de la revolución industrial en la fenomenología del delito, se debe a la *multiplicación de las ocasiones* que permiten perpetrarlo» (1).

Aunque esta multiplicación de ocasiones ha tenido lugar en todas las áreas del delito, la más afectada, con gran diferencia sobre las otras, es la delincuencia patrimonial. El desarrollo de nuevas técnicas de venta y de formas inéditas de «hacer negocio», la fe ciega del consumidor en ofertas de «facilidades» que hace algunos años sus destinatarios no habrían tomado en serio, por suponerlas fraudulentas, y la desaparición de determinados frenos inhibitorios de carácter ético que jugaban un papel importante en la sociedad de nuestros

(*) Este trabajo se ha beneficiado de la Ayuda a la Investigación en la Universidad, concedida por el Ministerio de Educación y Ciencia.

(1) T. SELLIN, *La criminalité et l'évolution sociale*, en «Revue de l'Institut de Sociologie» (Universidad Libre de Bruselas), 1963, pág. 15.

abuelos (2), han hecho surgir una extensa gama de nuevas modalidades de infracciones patrimoniales que han situado al jurista de hoy ante una experiencia descorazonadora: las leyes vigentes, pensadas para otra realidad criminológica, se le rompen en pedazos entre las manos cuando trata de aplicarlas.

A) *La cuestión de los fraudes colectivos.*

De estas nuevas formas de delincuencia patrimonial han destacado en los últimos años, tanto por su frecuencia como por la alarma social que produjeron, los que se han dado en llamar *fraudes colectivos*. Aunque su diversidad de modalidades es tan extensa como la capacidad de imaginación de la mente humana, en todas las variedades se han manifestado con un denominador común, por el que no resulta difícil identificarlos: la engañosa puesta en escena va dirigida a una colectividad indeterminada cuyos componentes individuales, a causa del error en ellos creado, realizan actos de disposición patrimonial en perjuicio propio y en ilícito beneficio del defraudador. Aunque los fraudes más conocidos son las estafas de cantidades anticipadas para adquisición de viviendas en construcción, estos hechos no agotan el repertorio presentado ante nuestros Tribunales: la venta de material para ser elaborado por el adquirente con la promesa, después no cumplida, de que la empresa vendedora adquiriría a ventajoso precio el producto; la expedición de participaciones de lotería sin la cobertura del billete correspondiente; el percibo de primas por el despacho de documentos oficiales; y otros de parecida factura, se han producido también en la realidad criminológica española.

Pese a su novedad, la subsunción de estos fraudes en la legislación penal patria no presentaba dificultades. Los tipos recogidos en el Código penal bajo la rúbrica «De las estafas y otros engaños» resultaban adecuados, no obstante su antigüedad, para prevenirlos. En la amplia redacción del número 1 del artículo 529 encontraron los aplicadores de nuestro Derecho cauce holgado para proceder a la calificación de la mayoría de los hechos que la nueva realidad producía. La dificultad surge cuando se trata de imponer una sanción proporcionada a la culpabilidad del sujeto. Para ello no resulta tan idóneo nuestro, no por más remozado menos viejo, texto punitivo.

El obstáculo para una justa punición proviene de dos determinaciones insertas en el ordenamiento penal: el sistema de sancionar las estafas del artículo 529, que condiciona la pena a la cantidad

(2) Refiriéndose a la criminalidad italiana, MARIO CALAMARI, en el *Discurso* pronunciado con motivo de la inauguración del Año Judicial (1970), ha dicho: «Todo esto sucede porque la costumbre moral está en fuerte degradación, y demasiados individuos, sin escrúpulos de conciencia, intentan procurarse de cualquier modo, no importa si delictuosamente, medios de bienestar y de placer. Así se explica que hayan delinquido personas que hasta ahora habían observado una conducta intachable». (Cfr. *Dal Discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1970*, en «La Scuola Positiva», 1970, pág. 158.

defraudada, y la normativa del concurso de delitos. Como en la mayoría de los fraudes colectivos que nos ocupan la cantidad defraudada a cada perjudicado suele ser pequeña, las diversas estafas integradoras del fraude colectivo —por razón de lo establecido en el artículo 528—, daban lugar a una pluralidad de faltas o delitos de escasa gravedad, para los cuales, a tenor de las limitaciones prescritas en la regla 2.ª del artículo 70, resultaba una pena descaradamente desproporcionada a la culpabilidad del sujeto y a la entidad jurídica de la total defraudación realizada. La aritmética penal, en definitiva, conducía a la casi impunidad del hecho; el defraudador, por la sola razón de que su fraude había sido *colectivo*, resultaba tan favorecido en la sentencia que parecía, en expresión de DÍAZ PALOS (3), que se concedía una prima para el delincuente «al por mayor».

La desproporción entre pena y culpabilidad resulta obvia si se tiene en cuenta que el sujeto activo del fraude planea éste en su conjunto con unidad de propósito, que causa un perjuicio de gran entidad económica considerado en su totalidad, a una masa de personas, y que el lucro que se propone y obtiene corresponde a la suma de los distintos fraudes por él realizados. La justa punición se lograría castigando por un solo delito, al cual correspondería la pena que en las escalas del artículo 528 se fija para la cantidad monetaria resultante de la suma de las diversas cantidades individuales.

A esta solución se oponía, sin embargo, la normativa del concurso que establece el Código penal. Los distintos actos fraudulentos integrantes del fraude colectivo constituyen, individualmente considerados, cada uno un delito. Resultaba así que el autor había ejecutado varios delitos o faltas por lo que, a tenor de lo disciplinado en el artículo 69, había que imponerle todas las penas que correspondieran a las diversas infracciones, pero con la limitación prevista en la Regla 2.ª del artículo 70, que establece que el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho.

B) *La imposibilidad de aplicar la doctrina del delito continuado.*

Residiendo la solución en apreciar un único delito, no debe extrañar que se pensara en la construcción jurisprudencial del delito continuado. Pero esta solución no resultaba viable. Al producirse los primeros fraudes colectivos con especial relevancia social, la construcción jurisprudencial del delito continuado, aunque no firme en todos sus extremos, seguía la siguiente orientación (4):

(3) F. DÍAZ PALOS, *Delito-masa: delitos de fraude colectivo*, en «Revista de Derecho Judicial», 1960, pág. 78.

(4) La doctrina de nuestro más alto Tribunal en la época a que nos referimos, ha sido estudiada por: A. PELÁEZ, *El delito continuado*, Salamanca, 1942; J. DEL ROSAL, *Del delito continuado*, en «Revista General de Legis-

Se considera una facción jurídica (5) que se justifica, por necesidades y conveniencia de la práctica, como expediente procesal para resolver las dificultades que el caso concreto presenta cuando las distintas acciones no están perfectamente individualizadas (6), en especial cuando no se puede probar el número de acciones, la fecha de ejecución de las mismas, las cantidades y otras circunstancias de hecho (7). En consecuencia, se aprecia el delito continuado cuando los hechos probados no permiten distinguir las sustracciones parciales y se rechaza su apreciación cuando las distintas acciones se realizaron plenamente, con total independencia, y se pueden precisar las fechas en que fueron ejecutadas y el perjuicio económico que se irrogó en cada una de ellas (8). En estos últimos casos se estima una pluralidad de delitos y se determina la pena conforme a las reglas del concurso establecidas en los artículos 69 y 70 del Código penal.

Como requisitos o elementos necesarios para su estimación se exigen, además de la pluralidad de acciones homogéneas realizadas por un solo sujeto, unidad de propósito y realización, unidad de lesión jurídica, unidad de ocasión, unidad de sujeto pasivo (que se requiere incluso en los delitos contra la propiedad) y unidad de patrimonio lesionado (en las infracciones patrimoniales) (9).

Basta esta síntesis para apercibirse de que la aplicación de la doctrina del delito continuado a los fraudes colectivos no era posible. Se oponía a ello:

a) El fundamento que la doctrina jurisprudencial atribuía al delito continuado. Como acabamos de señalar, se contemplaba como mero «expediente procesal» para cuando las diversas acciones no estaban suficientemente individualizadas. En los fraudes colectivos las distintas acciones, las fechas de su comisión y las cantidades defraudadas en cada una de ellas, resultan perfectamente precisadas (10).

lación y Jurisprudencia», 1945, págs. 252 y sigs.; J. DEL ROSAL, *Consumación y aplicación de la ley penal en el delito continuado*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1948, págs. 277 y sigs.. C. CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito continuado*, Barcelona, 1951; J. ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», vol. VI, Barcelona (Seix), 1954, págs. 448 y sigs.

(5) Sentencias de 24 de febrero de 1947, 3 de noviembre de 1948, 6 de junio de 1949, 3 de septiembre de 1950, 8 de febrero de 1951, 16 de abril de 1951 y 9 de junio de 1951.

(6) Sentencias de 10 de noviembre de 1944, 11 de octubre de 1947, 14 de octubre de 1947; 26 de octubre de 1947, 11 de mayo de 1949, etc.

(7) Sentencias de 22 de octubre de 1948, 3 de noviembre de 1948, 18 de junio de 1951, etc.

(8) Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, cit., pág. 454 (con abundante jurisprudencia).

(9) Son muchos y reiterados los fallos que declaran estas exigencias, sin que falten algunos aislados que se apartan de la orientación general que señalamos. J. ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, cit., págs. 460 y sigs. y C. CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito continuado*, cit., págs. 129 y sigs., recogen las más importantes sentencias al respecto.

(10) Sirva de ejemplo el fraude contemplado en la *sentencia de 20 de*

A esto hay que añadir la opinión dominante en la doctrina sobre el fundamento pietista del delito continuado. Los autores de mayor solvencia consideraban el delito continuado como un recurso buscado por el Derecho para obtener una dulcificación de la pena en favor del autor culpable de varios hechos delictivos, evitando así la acumulación material de penas. Significativa es a este respecto la opinión de ANTÓN ONECA que (en 1954), escribía que con el delito continuado se trata de evitar los rigores de la acumulación de penas del concurso, aparente consecuencia de la idea retribucionista; añadiendo, con apoyo argumental en RODRÍGUEZ MUÑOZ, que la repugnancia del legislador español por la acumulación de sanciones está demostrada en el artículo 71, donde se adopta la única en su grado máximo, no sólo para el concurso ideal sino también para un caso del real: el delito medio necesario para realizar otro (11).

Aunque en este punto la doctrina del Tribunal Supremo era vacilante, y son muchos los fallos que estiman delito continuado aunque la aplicación del concurso de delitos resultaba favorable al reo (12), la opinión general pensaba, como ANTÓN ONECA, que «no es lícito llegar, mediante la estimación del delito continuado, a una condena más grave que la correspondiente al concurso si se separan las acciones para castigar en cada una de ellas una infracción criminal (13).

Dado que en una gran mayoría de los fraudes colectivos que se produjeron, por ser las cantidades individuales defraudadas de escasa entidad, resultaba más favorable al condenado la apreciación del concurso, la opinión dominante que acabamos de señalar constituía un obstáculo serio para la aplicación a ellos de la doctrina del delito continuado.

b) No concurría la unidad de ocasión. Desde antiguo venía exigiendo nuestro más alto Tribunal, para apreciar la existencia de delito continuado, la unidad de ocasión (14), requisito que hay que

febrero de 1963, en cuyo Resultando de hechos probados se hacen las precisiones que nos ocupan: «... dichos procesados, a sabiendas de que no podían edificar en ellos (se refiere a unos terrenos sitos en el barrio de Orcasitas de Madrid), por ser zona verde su emplazamiento y no tener la autorización del Ayuntamiento ni medios económicos para verificar la construcción, consiguieron que a cuenta de aquellos hoteles les fueran entregadas: en 10 de octubre de 1955, la cantidad de 5.000 pesetas por D. Gregorio S.; en igual día la suma de 5.000 pesetas por D. Alfonso Z.; en 10 de octubre del mismo año la de 3.500 pesetas por D. Juan S.; de 6.900 pesetas por D. Antonio S.; y de 4.865 pesetas por D. Valeriano M. en 11 de dicho mes y año; cantidades que se apropiaron los procesados con propósito de lucrarse, en perjuicio de aquellos compradores, sin llegar a realizar las obras ofrecidas ni devolverles las sumas percibidas para tales fines» («Jurisprudencia Criminal», tomo IL (I), pág. 763).

(11) J. ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, cit., pág. 455.

(12) Entre otras, sentencias de 8 de febrero de 1945, 22 de junio de 1945, 1 de junio de 1945 y 2 de diciembre de 1946.

(13) J. ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, cit., pág. 456.

(14) Entre otras, sentencias de 16 de junio de 1925, 28 de abril de 1928, 20 de enero de 1932, 6 de junio de 1934, 1 de abril de 1935, 7 de octubre de 1935, 3 de julio de 1944, 22 de noviembre de 1947 y 27 de junio de 1949.

entender como exigencia de que las acciones aparezcan como ampliación o prosecución las unas de las otras, la cual no se da sin una cierta conexión de tiempo y lugar. La unidad de ocasión faltará cuando entre las distintas acciones se produzcan intervalos excesivamente largos (15). En los fraudes colectivos presentados ante nuestros tribunales faltaba esa unidad de ocasión, pues las distintas acciones no aparecían como ampliación o prosecución unas de otras, no había conexión de tiempo y lugar, y, generalmente, entre los diversos actos fraudulentos se producían intervalos largos.

c) No se daba la unidad de sujeto pasivo. En contra de la opinión dominante en la doctrina, el Tribunal Supremo exigía para la estimación del delito continuado que el sujeto pasivo fuera único, exigencia que incluso se hacía en las infracciones patrimoniales (16). Siendo la característica más acusada de los fraudes colectivos la variedad de los sujetos pasivos, es obvio que la aludida exigencia constituía el principal escollo para la viabilidad de su tratamiento conforme a la construcción de delito continuado.

A la vista de estas consideraciones, no resulta extraño que cuando se presentaron ante los Tribunales los primeros casos de fraudes colectivos con su pluralidad de sujetos pasivos y patrimonios lesionados, con su integración de acciones múltiples, perfectamente determinadas en cantidad y fechas, concurriendo en ellos además la peculiaridad de que el apreciar un solo delito, en lugar de pluralidad de ellos en concurso, *perjudicaba* al culpable, se encontrara una fuerte resistencia a calificar de delito continuado. Algunas Audiencias, sin embargo, ante la casi impunidad que resultaba de la aplicación de las reglas del concurso, se decidieron a apreciar la continuidad de las distintas acciones y a sancionar como delito único, estimando la defraudación en la suma de las defraudaciones parciales.

El Tribunal Supremo casó las sentencias, estimando los recursos de los defraudadores que, en las reglas del concurso, advertían una eficaz instrumento de defensa. Este es el caso, entre otros, del fallo de 26 de octubre de 1954. En él, nuestro más alto Tribunal se ocupa de la conducta de dos sujetos que, en concepto de agentes de inscripción de una sociedad dedicada al fomento de la construcción, de la industria y la agricultura, hicieron creer a una colectividad de labradores, al objeto de conseguir que contrataran con aquella sociedad, que ésta les anticiparía capitales con la sola garantía personal del

(15) Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, cit., pág. 459.

(16) Con referencia a los delitos contra la propiedad, se exigió, entre otras, en las sentencias de 21 de enero de 1911, 22 de diciembre de 1917, 10 de noviembre de 1927, 1 de abril de 1935 (donde se niega la continuación porque el autor *conocía* que las cosas sustraídas pertenecían a distintos propietarios), 30 de mayo de 1936, 23 de mayo de 1941, 5 de febrero de 1946, 29 de enero de 1949, 18 de octubre de 1949 (que casa la sentencia en la que se había estimado una sola apropiación indebida continuada, y aprecia varios delitos por existir «determinación concreta de las personas perjudicadas»), 29 de noviembre de 1951 (que *fundamenta* la no apreciación de delito continuado en que es distinta la persona perjudicada en cada ocasión).

solicitante, siempre que hubieran suscrito e ingresado una determinada cantidad. Mediante este ardid defraudaron a 61 personas en cantidades que oscilan desde 210 a 3.000 pesetas, importando una suma total de 47.278 pesetas.

La Sala de instancia estimó que los hechos probados eran constitutivos de un delito (continuado) de estafa, comprendido en el número 1 del artículo 529 y castigado en el número 1 del artículo 528. La representación de los procesados recurre en casación alegando que los hechos que se imputan no son constitutivos de un único delito de estafa, con base en que se han realizado en lugares y tiempos diversos y han tenido distintos sujetos pasivos, cada uno de los cuales entregó cantidades diferentes y perfectamente determinadas, «por lo que cada uno de tales hechos constituiría un delito o una falta, según la cuantía de la cantidad entregada». El Ministerio Fiscal apoyó este motivo del recurso.

El Tribunal Supremo declara *haber lugar* al recurso, afirmando en su único considerando que «la teoría del delito continuado no puede tener aplicación en el caso de autos, como con manifiesto error hace en la recurrida la Audiencia de instancia, puesto que de los hechos probados que en ella sienta resultan perfectamente individualizadas 61 infracciones penales de estafa del número 1 del artículo 529 del Código penal, cometidas por los que hoy recurren, con igual número de sujetos pasivos, cada uno de los cuales entregó cantidades distintas y perfectamente determinadas... por lo que cada uno de tales hechos constituiría un delito o una falta según la cuantía de la cantidad entregada» (17).

Incluso cuando el Tribunal Supremo confirma algunas de las sentencias provinciales que han calificado de delito continuado y declara que se da *un solo delito*, tiene buen cuidado de no utilizar la expresión «delito continuado». La *sentencia de 22 de octubre de 1954* es un claro ejemplo de esta actitud (18).

2. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA RESOLVERLO.

El problema planteado no encontraba solución ni en nuestras leyes penales ni en las construcciones jurisprudenciales. Una vez más la patología social de las nuevas formas de vida había sorprendido al Derecho. La ordenación de la convivencia y la necesidad de represión de las conductas *más intolerables* para esa convivencia reclamaban, sin embargo, una solución jurídica, exigencia que en los casos que nos ocupan había trascendido el mundo de los especialistas para adquirir una resonante relevancia social. Las estafas de anticipo para adquisición de viviendas, que habían causado verdaderas tragedias

(17) *Jurisprudencia Criminal*, tomo XXII (1954), págs. 492 y sigs.

(18) *Jurisprudencia Criminal*, tomo XXIV (1954), págs. 69 y sigs.

en multitud de familias humildes, son aireadas por la prensa haciendo del problema una auténtica cuestión social. A pesar de ello, en el plano legislativo no se intenta ninguna reforma que atienda al problema concreto de la casi impunidad de los fraudes colectivos (19), aunque desde que empiezan a producirse se verifican dos revisiones del Código penal, las de 1963 y 1967 (20).

Ante la laguna legislativa, el Tribunal Supremo trata de resolver la espinosa cuestión planteada, produciendo una interesante doctrina que ya hoy podemos detectar en dos direcciones: una, la creación del «delito masa»; otra, modificando considerablemente la construcción del delito continuado.

A) *La creación del delito masa.*

La construcción del delito masa la lleva a cabo nuestro más alto Tribunal a través de un laborioso proceso evolutivo que todavía hoy está sin terminar. No obstante, es ya posible fijar sus pasos más significativos. Su punto de partida se ha señalado (21) en la sentencias de *24 de enero de 1953* y *13 de noviembre de 1954*, pero estos fallos, y otros posteriores, no constituyen más que atrevidos tanteos para superar, frente al caso concreto, «la resistencia» que ofrece el problema de los fraudes colectivos. El ensayo de construcción de una doctrina generalizada, y la misma denominación, no se produce hasta años después, cuando ya la opinión científica ha dado su beneplácito a los primeros intentos jurisprudenciales (22).

a) Estos primeros intentos se encarnan además de en las dos sentencias mencionadas, en las de *2 de octubre de 1954*, *17 de diciembre de 1956*, *31 de enero de 1958* y *3 de febrero de 1958*, que han sido estudiados por A. REOL (23) y F. DÍAZ PALOS (24).

La aportación de estas sentencias a la doctrina del delito masa puede sintetizarse así:

Se empieza distinguiendo entre el lucro global, pretendido y logrado por el sujeto activo del fraude, y los perjuicios individuales sufridos por cada una de sus víctimas, apreciándose *delito único* a pesar de estar concretados estos últimos y ser varios los sujetos

(19) En este plano se arbitra, mediante la *Ley de 27 de julio de 1968*, una solución para otra cuestión planteada por los fraudes colectivos que venimos llamando «estafas de anticipo para adquisición de viviendas en construcción»: la de la insolvencia de los defraudadores. La incriminación que el artículo 6 de esa Ley establece no resuelve el problema que estamos tratando ahora.

(20) Tampoco encara el problema de frente la reciente reforma.

(21) Así lo manifiesta la sentencia de 10 de junio de 1957 (Aranzadi, R., 3148).

(22) Los trabajos de A. REOL, *El sujeto pasivo masa en los delitos continuado y único de estafa*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1958, págs. 21 y sigs., y el de F. DÍAZ PALOS, ya citado, se publican en 1958 y 1960, y en ellos se aplaude la solución jurisprudencial de considerar *delito único* la pluralidad de fraudes que integran el fraude colectivo.

(23) *El sujeto pasivo masa*, cit., págs. 24 y sigs.

(24) *Delito-masa*, cit., págs. 90 y sigs.

pasivos. Así lo hace la *sentencia de 24 de enero de 1953* que castiga como autor de un solo delito de apropiación indebida al que, comisionado por sus compañeros de trabajo, se traslada a Madrid para cobrar diversos jornales y se apropia de la totalidad de ellos. Se rechaza de este modo la estimación de varias faltas, que correspondería apreciar si se tomara en consideración el perjuicio individual sufrido por cada uno de los compañeros defraudados.

Se destacan como elementos esenciales de este delito único, al que años más tarde se llamará delito masa los siguientes: *el subjetivo*, consistente en un único propósito o designio del sujeto activo, que pretende, en primer plano, la obtención de un lucro global, coincidente con la suma de los perjuicios individuales padecidos por los diversos defraudados (25); *el perjuicio total* sufrido por las diferentes víctimas del fraude, no tomándose en consideración como independientes las diversas cantidades defraudadas (26); y *el sujeto pasivo*, integrado por una pluralidad de personas (colectividad) a las que se dirige de modo indeterminado la maquinación fraudulenta del sujeto activo (27).

De estos elementos se configura como fundamental el subjetivo, que pilota la conducta del defraudador, proyectándose tanto sobre la totalidad del lucro, que es lo que pretende, como sobre el sujeto pasivo colectivo. Su intensidad de conexión y conducción es tal que resulta adecuado para hilvanar una pluralidad de acciones en una sola actuación y apreciar un único delito (28). La importancia concedida al elemento subjetivo por la doctrina jurisprudencial hace que DÍAZ PALOS, con apoyo en la *sentencia de 31 de enero de 1958*, afirme que el delito masa se dibuja como *delito de tendencia* (29).

b) Un paso más se da en el año 1966 con las sentencias de 22 de marzo y 3 de mayo. En ellas se siguen considerando esenciales los elementos que hemos encontrado destacados en los fallos anteriores, pero se profundiza en sus características y se añaden nuevos datos.

(25) Así, la *sentencia de 2 de octubre de 1954* (que habla de «un único engaño»), la de 31 de enero de 1958 (que destaca la circunstancia de que la organización engañosa *tiende* a causar un perjuicio general), y la de 3 de febrero de 1958 (que considera los diversos actos del sujeto activo —venta de varias participaciones de lotería sin la debida cobertura—, como expresión varia y diversificada de «un propósito doloso» adecuado para la realización de «un designio defraudatorio»).

(26) Muy significativa es, a este respecto, la *sentencia de 31 de enero de 1958*, que al contemplar la defraudación realizada por una supuesta empresa dedicada al suministro de abonos de nitrato, considera que la organización de una casa vendedora de su clase no es imaginable que tenga por objeto realizar estafas de mínima cuantía, sino que tiende a causar «un perjuicio general».

(27) Las expresiones utilizadas al respecto por el Tribunal Supremo son bastante explícitas. Se habla de «generalidad» de los perjudicados (*sentencia de 2 de octubre de 1954*), de número de personas contra las que indeterminadamente se dirige la organización de la empresa que produce el daño de que se trata (*sentencia de 31 de enero de 1958*), y del designio defraudatorio que no se proyecta sobre persona predeterminada sino sobre «el público en general» (*sentencia de 3 de febrero de 1958*).

(28) En este sentido, F. DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., pág. 92.

(29) F. DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., 94.

En la vertiente del elemento subjetivo (30), se exige que el sujeto no se proponga un lucro de cuantía determinada respecto de cada uno de los patrimonios individualizados contra los que actúa (31), sino la obtención de un lucro global. Es la existencia de este propósito lo que impide fraccionar la responsabilidad del autor porque se trata de «una responsabilidad producida por un dolo de conjunto» (32).

En lo que respecta al sujeto pasivo, se habla ya de «masa o generalidad de personas» a la cual ha de estar referido el «ánimo especial del sujeto» (33). Con referencia a este elemento, se distinguen por primera vez (34) dos diferentes categorías de *masa*: la *masa realidad física*, que se presenta en los delitos contra la propiedad cuando estos gravitan sobre «un patrimonio colectivo en el que se refunden aportaciones individuales», y la masa de sujetos que aparece en los fraudes que nos ocupan, la cual —«por excepción»—, debe ser tomada en consideración como unidad, pese a que se actúe contra patrimonios individualizados, siempre que el sujeto no se proponga un lucro de cuantía determinada.

Resulta más claro que en los fallos anteriores la eficacia del propósito único para estañar en una sola «actuación» los diversos hechos delictivos, que la *sentencia de 22 de marzo* contempla como una *conducta general que obedece a una sola manera de actuar y a un solo designio criminoso*.

c) En el año 1967 se produce la consolidación de la doctrina general sobre el delito que estudiamos. La *sentencia de 14 de abril de 1967* utiliza ya la denominación de «delito con sujeto pasivo masa», que después se empleará como sinónima de «delito masa», aunque no establece doctrina sobre él por haberse renunciado el motivo que planteaba la cuestión (35).

a') La doctrina general se sienta fundamentalmente en los fallos de *10 de junio, 28 de junio y 13 de octubre*.

El primero de ellos (36) se define en cuestiones de tanta trascendencia como la finalidad, fundamento, naturaleza y sujeto pasivo del delito masa, y reitera la doctrina sobre otros elementos destacados ya por anteriores sentencias (perjuicio global, elemento subjetivo, etcétera).

La creación del delito masa se explica por el obstáculo que para una adecuada y justa punición de los fraudes colectivos suponía la exigencia jurisprudencial de unidad de sujeto pasivo en el delito continuado. «Esto motivó —dice la sentencia—, que la más diligente doctrina científica elaborara, con base legal e interpretación justa, la

(30) Al que se llama «sólo designio criminoso» y «propósito de conjunto» en la *sentencia de 22 de marzo de 1966* (Aranzadi, R., 1378).

(31) *Sentencia de 3 de mayo de 1966* (Aranzadi, R., 2231).

(32) *Sentencia de 22 de marzo de 1966*.

(33) *Sentencia de 22 de marzo de 1966*.

(34) En la *sentencia de 3 de mayo de 1966*.

(35) Aranzadi, R., 1696.

(36) Aranzadi, R., 3148.

nueva figura que demandaban las necesidades prácticas y el sentido-espiritual que domina la dogmática penal, del delito patrimonial genéricamente denominado delito masa».

El *fundamento* aparece claro al hablar uno de los considerandos de la finalidad de la creación de la figura: «*Para castigar más gravemente de como se venía haciendo con la técnica ordinaria, la conducta del agente provista de una superior culpabilidad... pues de fraccionarse la actuación en diversas faltas o delitos de ínfima cuantía, actuando los artículos 69 y 70, Regla 2.ª del Código penal, con el sistema mixto de acumulación de penas dentro de la pluralidad de delitos, se produciría una práctica impunidad de hechos graves que, por su alcance material y la perversidad dolosa que demuestran con la tendencia de su autor, merecen trato más severo, en especial por su trascendencia social y ataque profundo al sistema de orden y buena fe que preside las relaciones humanas en su justo desenvolvimiento*».

En lo que a la *naturaleza* de la figura se refiere, el Tribunal Supremo rechaza su contemplación como ficción jurídica para afirmar que se trata de una unidad natural: «*Debiendo advertirse que no es una ficción jurídica* contraria al humanitario principio «pro reo», sino que *es un ente jurídico o realidad natural con vida propia*, que deriva de una realidad dolosa dirigida certeramente al logro de un fraude o perjuicio colectivo de sujetos indeterminados plurales, que se captan *a priori* en la intención delictiva, planificada, del autor».

El *sujeto pasivo* se caracteriza como «un grupo de sujetos no vinculados entre sí en haz jurídico común, pero relacionados en armónica unión circunstancial o esporádica por vínculos debidos a sentimientos o intereses idénticos, con defraudación económica consiguiente de esta unión sin personalidad o informal». Como esta defraudación se realiza mediante un engaño común para todas esas personas, se produce *en tal situación* «un exclusivo o único sujeto pasivo de la infracción delictiva, a pesar de que pudieran conocerse y determinarse los perjuicios de cada uno de ellos» (37).

La *sentencia de 28 de junio de 1967* (38) perfila el elemento sub-

(37) Los hechos contemplados por esta sentencia son los siguientes: El propietario de una empresa de supermercados concibe, con ánimo de lucro y en concierto con tres empleados, el plan de operar en tres pueblos diferentes, y en distintos días, con un camión, vistiendo uniformes que inducían a confusión con los de la Guardia Civil, asegurando públicamente tener carácter oficial y haber recibido consignas del Gobierno para remediar en las gentes humildes las consecuencias producidas por unas recientes inundaciones, ofreciéndoles en venta por 1.200 pesetas un lote de ropas valorado realmente en unas 763 pesetas. Les anunciaba además que dentro del lote se incluía un colchón «Flex», cuya entrega quedaba aplazada para la tarde o para el día siguiente, en que otro camión llevaría los colchones. Esta última promesa, como estaba previsto en el plan del autor, no se cumplió, pues la falsa entrega de colchones no era otra cosa que la superchería de que se servía para llevar a error y defraudar a los compradores. En cada uno de los pueblos defraudaron a numerosas personas.

(38) Aranzadi, R., 3442.

jetivo y hace por primera vez referencia a la vertiente del injusto en el delito masa.

El elemento subjetivo, «designio defraudatorio que no se refiere a persona alguna determinada», se describe en la sentencia de esta forma: «El sujeto activo, con unidad de propósito y planificación, concibe como destinatarios no a los sujetos pasivos singulares titulares de las participaciones que de cada uno de ellos se pretende lograr, sino a la masa de todos ellos, productora de lucro conjunto y unitario que se pretende obtener».

En la vertiente del injusto se toma en consideración, además del interés patrimonial lesionado, «la repercusión social de esta clase de actos» y «la seguridad con que una gran parte de la masa de ciudadanos españoles adquiere la lotería nacional, con una confianza que no es lícito ni tolerable defraudar» (39).

La *sentencia de 13 de octubre de 1967* (40), además de reiterar lo que ya hemos visto consignado sobre el fundamento del delito masa, aporta un concepto del mismo, que resume sus elementos, y se ocupa de la interesantísima cuestión que la creación del delito masa suscita en relación con la vigencia del principio de legalidad.

Se ofrece un concepto, al decir que estamos ante el delito masa «cuando la acción y la culpabilidad del delincuente sean debidas a un querer premeditado y planificado a medio de un dolo exclusivo y unitario, que se desarrolla materialmente con la puesta en marcha de una actuación organizada contra diversas personas, atacadas a la vez o escalonadamente, a medio de un engaño común para todas, que son afectadas en su buena fe conjunta, como grupo de sujetos no vinculados entre sí en haz jurídico común, pero relacionados en armónica unión circunstancial, esporádica o sin personalidad, por vínculos debidos a sentimientos o intereses idénticos, cuando aquella voluntad activa y antijurídicamente se dirija finalísticamente a alcanzar un resultado total, distinto de las cantidades económicas individuales que parcialmente lo compongan».

Planteada en el recurso que motiva esta sentencia la cuestión que hemos señalado en torno al principio de legalidad, el Tribunal Supremo niega que la creación jurisprudencial del delito masa infrinja el dogma legalista, razonando con detenimiento su postura (41).

(39) La sentencia contemplaba la venta de participaciones de lotería sin la debida cobertura, y cuyo acto fueron defraudadas una pluralidad de personas.

(40) Aranzadi, R., 4532.

(41) «Al aceptar como reiteradamente ha aceptado esta Sala... la figura del delito de fraude colectivo, no ha realizado una función incriminatoria judicial o de tipificación prohibida y lesiva del dogma legalista, base de todo Estado de Derecho, ni ha desconocido el contenido de los artículos 1, 2 y 23 del Código penal, abrogándose facultades legislativas que sólo al legislador corresponden, sino que su función ha consistido en aplicar un tipo abstracto adaptándolo al caso concreto, acogiendo en él lo imprevisto expresa o intelectualmente por el legislador, pero que no rechazó, y que la vida ha hecho surgir imperiosamente en el ámbito delictual, por lo que, actuando en función interpretativa, sin alterar el humanitario principio «pro reo» ni crear una

b') Sentada la doctrina general, los fallos posteriores del año 1967 aportan contribuciones de interés para la aclaración de algunos de los elementos perfilados en las sentencias anteriores. Así la de *16 de octubre* recoge la doctrina que ya conocemos sobre el perjuicio que ha de tomarse en cuenta para la determinación de la pena, insistiendo en que «comprende la suma de lo percibido de los desposeídos en el momento de la consumación (42); y la de *13 de noviembre* señala que el delito masa puede realizarse mediante una acción o varias acciones, reiterando que lo esencial para la calificación es la existencia de unidad de ideación criminal y del unitario propósito delictivo (43).

d) La jurisprudencia aparecida con posterioridad al año 1967 se limita a reiterar la doctrina general establecida, sin adoptar nada que modifique o extienda la construcción ya elaborada. De este tenor son las sentencias de *31 de mayo de 1968* (44), *7 de junio de 1968* (45), *16 de enero de 1969* (46), *12 de febrero de 1969* (47), *19 de febrero de 1969* (48) y *19 de enero de 1970* (49).

B) *La moderna doctrina jurisprudencial sobre el delito continuado.*

Al mismo tiempo que se producía la evolución doctrinal que acabamos de señalar, el Tribunal Supremo iba modificando algunas de sus directrices tradicionales sobre el delito continuado, apoyando este

ficción jurídica, sino aceptando un ente jurídico o realidad natural con existencia genuina, lo único que efectuó fue agrupar por el propósito uniforme del sujeto activo la total entidad económica defraudada, y deseada conseguir en intención final, con independencia de las fracciones de perjuicio individual que constituyeran sus sumandos, *para lo que no creó tipos sino que aplicó los existentes*, y concretamente el de la estafa, que manda atender a los efectos de la penalidad fijada en el artículo 528 a la entidad valorativa de lo defraudado, pero que no impone que el perjuicio tenga que pertenecer a un solo sujeto o a una agrupación de aquéllos, y aunque lo normal sea lo primero, al afectarse por lo común con dicha infracción derechos individuales, puede sin embargo suceder, cuando los agravios materiales sean múltiples y obedezcan a una sola voluntad delictiva que lesione a una clientela ignorada en su conjunto, que hayan de agruparse las defraudaciones parciales en una sola, por resultar en lo penal primordial el sentido espiritual y voluntarista de la actuación humana para configurar las infracciones de acuerdo a lo pretendido por el delincuente, *actuando con tal solución el juzgador con arbitrio permitido y no con arbitrariedad creadora de tipos analógicos* que le resulta prohibida, ya que tomando el delito de estafa ha sido absolutamente respetuoso con sus requisitos, y ha entendido que la defraudación lograda es la de una masa de perjudicados, *que el tipo permite, pues en absoluto su dicción construye a la individualización de los perjuicios por cada sujeto al nada establecer positiva ni negativamente y que el juzgador puede integrar con arreglo al ánimo delictual y necesidades sociales».*

(42) Aranzadi, R., 3740.

(43) Aranzadi, R., 5031.

(44) Aranzadi, R., 2768.

(45) Aranzadi, R., 2858.

(46) Aranzadi, R., 206.

(47) Aranzadi, R., 899.

(48) Aranzadi, R., 1058.

(49) Aranzadi, R., 17.

cambio de rumbo en que «la doctrina del delito continuado es una institución en que por su origen y finalidad no tiene establecida una base dogmática fija e inamovible y una configuración cerrada e inasequible a las circunstancias del caso que se contemple en cada resolución, y que en cierto modo se encuentra en permanente evolución, porque los tribunales tienen los principios jurídicos para buscar en la práctica la realización de la justicia e implantar la defensa social que, como primaria obligación, tienen encomendada» (50).

De esa moderna doctrina interesa destacar aquí, por la repercusión que pueda tener en la determinación de confines entre el delito continuado y el delito masa:

a) La declaración sobre el fundamento del delito continuado, rechazando expresamente que sea una razón de pura humanidad en beneficio del reo y admitiendo que puede apreciarse la continuidad tanto si de ella resulta una pena más favorable como si da lugar a una sanción más grave. La *sentencia de 24 de noviembre de 1969* (51), recogiendo fallos anteriores, es suficientemente explicativa al respecto: «Las modernas orientaciones doctrinales relativas al delito continuado han dejado de tener una fundamentación *pietatis causa* para dar paso a concepciones más técnicas y adecuadas que conciben la existencia de un solo delito cuando se da una sola ideación criminosa y plurales manifestaciones ejecutivas de la misma, y sin que se deba influir ni trascender si el calificar la conducta antijurídica penal del acusado como delito continuado le favorece o perjudica a fines punitivos, pues lo que en definitiva importa es el acierto calificador que no debe, por meras consideraciones pietistas, encuadrar como simples faltas lo que claramente se refleja delictivo» (52).

b) Dejar de considerar requisito esencial la unidad de patrimonio perjudicado, siempre que existan los demás elementos que configuran el delito continuado. Así lo declaran las *sentencias de 22 de marzo de 1966* (53) y de *5 de abril de 1967* (54).

(50) Así lo declaran, entre otras, las *sentencias de 22 de marzo de 1966* (Aranzadi, R., 1378) y *5 de abril de 1967* (Aranzadi, R., 1419). Hay que advertir que junto a la nueva orientación que se apunta, son muchos los fallos que siguen manteniendo la doctrina tradicional.

(51) Aranzadi, R., 5565.

(52) Se recoge idéntica doctrina, entre otras, en las *sentencias de 22 de marzo de 1966* (Aranzadi, R., 1378), *24 de noviembre de 1966* (Aranzadi, R., 5285), *8 de junio de 1967* (Aranzadi, R., 3050), *30 de septiembre de 1967* (Aranzadi, R., 3366), *16 de octubre de 1967* (Aranzadi, R., 4574), *28 de enero de 1968* (Aranzadi, R., 593), *3 de mayo de 1968* (Aranzadi, R., 2360), *19 de junio de 1968* (Aranzadi, R., 3035), *4 de diciembre de 1968* (Aranzadi, R., 5128), *12 de febrero de 1969* (Aranzadi, R., 899), *19 de febrero de 1969* (Aranzadi, R., 1058), *24 de marzo de 1969* (Aranzadi, R., 2091), *23 de septiembre de 1969* (Aranzadi, R., 4147) y *30 de septiembre de 1969* (Aranzadi, R., 4658).

(53) «... que la doctrina del delito continuado no puede dejar de aplicarse si lo reclaman altos intereses, aunque falte algún requisito de los comúnmente admitidos, como falta en este caso el de la unidad de patrimonio perjudicado» (Aranzadi, R., 1378).

(54) «... porque la razón principal que da el recurso contra la aplicación

c) La reiteración de la jurisprudencia anterior, muy criticada por la doctrina científica (55), que apreciaba el delito continuado cuando era imposible individualizar las diversas infracciones cometidas por un solo sujeto, y rechazaba la continuación delictiva cuando los actos estuvieran perfectamente diferenciados. Entre las muchas sentencias que en este sentido se manifiestan, son suficientemente explicativas las de *25 de mayo de 1968* (56) y *16 de octubre del mismo año* (57). En este punto es de advertir que son varios los fallos que en los dos últimos años parecen romper con esta orientación, pero la nueva línea no puede recibirse todavía como «doctrina jurisprudencial».

d) El acento culpabilista que se pone en la construcción del delito continuado, destacándose la unidad de propósito o ideación criminal como requisito esencial. La sentencia de *24 de marzo de 1969* resume esta doctrina con suficiente claridad: «Desfasadas antiguas concepciones sobre el llamado delito continuado, esta Sala viene manteniendo ya reiteradamente que lo que caracteriza a esta peculiar figura delictiva es la existencia de un único propósito y una común ideación delictiva, desenvuelta en una serie de manifestaciones ejecutivas del inicial pensamiento criminoso» (58).

Este último matiz, sobre todo, acerca considerablemente las figuras del delito masa y del delito continuado planteando el problema de límites a que hemos aludido y que más adelanté estudiaremos.

de la doctrina del delito continuado es la falta del requisito de la unidad de patrimonio perjudicado, que ha venido exigiendo generaltente la doctrina de esta Sala. sobre lo cual es de sentar... que tal doctrina no puede dejar de aplicarse si lo reclaman altos intereses, aunque falte algún requisito de los comunmente exigibles, si concurren otros principales, como en este caso ocurre, que reclaman su aplicación».

(55) Cfr. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, 2.^a edición, Madrid, 1971, págs. 693 y sigs.

(56) «... pues la agrupación en un solo delito continuado de varias actividades delictivas del mismo sujeto, obedece a la necesidad de que no queden sin sanción, cuando no es posible reunir detalles para aislar los distintos actos y castigarlos separadamente» (Aranzadi, R., 2639).

(57) «... la doctrina del delito continuado descansa en un presupuesto de facto ineludible, la imposibilidad de individualizar las diversas infracciones cometidas por un solo sujeto, enjuiciándose entonces, no actos aislados que no constan, sino una conducta con un resultado que se ofrece como materia punible, resumen de una actividad delictiva integrada por una suma de actos penalmente indeterminados» (Aranzadi, R., 4313).

(58) Aranzadi, R., 2091. En el mismo sentido, la *sentencia de 19 de febrero de 1969* declaró: «Recientes y numerosas decisiones de esta Sala, aparte otros matices o condiciones secundarias, han configurado el delito continuado a base de dos esenciales requisitos: unidad de propósito criminoso o de ideación criminal y pluralidad de manifestaciones ejecutivas de este único propósito» (Aranzadi, R., 1058).

II. EL DELITO MASA

1. CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO.

A) De la doctrina jurisprudencial contemplada resulta extremadamente claro un particular: la creación del delito masa no surge como categoría general, aplicable a cualquier clase de infracciones. Al menos por ahora, está referida a los fraudes colectivos, sin que ello suponga que en el futuro quede restringida su aplicación a tan concreta área (59). Esa limitación habrá de reflejarse necesariamente en el concepto que del delito masa pueda ofrecerse (60). Se dará éste siempre que *el sujeto activo, mediante una sola acción o por varias acciones que, consideradas independientemente, constituiría cada una de ellas un delito o falta, pone en ejecución un designio criminal único encaminado a defraudar a una masa de personas, cuyos componentes individuales, en principio indeterminados, no están unidos entre sí por vínculos jurídicos.*

Aunque dependiendo de lo que se entienda por unidad de acción, problema altamente polemizado como es sabido, admitimos la posibilidad de que el delito masa sea realizado tanto por una sola acción como por varias acciones. Cuando ocurra lo primero, aparecerá como excepción al concurso ideal de delitos; cuando sean varias las acciones que lo integran, será excepción del concurso real. Ambas posibilidades han sido admitidas por la doctrina científica y la jurisprudencia (61).

La consignación en la fórmula definitoria de que el designio criminal del sujeto se oriente *a defraudar* a una masa de personas, precisa la exigencia de identidad de precepto penal violado. La amplitud de ese vocablo permite agrupar entre las diversas acciones a las que sean distintas en lo cuantitativo siempre que resulten idénticas en lo cualitativo, según se expondrá con más detalle al tratar de los elementos del delito masa.

B) De entrada, la naturaleza jurídica del delito masa presenta la debatida cuestión de si se trata de una unidad real o si estamos ante una ficción jurídica a la que ha recurrido la jurisprudencia con una concreta finalidad práctica: castigar con una pena adecuada cuando

(59) La importancia del *sujeto pasivo masa* en lo que se apunta como «delitos contra la economía de los grandes grupos», se pone de manifiesto recientemente por el Fiscal del Tribunal Supremo en la «Memoria» elevada al Gobierno el 15 de septiembre de 1971, con motivo de la apertura de los Tribunales.

(60) En 1960, DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., pág. 74, distinguió, como una subespecie del delito masa, el «delito masa de fraude colectivo», haciendo observar que era «el único contemplado hasta ahora por nuestro Tribunal Supremo, por ser, sin duda, el caso de más fácil proliferación». En la actualidad —once años después de la publicación del trabajo del hoy Magistrado del Tribunal Supremo—, puede hacerse idéntica observación. También la *sentencia de 10 de junio de 1967* habla de «delito masa y muy particularmente su especie de fraude colectivo».

(61) DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., pág. 84.

no resulte así la que deriva de la aplicación de la normativa del concurso de delitos. En otros términos, ¿es lo que llamamos «delito masa» una unidad con la que se han encontrado los Tribunales y simplemente *lo han declarado así*, o encierra una pluralidad de delitos que los Tribunales *han considerado* delito único con la finalidad concreta a que antes hemos aludido?

En los fallos producidos por nuestro más alto Tribunal se utilizan diversas expresiones para dibujar la naturaleza del delito masa, algunas de ellas contradictorias; todas van encaminadas a dejar bien claro un extremo: que el delito masa no es una ficción jurídica. ¿Puede aceptarse esta tesis jurisprudencial? ¿Es el delito masa una unidad real?

Creo que puede afirmarse así, no sólo en la hipótesis en que el delito único se ejecute a través de una sola acción natural, sino también cuando se desarrolle mediante una pluralidad de acciones. El factor que produce esa unidad real es el elemento subjetivo, el designio criminal único, que opera de abrazadera de las distintas conductas. Este designio, como más adelante veremos, no está constituido por el acto de voluntad, que es diferente en cada acción, sino por la premeditada ideación de todo el plan defraudatorio y de su global resultado, por *un dolo único* o, como dice la sentencia de *31 de mayo de 1968* (62), por «idéntico mecanismo defraudatorio». Es este mecanismo defraudatorio único lo que, ya en el plano prejurídico, en la realidad fáctica, constituye en unidad real el fenómeno que llamamos delito masa. No se finge, pues, una unidad porque no se puede fingir la existencia de lo que ya existe. Cuando en el plano jurídico se valora como *un solo delito*, como unidad, el conjunto de acciones orientadas por un único designio a defraudar a una masa de personas, no se hace más que admitir lo que ya existe como unidad en el plano prejurídico.

Otra cuestión que se presenta al intérprete respecto a la naturaleza del delito masa es la de establecer los límites entre éste y el continuado. En la mutación que sobre el último ha experimentado la doctrina jurisprudencial, se ha podido advertir que ambas figuras se han acercado considerablemente, hasta el punto que la sentencia de *6 de febrero de 1970* (63) llega a decir que el delito masa es «una figura peculiar del delito continuado» (64). ¿Existen, después de la aludida evolución, criterios diferenciales válidos para distinguir el delito masa y el delito continuado? Y si la respuesta es afirmativa, ¿en qué relación se encuentran una y otra figura? La cuestión apuntada se nos convierte así en dos problemas distintos.

Respecto al primero, pienso que existen suficientes elementos para distinguir el delito masa del delito continuado, incluso en aquellos

(62) Aranzadi, R., 2768..

(63) Aranzadi, R., 889.

(64) «... cabe ya desde este momento entender que posiblemente nos encontramos ante un «delito masa», figura peculiar del delito continuado. en que...».

supuestos de continuación en los que el autor ha contado *ab initio* con el logro del resultado total de las acciones que va ejecutando de manera gradual como el mejor medio de conseguir la meta que se ha propuesto. La línea diferencial se hallará en los siguientes puntos:

a) En el contenido del elemento subjetivo. En el delito masa el autor ha de representarse al sujeto pasivo como una colectividad formada por personas indeterminadas (masa), con absoluta indiferencia para las individualidades concretas que componen la masa. En el elemento subjetivo del delito continuado no se contiene esa representación del sujeto pasivo.

b) En el presupuesto material. El delito masa puede realizarse por una sola acción, hipótesis que se rechaza para el delito continuado; exige éste también una sucesión gradual o continuación entre las distintas acciones, circunstancia que no se precisa en el delito masa.

c) En el sujeto pasivo. Este ha de ser en el delito masa necesariamente «una masa de personas». Es obvio que en el delito continuado no se da este requisito, excluyéndose la continuación cuando se acredite que el sujeto pasivo es una masa de personas, y que como tal masa, figura en la ideación unitaria del sujeto activo. Es cierto que en la actualidad el Tribunal Supremo —separándose de la doctrina mantenida tradicionalmente—, admite el delito continuado aunque el sujeto pasivo no sea único pero ello no quiere decir que pueda apreciarse cuando esa pluralidad haya sido concebida por el autor como una masa.

Resulta, pues, que delito masa y delito continuado son figuras distintas y perfectamente diferenciables, pero, ¿puede decirse que el primero «es una figura peculiar del delito continuado»? En la conformación que les ha dado hasta ahora la doctrina jurisprudencial, creo aparecen más bien como modalidades o formas distintas de un mismo género, de una categoría de «delito único» al que ha recurrido la jurisprudencia para extraer de la disciplina del concurso de delitos una serie de supuestos que, sometidos a ella, no encontrarían tratamiento adecuado. Esa categoría de delito único se ha manifestado hasta ahora en dos formas: el delito continuado y el delito masa.

C) Lo que tenemos dicho sobre la naturaleza del delito masa, nos lleva a la cuestión de su fundamento y finalidad. Nace —según hemos adelantado—, para castigar con penas más adecuadas a la entidad delictiva del hecho, habida cuenta de que la aplicación de las reglas del concurso no proporcionaba la sanción adecuada. En otras palabras —y como ha apuntado expresamente alguna sentencia—, lo establecido para el concurso del delito, y especialmente la limitación impuesta por la Regla 2.ª del artículo 70 del Código penal, obligaba a imponer una pena extremadamente suave, llevando a la casi impunidad de los fraudes colectivos. Se busca entonces con la construcción del delito masa castigar con pena mayor unos hechos que, globalmente considerados, representan también una mayor gravedad en relación con la concurrencia normal de diversos delitos.

¿Es realmente el delito masa un delito más grave? ¿Merece su autor una mayor sanción que la que corresponde a quien realiza una pluralidad de acciones constitutivas de concurso de delitos según el Derecho positivo? Como se ha podido ver, el Tribunal Supremo ha contestado afirmativamente, fundamentando esa mayor gravedad en una mayor culpabilidad del sujeto y en un mayor contenido del injusto. La doctrina científica también lo ha entendido así. DÍAZ PALOS cree que «se da una mayor antijuridicidad y culpabilidad en el agente, al abarcar desde un principio la multiplicidad de efectos por su acción, y contar con esa mayor extensión del delito para sus propios fines (65).

La tesis es perfectamente admisible; la conducta típica y antijurídica le es más reprochable a su autor, precisamente por haber abarcado desde un principio como un todo los resultados dañosos que había de originar su conducta. No se monta una ficticia inmobiliaria para defraudar a un solo comprador, sino para hacerlo con muchos, para defraudar a todos los que se dejen engañar por el espejuelo que se pone en escena. Este particular tiene trascendental importancia en el área de los delitos de estafa, en la que orbitan los fraudes colectivos, habida cuenta de que su mayor o menor gravedad, y la consiguiente sanción, se determina en función de la cantidad económica defraudada. Es también mayor el contenido del injusto, no sólo por la pluralidad de patrimonios y sujetos perjudicados, sino porque en la mayoría de los casos el fenómeno que estudiamos comporta una lesión pluriobjetiva, suponiendo un atentado no sólo contra el patrimonio de cada uno de los perjudicados, sino además contra otros intereses que merecen protección jurídica, aunque no siempre sean intereses *penalmente* protegidos, como erróneamente parece entender alguna sentencia.

La afirmación de la mayor gravedad del delito masa, y la aseveración, que contiene entre otras la sentencia de 10 de junio de 1967 al decir que su construcción se hace «para castigar más gravemente de como se venía haciendo con la técnica ordinaria», llevan aparejada una fatal consecuencia: cuando la apreciación del delito único conduzca a una pena más suave de la que correspondería apreciando pluralidad de delitos, es este último tratamiento el que debe aplicarse. Lo contrario sería traicionar la finalidad de la institución, expresamente confesada por la doctrina jurisprudencial.

Esta consecuencia no resulta simpática, pero la creemos obligada después de las consideraciones que sobre el fundamento del delito masa hace el Tribunal Supremo. Lo que ello pueda tener de incierto puede paliarse «legalizando» el delito masa, esto es, haciéndolo carne de ley positiva, definiéndolo y precisando sus requisitos. La previsión de su exclusiva aplicación *in pejus* debe aparecer, por supuesto, en la fórmula legal. También para el delito continuado se ha pedido esa

(65) DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., pág. 89.

incorporación a la ley y, como es sabido, son muchos los Códigos penales que lo han incorporado.

2. ELEMENTOS.

Conforme a la definición de que hemos partido, los elementos del delito masa son: el *elemento subjetivo* o unidad de plan criminal; el *presupuesto material*, constituido por la pluralidad de acciones en unos casos o por una pluralidad de actos integrantes de una sola acción, en otros; la *unidad de precepto penal violado*, y el *sujeto pasivo masa*.

A) El primero es el de mayor importancia, pues es el que distingue el delito masa de los supuestos de concurso de delitos, y el que justifica el tratamiento distinto que le corresponde. La doctrina jurisprudencial lo ha visto así hasta el punto de declarar, en la sentencia de 13 de noviembre de 1967, que «es esencial para calificar la unidad o pluralidad de las infracciones penales determinar si hubo un solo propósito delictual con variedad de actos de ejecución o si, por el contrario, cada acto de material ejecución fue precedido de una independiente resolución para delinquir». En consecuencia, será esencial para quien alegue la existencia del delito masa *probar* la unidad de propósito delictual; si este dato no puede acreditarse, sobrará cualquier discusión ulterior. La prueba no ofrece mayores dificultades; las mismas características de la *mise en scene* pondrán de manifiesto que el autor no se ha propuesto operar sobre un solo perjudicado sino sobre una masa de personas.

Consiste el elemento subjetivo en un designio defraudatorio único que se orienta a obtener un lucro económico global y unitario, integrado por la suma de las cantidades en que resulten perjudicadas una generalidad de personas, cuyas individualidades no interesan al sujeto. Empleamos el vocablo «designio», utilizado en alguna sentencia, en la acepción que le confiere el Diccionario de la Lengua, como «propósito del entendimiento aceptado por la voluntad». Creemos que pone de manifiesto la función del elemento subjetivo mejor que las expresiones «unidad de ideación», «de propósito», o «de resolución» que aparecen en algunos fallos.

Contenido de este designio serán, por lo pronto, la representación en la mente del sujeto del *lucro global a obtener*, con indiferencia para los lucros individuales que constituyen meros sumandos del lucro total (66), y la representación de la pluralidad de sujetos perjudicados como una masa (una unidad), de modo que el autor no concibe como destinatarios de su plan criminal a las distintas individualidades:

(66) Con suficiente claridad lo ve así la *sentencia de 22 de marzo de 1966* al decir que los procesados «se proponían, mediante la realización en ingente cantidad de pequeñas faltas, realizar un *ilícito lucro importante a millones de pesetas*, tal vez con el estudiado procedimiento de que cada hecho delictivo no excediese de ser una simple falta, en burla de la justicia y en fraude del sentido común».

que la componen. Ve la pluralidad de sujetos y los distintos perjuicios individuales como desde una gran altura ve el observador el bosque, como una mancha de color verde, sin distinguir los diferentes árboles que lo integran. En relación con esa representación, la voluntad del sujeto se dirige a defraudar la masa y a obtener el lucro global (67).

Además de ello, forma parte del contenido del designio el plan de actuación, la ejecución material de la total defraudación. En este punto, la doctrina de nuestro más alto Tribunal no ha sido lo suficientemente explicativa. ¿Qué es lo que ha de representarse el agente? ¿Las distintas acciones naturales? ¿Las diversas ofensas típicas, las violaciones jurídicas? Entiendo que el agente se representa las distintas defraudaciones y no las conductas naturales. Las diferentes estafas que van a permitirle apropiarse de la total cantidad defraudada y no las distintas acciones naturales que son soporte de cada una de las defraudaciones (68). Todas las defraudaciones que constituyen el desarrollo del designio criminal no es preciso que se las represente el sujeto como necesarias, algunas basta con que le aparezcan de modo eventual, como probables y no como ciertas.

Así concebido el designio único que constituye el elemento subjetivo del delito masa, pertenece al área de la culpabilidad y no debe identificarse con el acto de voluntad del cual cada conducta corporal particular es manifestación. Los diversos actos de voluntad de las distintas acciones tienen en común su referencia al designio criminal único, en él encuentran su motivación. En esto reside la eficacia unificadora del designio, su función de abrazadera de una pluralidad de defraudaciones.

La afirmación de que forman parte del contenido del designio criminal las diversas defraudaciones que el sujeto se propone realizar, nos obliga a preguntarnos: ¿Deben recogerse necesariamente en el designio único, trazado *ab initio*, todas y cada una de las defraudaciones que integran el delito único? En otros términos: si con la falsa inmobiliaria se propuso el autor anunciar la venta de un edificio de seis plantas que totaliza 18 viviendas, y una vez iniciada la operación, al comprobar «lo bien que va el negocio», piensa en ampliarlo, vendiendo seis pisos más, pretextando que se ha ampliado en dos plantas el edificio, ¿estaremos ante un solo delito masa o ante dos, formado el segundo por las seis defraudaciones «ideadas» *a posteriori*? Entiendo que la última será la solución correcta, no sólo por la finalidad agravatoria de la institución, sino, sobre todo, porque

(67) La *sentencia de 13 de octubre de 1967* precisa este extremo: «... pues evidentemente su propósito era único y dirigido finalísticamente a conseguir, no pequeñas cantidades de personas distintas, sino un logro conjunto e importante, haciéndose dueños de una totalidad de intereses, lesionando a desconocida clientela, que fue objeto de un solo engaño».

(68) En el mismo sentido, en lo que se refiere al delito continuado, V. ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, Milano, 1970, pág. 42, quien cree que el objeto del designio criminal único son las ofensas típicas de los singulares delitos.

lo que da lugar al delito masa es la unidad de ideación, y en el supuesto que estamos contemplando no hay una ideación sino dos.

Distinta será la solución cuando no se haya determinado previamente el número de defraudaciones en que va a desarrollarse el propósito delictual (se propone el sujeto lanzar tantas participaciones de lotería sin cobertura como pueda vender, por ejemplo), habida cuenta de que basta con que el sujeto se haya representado como probables algunos de los resultados. Lo mismo habrá que pensar cuando el plan haya sido acordado por varias personas y en su ejecución se producen desviaciones del plan, impuestas por algunos de los coautores. Si en la previsión trazada pueden entrar las nuevas modalidades como probables, no habrá ruptura de la unidad de designio; en caso contrario, no podrá hablarse de una sola ideación.

No debe ser relevante para romper esa unidad la entidad del tiempo transcurrido entre las distintas defraudaciones, pues lo importante es que todas estén insertas en el hilo de un mismo plan criminal por un único designio defraudatorio. Tampoco debería romper esa unidad la circunstancia de que algunas defraudaciones se lleven a cabo en lugares distintos. No parece ser este el criterio del Tribunal Supremo a juzgar por las sentencias de *10 de junio de 1967*, *7 de junio* y *31 de mayo de 1968*, de las que se desprende que la ejecución del mismo plan criminal parte en un pueblo y fecha y parte en otro da lugar a distintos delitos. Si en la primera de ellas contribuye a la escisión la presencia de distintos coautores, esta circunstancia no se da en la de 31 de mayo de 1968, en la que se sigue igual orientación.

B) El presupuesto material del delito masa puede estar constituido por una pluralidad de acciones o por una sola acción, desarrollada en varios actos distintos. En este sentido se ha pronunciado la doctrina, señalando DÍAZ PALOS que «el sujeto pasivo colectivo característico de esta figura, puede ser ofendido, bien por una sola y propia acción, bien por una pluralidad de actos integrados en una acción por virtud de la misma resolución criminal bien por una serie distinta de acciones, constitutivas, sin embargo, de un dolo delito» (69).

La determinación de cuándo estamos ante el delito masa de una sola acción y cuándo ante el formado por varias acciones, dependerá del criterio que se adopte ante el problema de la unidad de acción. La doctrina del Tribunal Supremo ha seguido un criterio amplio que le ha llevado a declarar que existe unidad de acción en la mayoría de los casos que ha contemplado. Se ha optado por el criterio que propugnara, entre otros autores, F. ANTOLISEI, según el cual se está ante una sola acción cuando «los actos, además de ser guiados por una sola finalidad, se desenvuelvan en un único contexto» (70). Unidad de fin y unidad de contexto son, pues, los requisitos necesarios para que pueda afirmarse que existe una sola acción.

(69) DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., pág. 85.

(70) F. ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (trad. de A. Torío), Buenos Aires, 1960, pág. 166.

Consecuencia de este criterio es que el Tribunal Supremo haya estimado existe una sola acción: cuando los procesados adquirieron cinco billetes de la lotería nacional, hicieron innumerables participaciones de 100 pesetas cada una, en valor muy superior a la cobertura, y las enviaron contra reembolso de 114,20 pesetas a numerosísimas personas desconocidas de toda España, llegando a conseguir una recaudación aproximada mínima de unas 500.000 pesetas en su propio beneficio, pasando de 3.660 los sujetos que fueron perjudicados (sentencia de 13 de octubre de 1967); y en las distintas ventas fraudulentas realizadas en un mismo pueblo y en la misma fecha (en las sentencias de 10 y 27 de junio de 1967 y 31 de mayo y 7 de junio de 1968, que ya hemos citado). También es consecuente con la indicada doctrina que se haya entendido hay «un solo propósito desenvuelto en sucesivas actuaciones» cuando el procesado, después de llegar a una clara y anterior situación de desequilibrio económico, oculta éste y defrauda a los que confiadamente le entregaban por anticipado cantidades por arriendos y compraventas, prácticamente irrealizables por las cargas que sobre lo construido ya pesaban (sentencia de 13 de noviembre de 1967).

El criterio mantenido por el Tribunal Supremo no es censurable, pero no debe llevarnos a pensar que es imposible la comisión del delito masa a través de varias acciones. En los casos contemplados por el Tribunal Supremo hay algunos de evidente pluralidad de acciones por muy amplio que sea el criterio que se adopte para distinguir entre la unidad y la pluralidad.

Lo que sí puede ser objeto de censura es la imprecisión terminológica que se advierte, presentando no pocas dificultades averiguar si la sentencia considera que hay una sola infracción (delito masa) constituido por acción única desenvuelta en varios actos, o si estima que esa única infracción ha sido realizada mediante varias acciones. Existe confusión en expresiones como: «obedeciendo a una sola *manera de actuar*» (sentencia de 22 de marzo de 1966), «*actividad única*» (sentencia de 10 de junio de 1967), «un solo propósito desenvuelto en *sucesivas actuaciones*» (sentencia de 13 de noviembre de 1967), «... se parte de una unidad de ideación delictiva y de *una serie de medidas de ejecución* del unitario propósito» (sentencia de 6 de febrero de 1970). Una mayor precisión, empleando términos como «acción» y «acto» adoptados por la doctrina más solvente, contribuiría a clarificar muchos extremos de la construcción jurisprudencial del delito masa.

C) Las distintas acciones o los diversos actos han de constituir violaciones del mismo precepto penal. La unidad de precepto penal violado constituye el tercer elemento del delito masa y la conexión objetiva que, junto a la conexión subjetiva (la unidad de designio), autoriza a amalgamar un solo delito. Para evitar ambigüedades, debe hablarse de violación de *un mismo precepto penal*, rechazando las expresiones de «unidad de lesión jurídica», «violación de la misma

disposición de ley», «unidad de norma» y otras equívocas que se suelen emplear para designar igual requisito del delito continuado (71).

La estructura de este elemento y sus perfiles, son los mismos que los que presenta en el delito continuado la exigencia de identidad de precepto penal violado, por lo que se reproduce la problemática que para la continuación ha planteado la doctrina. No sirven, sin embargo, las mismas soluciones en todos los casos, habida cuenta de las peculiaridades de una y otra figura, especialmente del fundamento. Como ya hemos dicho, la finalidad del delito masa es *siempre* la de agravar la pena; en el delito continuado, superada la tesis pietista, no es la de atenuar, pero tampoco es siempre y específicamente la de agravar. Queremos decir que algunas soluciones propuestas para el delito continuado no podrán utilizarse en el delito masa porque contradicen la finalidad de esta última institución.

La unidad de precepto penal violado significa en principio que las distintas acciones o los diversos actos que integran el presupuesto material, aisladamente considerados, han de ser constitutivos del mismo delito. Esta unidad debe entenderse en el sentido de que las acciones sean subsumibles en el mismo «tipo básico», de modo que no falta la unidad de precepto penal violado si parte de las acciones han de subsumirse en el tipo básico y parte en tipos cualificados. Como ya observó DÍAZ PALOS, «se trata de una cuestión de cualidad y no de cantidad» (72). Lo mismo puede decirse de los tipos complementarios e integradores del tipo básico.

Lo apuntado demanda una muy detenida atención al caso concreto para establecer cuándo las diversas acciones orbitan en torno a un mismo tipo básico, aunque deban ser subsumidas en «especies» cualificadas del mismo o en tipos complementarios o integradores. En el supuesto particular de los fraudes colectivos que nos ocupan, puede presentarse problema respecto a las «estafas y otros engaños» habida cuenta de la profusión de tipicidades y de la exasperante caufística que contiene la sección segunda del capítulo que recoge las defraudaciones. A este respecto, entendemos puede ser de gran utilidad la clasificación que ofreció ANTÓN ONECA al tratar de encontrar un criterio sistemático que *emparentara* «las especies más análogas» y destacara «sus límites y conexiones» (73).

Lo expuesto ofrece pautas para llegar a soluciones en la abundante problemática que en torno a este elemento puede plantearse.

No hay inconveniente en apreciar delito masa cuando, ensartadas por el mismo designio defraudatorio, aparezcan acciones subsumibles en el tipo básico y en tipos específicos (agravados o privilegiados).

(71) Sobre esta cuestión en el delito continuado, Vid. DELITALA, *Intema di reato continuato*, en «Revista Italiana di Diritto Penale», 1929, páginas 193 y sigs.; C. CAMARGO, *El delito continuado*, cit., pág. 55, y ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, cit., págs. 101 y sigs.

(72) DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., pág. 87.

(73) ANTÓN ONECA, *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en:*

Tampoco lo hay cuando entre las distintas conductas se hayan realizado unos con la concurrencia de circunstancias genéricas (agravantes o atenuantes) y otras no.

Mayores dificultades ofrece la concurrencia de infracciones en distintos grados de ejecución: consumación y tentativa; varias tentativas. La cuestión ha preocupado a los autores que se han ocupado del delito continuado, siendo opinión mayoritaria entre ellos la que admite la continuación en los casos apuntados (74). Para el delito masa acepta la misma tesis DÍAZ PALOS (75). La doctrina jurisprudencial lo ha negado para el delito continuado últimamente, en la sentencia de 9 de octubre de 1969 (76), «porque el distinto grado de ejecución logrado por los responsables en unos y otros hechos, consumado y frustrado respectivamente, no ya aconseja su separada consideración, sino que técnicamente la exige ante la absoluta imposibilidad de tratamiento unitario dentro de la figura del delito continuado, en la que se demanda una identidad objetiva, en este caso no producida, y que repele, por ende, su admisión» (77).

A nuestro entender, no hay dificultad alguna en admitir el delito masa formado por diversas infracciones en grado de tentativa y frustración. Debe rechazarse, por el contrario, cuando la concurrencia sea de unas infracciones en grado de consumación y otras en grado de tentativa o frustración. Aparte otras razones, el fundamento y finalidad del delito masa parecen obligar a esta solución.

Tampoco cabe apreciar delito masa cuando las acciones violen preceptos (aunque sean análogos), de distintas leyes penales (común y especial, o varias especiales). Es igualmente de rechazar la estima-

la *Jurisprudencia* (separata del tomo IX de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona (Seix), 1957, pág. 15.

(74) Así, C. CAMARGO, *El delito continuado*, cit., pág. 58, y ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, cit., pág. 126.

(75) DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., pág. 87.

(76) Aranzadi, R., 4357.

(77) Se contemplan los siguientes hechos: Los procesados, en fechas no precisadas pero comprendidas entre los meses de enero y abril de 1967, se apoderaron, en la empresa en que prestaban sus servicios, de 700 bobinas de hilo de cobre, valoradas en conjunto en 52.500 pesetas, no recuperadas por haberlas enajenado los culpables; y el 3 de mayo del mismo año fueron sorprendidos cuando escondían —con idea de extraerla de la empresa para también venderlas—, otras 39 bobinas del mismo material, valoradas en 2.925 pesetas. La Audiencia Provincial estimó se daba un *delito continuado de hurto en grado de consumación* (integrado por los apoderamientos descritos en primer lugar) y un *delito de hurto en grado de frustración* (constituido por la última sustracción). En casación se impugnó la sentencia por estimar los recurrentes que «no es lícito fraccionar la actuación de los procesados en la forma relatada, sino que procede calificarla como integrante de un único delito continuado, omitiendo, por tanto, la punición separada del hurto en grado de frustración, ya que el hecho que lo constituye no es más que un parcial aspecto del total modo de proceder de los culpables, no disgregable de su conjunta y total actuación, subsumible tan solo en un delito continuado de hurto». Esta argumentación es calificada de «argumentación rechazable» en la sentencia del Tribunal Supremo».

ción de delito único cuando con el autor de las diversas acciones han participado personas distintas. Para el delito continuado lo entendió así la *sentencia de 15 de junio de 1946*, y para el delito masa se ha optado por la misma solución en la ya citada *sentencia de 10 de junio de 1967*.

D) Como ya se ha dicho, la maquinación engañosa del autor tiene como destinatarios a una colectividad de personas, las cuales no le interesan como tales individualidades sino como grupo, como unidad. No tiende a defraudar a cada individuo *sino a la masa*, la cual, en la mente del autor, se presenta como unidad. En correlación con esta actitud psíquica del agente, y para evitar los inconvenientes que ya se apuntaron, se entiende que sujeto pasivo del delito es la masa (la unidad masa), y no cada uno de los individuos que la integran, los cuales tienen el carácter de perjudicados.

En su trabajo de 1958 lo vio así A. REOL, al decir que, para evitar que por las reglas del concurso se produzca la casi impunidad del autor de fraudes colectivos, «debemos llegar a configurar un sujeto pasivo penal, el que, dándose determinadas circunstancias, constituiría ese solo sujeto y no diversos, el sujeto pasivo masa, digno de protección penal» (78). Desde el año 1966 aparece con ese nombre en diversos fallos, como ya hemos visto, y recibe una definición en la *sentencia de 10 de junio de 1967* que habla de «grupo de sujetos no vinculados entre sí en haz jurídico común, pero relacionados en armónica unión circunstancial o esporádica por vínculos debidos a sentimientos o intereses idénticos, con defraudación económica consiguiente de esta unión sin personalidad o informal».

Tanto en la concepción doctrinal como en la conformación que la doctrina jurisprudencial le viene dando a partir de la *sentencia* citada, parece exigirse, para considerar una unidad lo que en el plano fáctico constituye una pluralidad de personas, que se den *determinados vínculos* entre los diversos individuos que constituyen la masa. Esta exigencia se expone con claridad por DÍAZ PALOS: «Si los titulares individuales de estos últimos bienes jurídicos atacados simultánea o sucesivamente por el agente, se nos muestran *unidos por una ligabilidad de intereses o sentimientos comunes*, aunque sea de carácter transitorio, es claro que podremos considerar a esa unidad superior como sujeto pasivo único del delito, aunque podamos distinguir los distintos perjudicados en su individualidad» (79).

A. REOL, en un detenido análisis de la jurisprudencia, creyó descubrir esos lazos que amalgaman al grupo en «la común fe en la fortuna» (80), «la clase social económicamente débil» (81), «la fe común en quien expedía los conduce, que es una fe única colectiva,

(78) A. REOL, *El sujeto pasivo masa*, cit., pág. 23.

(79) DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., pág. 78.

(80) En la *sentencia de 17 de diciembre de 1956*.

(81) En la *sentencia de 5 de julio de 1957*.

distinta a la de cada uno de los componentes del grupo social» (82), los «vínculos comunes de intereses, de finalidades y de dedicación» (83), «esa fe, ese deseo tan legítimo de tener hogar» (84). Los fallos jurisprudenciales, como ya se ha podido observar, hacen también alusión a diferentes circunstancias que destacan como vínculos que constituyen el denominador común entre las individualidades componentes de la masa.

¿Es necesaria la existencia de esos vínculos para que pueda hablarse de *sujeto pasivo masa*? Aunque, como se ha visto, es esta la opinión mayoritaria, entiendo que habrá sujeto pasivo masa aunque en el grupo destinatario del fraude falten esos vínculos. Generalmente se dará un denominador común entre las individualidades que componen la masa aunque sólo sea «esa misma cándida buena fe» de que habla alguna sentencia, pero si falta o si alguno de los perjudicados no tiene «esa fe común» o «ese deseo tan legítimo de tener hogar» (caso de adquirentes de piso con intención de especular con ellos, como los hay en muchas cooperativas de viviendas, y que resultan defraudados en las cantidades que anticiparon, por ejemplo), ello no será inconveniente para considerar sujeto pasivo del fraude a la unidad superior masa. Lo importante, a mi entender, es que el sujeto activo contemple a los componentes individuales del grupo como una unidad, como un todo, con desprecio de las partes. Lo que sí es esencial es la ausencia de vínculos jurídicos entre los individuos que componen la masa, pues su existencia sería suficiente para destipificar los supuestos que estamos estudiando y hacer que entraran en juego otras figuras delictivas.

La irrupción en el Derecho penal de esta nueva clase de sujeto pasivo obedece a una necesidad de nuestros días: la de dispensarles una especial protección jurídicopenal, pues, pese a lo que pueda parecer a primera vista, la multitudinaria «pluralidad» de personas que constituye la masa y la dispersión del volumen económico en gran número de sujetos, como se ha dicho recientemente, «determina más bien una completa disminución de su potencia de reacción, de su capacidad defensiva» (85). Se justifica así una construcción jurídica que ha de resultar útil no sólo para arbitrar soluciones en este problema concreto de los fraudes colectivos, sino en una interesante gama de figuras delictivas que florecen ya en el amplio mundo de la economía y las finanzas.

(82) En la sentencia de 19 de noviembre de 1953.

(83) En la sentencia de 26 de febrero de 1954.

(84) En la sentencia de 2 de noviembre de 1954.

(85) Cfr. *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales, por el Fiscal del Tribunal Supremo* (Madrid, 1971), pág. 244.

Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro (párrafo segundo del artículo 497 del Código penal)

MANUEL COBO

Catedrático de Derecho Penal
y Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de La Laguna.

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Consideraciones sobre el previo «apoderamiento» y su carácter instrumental. Consecuencias de orden interpretativo.—3. Precisión sobre su naturaleza técnica.—4. Formas imperfectas y función del descubrimiento.—5. Doctrina expresada por la sentencia de 6 de octubre de 1967.—6. Posición de la jurisprudencia sobre los temas desarrollados en la sentencia citada.—7. Análisis valorativo de las tesis mantenidas por la sentencia de 6 de octubre de 1967. Diferentes extremos en relación con los «hechos probados» y su significación jurídica.

1. INTRODUCCION

El artículo 497 del Código penal, primero del capítulo destinado al «descubrimiento y revelación de secretos», describe dos figuras delictivas con el siguiente texto: «el que para descubrir los secretos de otro se apodereare de sus papeles o cartas y divulgare aquéllos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 100.000 pesetas. Si no los divulgare las penas serán de arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas».

De forma concreta, al segundo párrafo, se le ha prestado muy escasa, casi nula atención, por parte de la doctrina en particular, quizá debido, además del general abandono que la elaboración de la Parte especial se ha venido encontrando —los problemas concretos, parece que no entusiasman a muchos, que tienen una idea inconcreta por demás de su función como juristas—, a la poca frecuencia con que se ha presentado a la consideración de la administración de justicia, y esto último hizo decir a Quintano, y no sin razón, que «viene a cons-

tituir letra muerta» (1). A su juicio, lo anterior «es bien comprensible porque el descubrimiento no comunicado a nadie suele permanecer impune al no trascender ni ocasionar perjuicio» (2), y precisamente es esa la *única* causa que *no* puede aducirse sobre la inaplicación del precepto, aunque inoportunamente haya sido utilizada, por la sencilla consideración de que el descubrimiento «comunicado» deja de ser mero y simple descubrimiento y nada más, para convertirse en el tipo del párrafo primero del artículo 497 (descubrimiento-divulgación), como el mismo autor reconoce al plantear la distinción entre «descubrir» y «divulgar» (3).

Hubiese sido mucho más fácil, si se quiere *aventurar* una opinión sobre tal extremo, decir genéricamente que las dificultades probatorias le hacen, en cierto modo, inaplicable, o incluso aludir, en un deseo de mayor precisión, a la facilidad con que pueden ser eliminadas las pruebas por parte del autor, y si a ello se une la ineludible exigencia legal del apoderamiento de «papeles o cartas», que conduce a un estrechísimo margen la realización del tipo, tendremos que el texto legal será no sólo escasamente utilizado, sino también incompleto, dejando fuera de sí conductas que deben ser incriminadas por atentar, y hasta con mayor eficacia, contra los derechos que se pretendieron salvaguardar. En la época en que se redacta el artículo —inalterable desde 1848—, quizá no podía tener, en cierto sentido, mayor amplitud, aunque hubiese sido aconsejable al legislador del XIX una redacción: menos formalista, menos aferrada a «papeles o cartas», más amplia en suma, con vistas a la inclusión de supuestos que en la actualidad se producen con singular frecuencia, y otros que perfectamente eran imaginables en la misma época de la confección del precepto y que *sin* ser apoderamiento de papeles o cartas suponen, desde luego, un ataque equivalente, a veces más flagrante y digno de incriminación: nuestra legislación, en este caso miopemente, estima que sólo el secreto contenido en papeles o cartas *no debe ser* descubierto, y siempre y cuando exista un apoderamiento de aquéllos (4).

(1) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, T. I, Madrid, 1962, pág. 876.

(2) QUINTANO, *ob. cit.*, loc. cit.

(3) QUINTANO, *ob. cit.*, pág. 875.

(4) Por la misma consideración, y ya dentro del diferente casuismo que pudiera ofrecerse, se dice por RODRÍGUEZ DEVESA que «los secretos confiados a un registro magnetofónico o de palabra, no hallan tutela en la ley y están abandonados al tráfico». (J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* (P. esp.), 3.^a edición, Madrid, 1969, pág. 298).

GRIZARD había denunciado la imperfección, por incompleta, de la regulación legal, en penetrante comentario: «De lo expuesto ya aparece que la simple revelación de secretos no está castigada en nuestro Código, si sólo se hace aquella mediante el apoderamiento de cartas o papeles. No nos parece esto justo. Ha debido castigarse por lo menos...», y apoyándose en la legislación italiana de entonces, realiza una descripción de supuestos que, a

Sin necesidad de verificar inacabable casuismo, es evidente, pues, en un mundo altamente tecnificado, que ofrece una infinita gama de modalidades que ciertamente suponen descubrir secretos de otro, de las que pueden derivarse notorios perjuicios, y no sólo menoscabo a la intimidad, que quedan fuera del tipo estudiado, además de la mayor delicadeza y sensibilidad que ha adquirido en nuestros días la «reserva» en atención a la desvinculación personal, insolidaridad e infidelidad, pérfidamente empleadas, casi como método, en el *modus operandi* del impenitente indiscreto llamado «hombre moderno». Sin duda, el capítulo «del descubrimiento y revelación de secretos» —al margen, claro es, de sus proyecciones oficiales, que sí se han preocupado de tutelar en fecha reciente—, referido a los particulares, no debiera ser olvidado en una revisión o reforma del Código penal con base en las presentes consideraciones.

Desde otra perspectiva bien distinta radicada en su exclusivo tratamiento jurídico el párrafo segundo del artículo 497 presenta una serie de problemas no resueltos, ni siquiera planteados, que encierran verdadero interés técnico, que se vio subrayado por la aparición el 6 de octubre de 1967 de una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que nuestra jurisprudencia se pronuncia, de forma directa y bastante completa, sobre diferentes y esenciales aspectos interpretativos que no deben dejar de tener resonancia en la doctrina científica, aunque ésta, hasta el momento, no haya ni estudiado ni aludido todavía al fallo en cuestión, a pesar de las primicias que el mismo significara (5).

2. CONSIDERACIONES SOBRE EL PREVIO «APODERAMIENTO» Y SU CARACTER INSTRUMENTAL. CONSECUENCIAS DE ORDEN INTERPRETATIVO

Con el presente título se designa, sin otra dilación, un tema crucial de carácter interpretativo, cuya virtualidad afecta a todos, o casi todos, los extremos específicos que la exégesis del precepto pudiera ofrecer, pues condicionará su visión no sólo objetiva sino también subjetiva: tanto el tipo objetivo, como el subjetivo, empleando terminología más moderna y precisa, quedarán sin duda condicionados por el resultado del análisis sobre dicha cuestión. De ahí, por tanto, su inmediato planteamiento.

Un sector de la doctrina española apenas si ha reflexionado sobre el problema, que ha sido, en cierto modo, marginado superficialmente, con toscas y simplistas afirmaciones, como hiciera Vizmanos, en pobre comentario, al decir, sin más, que el delito «cométenlo estos

su juicio, merecían ser acogidos como delictivos (A. GROIZARD, *El Código penal de 1870*, T. V, Salamanca, 1893, pág. 726).

(5) Ni siquiera su mera cita hemos encontrado en las publicaciones de fecha posterior.

(se refiere a los «particulares»), en apoderarse de los papeles o cartas de otros, sea que divulguen o no los secretos de tal modo descubiertos» (6).

Más perspicaz, aunque extremadamente escueto, se muestra Pacheco, y no le acompaña total fortuna al elogiado comentarista en este punto, ya que habiéndose planteado, con meridiana claridad, la cuestión, no extrae las lógicas e inmediatas consecuencias que habitualmente caracterizan sus comentarios. Por lo que se refiere al párrafo primero del artículo 497 (artículo 422 del texto legal comentado por Pacheco), afirma que se trata de un delito «compuesto y doble», consistiendo «en apoderarse del secreto, haciéndolo de los papeles» y «en divulgarle, dándole publicidad», y precisamente, fundándose en su «composición» —por continuar con la terminología del comentarista—, se plantea y resuelve acto seguido las dos hipótesis que se extraen de la misma: cuando «el que se apodera del secreto no lo publica» y cuando «el que lo publica no se ha apoderado de él». «Al primer caso —dice Pacheco—, responde el segundo párrafo de la ley... Al otro, no podemos decir sino que el Código no lo castiga». No persiste el autor en ese esquema compuesto y desdoblado de su análisis, ni lo lleva a sus últimas y obligadas consecuencias dentro del párrafo segundo del artículo 497, que hubiese favorecido no sólo el nacimiento de temas específicos, dignos y necesitados de interpretación, sino también de sus soluciones, y por el contrario, escapa de lleno, unitariamente, una vertiente que, en cierto sentido, escapa a su función y competencia cual es la referente a la probanza del «ánimo de conocer» los secretos y a quién incumbe mostrarla, llegando a una conclusión desde luego discutible y que discurre por la vía de la «presunción» —término incluso empleado por el propio comentarista—, en el siguiente modo: «quien los usurpa, pues, busca sin duda el conocimiento de lo que encierran; y si él supone otro propósito, él será *de ordinario* quien lo deba acreditar» (7). Al final, Pacheco que tan tajantemente admitía la presunción desfavorable, no pudo por menos que concluir que «de ordinario», con lo que deja margen para que proliferen cuantas excepciones se presenten.

El comentario citado encierra, sin embargo, un interés decisivo

(6) T. M. DE VIZMANOS y C. ALVAREZ, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1848, pág. 453 (comentario de VIZMANOS). Tampoco RUEDA alude, ni siquiera, a la cuestión, vid. R. RUEDA, *Elementos de Derecho penal*, T. II, 4.^a edición, Santiago de Compostela, 1894, págs. 282-283. El silencio más absoluto, por parte de J. A. HIDALGO, *El Código penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, T. II, Madrid, 1909, pág. 548. Muy brevemente, y sólo parafraseando el texto legal, S. VIADA y VILASECA, *Código penal reformado de 1870, concordado y comentado*, T. VI, 5.^a edición, Madrid-1927, págs. 99-100.

(7) J. F. PACHECO, *El Código penal, concordado y comentado*, T. III, 2.^a edición, Madrid, 1856, pág. 273. (Todos los pasajes del comentario se refieren a esa página) (Hemos puesto en cursiva «de ordinario».)

puesto que en él, si bien un tanto rudimentariamente, se encuentran dos extremos muy importantes para la interpretación del artículo 497, a saber: en primer lugar, la utilización de un esquema mental, en el análisis del tipo, desdoblado y diferenciador de dos momentos, relativo uno al apoderamiento, y otro a la divulgación (y en nuestro concreto supuesto, válido también para el mero descubrimiento) de secretos, moviéndose pendularmente la exégesis de uno a otro; y, en segundo, la especial significación y acentuación que hace recaer en el «se apoderare de sus papeles o cartas», en orden a condicionar no sólo su objetiva proyección, sino incluso a prejuzgar y *presumir* lo más esencial y subjetivo como es el ánimo o propósito de descubrir. El camino a seguir quedaba trazado en buena parte, una vez más.

Las páginas más certeras y agudas sobre el particular fueron escritas ciertamente por Groizard, en comentario al artículo 512 del Código penal de 1870, semejante al vigente 497, quien comienza realizando un planteamiento general de gran penetración: «El mero acto de descubrir los secretos de otro, no ofrece objetividad bastante para la configuración de una determinada delincuencia. Cuando los *medios* que se ponen en práctica para averiguar esos secretos —como, por ejemplo, la apertura de cartas, el quebrantamiento de sellos o la ocupación de papeles—, o cuando los fines ulteriores que con el descubrimiento de la noticia se quieren alcanzar, acusan la lesión de un derecho que, por su índole, debía ser tutelado, entonces, y sólo entonces, es cuando el delito aparece. Pero la consecuencia de este modo de ver las cosas, no puede ni debe ser otra más que patentizar que semejante hecho no recibe la genuina nomenclatura del fin próximo de la acción que se ejecuta, esto es, del descubrimiento del secreto ajeno, sino del remoto que el culpable aspiraba también a conseguir o de la perturbación que al derecho social o al derecho particular lleve el ejercicio de los *medios* insidiosos y violentos usados por él para llegar al término del camino que se propuso recorrer» (8).

Como puede observarse, la significación instrumental del apoderamiento, su carácter de «medio», queda, desde su inicio, destacada por Groizard, con lo que pone de manifiesto la composición del tipo, que subjetivamente encuentra su conexión y enlace íntimos, en los términos siguientes: «Dos elementos comunes entran en su construcción. Consiste el primero en el apoderamiento de los papeles o cartas de una persona; el segundo en que este acto material se realice con el doloso propósito de descubrir sus secretos. *Ni aquel ni este, por sí solos, son bastantes para determinar la necesidad legal de la aplicación de los preceptos en el artículo 512 escritos*» (9). Y, más adelante, insistiendo en la misma idea, y refiriéndose a la concreta realización del fin de descubrir los secretos de otro, en el sentido de su configuración legal, afirma que no se «puede hacer sin comenzar por apoderarse del despacho, del documento o del papel en el que existe

(8) GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 719. Hemos puesto en cursiva.

(9) GROIZARD, *ob. cit.*, págs. 725-726. La cursiva es nuestra.

la noticia o el secreto que ha de ser descubierto, revelado o divulgado. Basando en el apoderamiento el elemento físico del delito, nuestro Código ha llegado, por más fácil y corto camino, al mismo fin que se han propuesto los de otras naciones. No es bastante, sin embargo, el apoderarse de los papeles de otro: es necesario que semejante acto reconozca por causa el descubrir sus secretos. El que sin ese ánimo doloso, por mero accidente, se entere del contenido de una carta y viene por él en conocimiento de un secreto de familia, ni según los preceptos del artículo, ni con arreglo a los principios, delinque» (10). Por si hubiese alguna duda sobre el particular, plantea Groizard un supuesto altamente aleccionador: dándose conocimiento (descubrimiento del secreto) e incluso divulgación, falta, sin embargo, la específica finalidad de descubrir que mueve al apoderamiento, y ofrece la solución de nuestro derecho positivo y la que él denomina de «la enseñanza de la ciencia», más propia de *lege ferenda*, ya que el texto legal impide sea sostenida la conclusión que dicha «enseñanza» comporta, en opinión del comentarista, que por así admitirlo se ve obligado a poner de manifiesto tal disparidad, insistiendo, en definitiva, en su crítica acerca de lo incompleto del precepto: «Pero, ¿qué sucedería o qué debería suceder, si obtenido de ese modo el conocimiento de la noticia reservada, la divulga? ¿Será también en este caso irresponsable? Según el texto, sí; porque es en él esencial condición, para que sea castigada la divulgación de secretos, *que hayan sido descubiertos mediante el intencionado apoderamiento de papeles o cartas*; pero según la enseñanza de la ciencia, no; toda vez que la existencia del dolo, necesaria para la configuración del delito, lo mismo ocurre apoderándose con el fin de descubrir los secretos de los papeles o cartas de otro, que cuando, casualmente conocidos esos secretos, son con dañada intención esparcidos y divulgados» (11).

Con posterioridad al comentario de Groizard, puede decirse que bien poco se ha añadido, de forma específica, a la clarificación del tipo, y en consecuencia, las meras digresiones al respecto quedan reconducidas a éste o aquél pasaje del citado comentarista (12), por lo que se omite su transcripción particularizada, que sería reiterativa e innecesaria.

El artículo 497 contempla un período ejecutivo, cuyos hitos decisivos, por así decir, son los siguientes:

(10) GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 727.

(11) GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 727. Hemos puesto en cursiva.

(12) Vid., además de las obras ya citadas en notas anteriores, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, T. II, Madrid, 1958, págs. 306-307. Del mismo, *Curso de Derecho penal*, T. II, Madrid, 1963, págs. 130-131. Del mismo, *Comentarios al Código penal*, 2.^a edición, Madrid, 1966, págs. 913-915. E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, T. II, 12.^a edición, Barcelona, 1967, páginas 752-756. F. PUIG PEÑA, *Derecho penal*, T. IV, 5.^a edición, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1960, págs. 176-178.

- a) Apoderarse de papeles o cartas de otro con la finalidad de descubrir sus secretos.
- b) Descubrir los secretos en cuestión.
- c) Divulgar aquéllos.

Así fragmentada la redacción legal, se observará que quien conjuga los tres apartados, realiza el delito del párrafo primero del artículo 497, quedando sólo como autor del segundo quien recorre el primer apartado, o el primero y el segundo, que es justamente el que aquí nos interesa de forma específica. Y conviene afirmar lo anterior, pues desde ahora debe quedar sentado que *no* es necesario llegar al «descubrimiento» para que la conducta sea típica del párrafo segundo, siendo suficiente con el simple apoderarse *para* descubrir, al margen de que se haya o no descubierto (13), aunque, como es obvio, por lo general, se darán conjuntamente tanto el apoderamiento como el descubrimiento, pero sin que éste se exija como inexorable toma de conocimiento del contenido de los papeles o cartas, puesto que únicamente expresa la irremediable finalidad que, por imperativo legal inexcusable, orientará, en todo caso, la conducta de apoderarse. Pueden, sin duda, pensarse supuestos en los que, dándose un apoderamiento, incluso en su radical modalidad de libre disposición, sin embargo no se llegue a descubrir los secretos, aún teniendo aquél como finalidad el conocimiento de estos. Sólo, pues, por razones extratípicas, en suma, por consideraciones de orden sistemático («Del descubrimiento y revelación de secretos»), cabe llegar a la conclusión inversa, que lesionaría sin duda el principio de legalidad, en este caso

(13) No distingue RODRÍGUEZ DEVESA entre la modalidad del párrafo primero y la del segundo del artículo 497, y afirma «que es preciso que el sujeto venga en conocimiento del contenido de los documentos en cuestión, pues carecería de sentido el que hubiera un hiato entre el apoderamiento y la divulgación, ya que mal se puede divulgar el contenido de una carta si no se ha leído» (*ob. cit.*, pág. 299). Sin duda, lo anterior puede ser cierto para el párrafo primero del artículo 497, pero evidentemente ya no lo es tanto, es más, no puede ser sostenido, para el párrafo segundo que expresamente alude a que los secretos *no hayan sido divulgados*. QUINTANO, por su parte, le denomina delito de «descubrimiento», apoyándose tan sólo en la rúbrica del capítulo, pero la verdad es que no adopta una postura clara y definida sobre el particular, siendo a veces desconcertante (*vid.*, además de las obras citadas en la nota 12, su *Tratado cit.*, págs. 873-877). CUELLO CALÓN olvida incluso hasta la propia transcripción del párrafo segundo del artículo 497, que según parece resulta inexistente para él, y de ahí que ni distinga, ni pueda distinguir, entre «descubrir» y «divulgar», y por absurdo que sea es éste el origen de polémica tan lamentable como superflua entre él, PUIG PEÑA y QUINTANO (*vid. ob. cit.*, pág. 754). Más certera es la opinión de estos últimos, que, por la simple razón de no olvidar la existencia y vigencia del párrafo segundo del artículo 497, afirman, en definitiva, que «descubrir se refiere aquí tan sólo a conocer» (F. PUIG PEÑA, *Descubrimiento y revelación de secretos*, en NEJ, T. VII, Barcelona, 1955, pág. 241).

favoreciendo al reo, al restringir el ámbito del precepto con una exigencia no típica, al margen, claro es, de la complementación personal de la redacción legal por parte del intérprete, de ninguna forma lícita. «Para descubrir», no significa que se haya llegado al descubrimiento. Si éste fuese requerido por el precepto, se habría así expresado a través de cualquier fórmula gramatical, que hubiese podido ser utilizada perfectamente. El descubrimiento será, en su proyección puramente objetiva, una especie de puente de enlace entre el párrafo segundo y el párrafo primero del artículo 497, pero no una inevitable exigencia de aquél.

Ahora bien; dado que el tipo está orientado hacia la modalidad de «divulgación», que supone, en definitiva, la última fase de la redacción, parece lógico pensar que *previamente* a aquélla, así como al propio descubrimiento, si fuese menester, deberá comprobarse la existencia del «apoderamiento». De suerte que, como ha venido poniendo de manifiesto la doctrina, sólo en la medida que haya existido aquél, puede hablarse de una divulgación típica, o dicho con otras palabras, únicamente se protege el secreto incorporado a papeles o cartas en cuanto se hayan apoderado de los mismos, con la finalidad de descubrirlo. Cualquier otro medio de acceso a los secretos resulta atípico en este precepto; cualquier otro secreto que no se haya plasmado documentalmentemente también. Hasta tal punto es cierto lo que antecede que sólo puede ser autor del delito de «divulgación», a modo de singular «propia mano» (14), quien haya verificado el apoderamiento y cumplimentado tales exigencias, y no cualquier otro.

Del carácter básico, o como se ha dicho, previo del «se apoderare», cabe extraer, como inmediata consecuencia, su naturaleza instrumental, reforzada claramente con la expresión «para descubrir», entendiéndose por aquélla, que carezca de una finalidad propia o diferente a la exigida típicamente, y que no es otra sino que tienda directamente al descubrimiento. En ese sentido, el apoderamiento es el único y exclusivo instrumento o medio típico *para* descubrir, si bien es irrelevante, a los presente efectos, que se haya verificado el descubrimiento. Pero precisamente en atención a su carácter instrumental, debetener, de manera necesaria, un dinamismo que es el que le dota de sentido, como ya pusiera de manifiesto Groizard (15): no todo apoderamiento tiene esta específica significación; sólo el que tenga por finalidad descubrir los secretos. En consecuencia, estáticamente considerado puede ciertamente darse un apoderamiento, incluso acompañado, de forma sucesiva, de descubrimiento, y hasta si se quiere, de divulgación, pero que no haya sido realizado con la impenitente finalidad de descubrir, y habrá que concluir que adolece de un requisito indispensable y que invalida toda alusión al artículo 497: apode-

(14) Vid., de interés, el desarrollo de la cuestión en general y las distintas consecuencias en E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, págs. 242-249.

(15) Vid., los textos de GROIZARD en las notas 8 a 11.

ramiento es, por tanto, sinónimo de apoderamiento *para* descubrir, y caso contrario no será apoderamiento típico (16).

Sucede, pues, que no sólo es necesaria la presencia estática de un apoderarse más descubrimiento y divulgación, en su caso, sino que también, y de forma igualmente decisiva, tendrá que existir una *conexión* inexorable entre la finalidad de descubrir y, el apoderamiento, pudiendo ser configurada como un auténtico y genuino elemento del tipo. Parecida forma de razonar es empleada para distinto supuesto, concretamente en tema de delito complejo, por Gimbernat, y ciertamente consiguiendo gran penetración (17). El hecho de que hayamos descartado la presunta, y no requerida, presencia del descubrimiento, no supone el menor obstáculo para el empleo del presente esquema mental, aunque naturalmente hace más sutil la conexión y relación exigida y aquí subrayada, y hasta tal punto es válido lo anterior que puede ser afirmado que, *antes* incluso que el propio apoderamiento, deberá darse el «para descubrir», o como mucho—y la negativa es plenamente admisible—, de forma coetánea, pero jamás tendrá sentido como una exigencia y realidad *posterior* al hecho de apoderarse. Verificado el apoderamiento *sin* finalidad de descubrir, no podrá decirse entonces, pues sería completamente impropio y absurdo, que «se hizo» para descubrir los secretos, ya que en este supuesto podrá darse, sin duda, incluso, descubrimiento, pero *nunca* el «para descubrir» requerido típicamente, que revela un proceso orientado hacia el futuro y no, desde luego, hacia el pasado.

3. PRECISION SOBRE SU NATURALEZA TECNICA

Que la modalidad de «divulgación» del párrafo primero debe ser estructurada como un *tipo compuesto*, parece fuera de duda, y como vimos, ya Pacheco lo subrayó con su peculiar terminología, y hasta

(16) En otra ocasión, y referido al delito de infanticidio, operamos con similar esquema interpretativo, pues también se estaba a presencia de «un resultado final, o por mejor decir, un resultado instrumental, que directamente ha de tender a un meta legalmente prevista (*causa honoris*)» (DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, *Derecho penal español* (P. esp.), T. I, Madrid, 1962, página 313, y con más detalle, págs. 293 y sigs.).

(17) E. GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966: «de la estructura del delito complejo se deduce, pues, que, por estar tipificados en él dos delitos y una relación, si falta la relación falta un elemento del tipo» (pág. 181), y a continuación, habla de «conexión dolosa de medio a fin», de «conexión típica» (págs. 181-182). Como es natural, no se trata, en modo alguno, de una simple adaptación, que sería de por sí imposible, pues el supuesto es distinto, ya que no estamos ante un delito complejo, sino tan sólo de un parecido razonamiento utilizado en un aspecto de la interpretación sin más.

se pone como ejemplo en publicaciones de orden elemental y estrictamente docente (18): se integra por la conjugación de las varias acciones recogidas en los apartados *a*, *b*) y *c*), precisados en el anterior título, que quedan enlazados por una finalidad común que les informa y da sentido, cual es la de «para descubrir», al mismo tiempo que también lo son de forma objetiva copulativamente.

Ahora bien; lo que ya no está tan claro es que el párrafo segundo sea tipo compuesto, pues al contrario, parece seguro que no puede ser acogido bajo esa denominación técnica. Si, como es sabido, la nota fundamental y genérica del tipo compuesto es su necesaria integración por varias acciones (19), ¿cuáles serían éstas en este caso?, ¿no es más correcto que *una* tan sólo es la exigida, aunque eventual, pero generalmente, puedan concurrir dos?

La contestación a dichas preguntas queda conectada, evidente y lógicamente, a un extremo ya despejado en este mismo título: típicamente no se requiere que se alcance el descubrimiento, real y efectivo, del secreto, pues las exigencias típicas se agotan con que, en definitiva, se haya podido sin limitación descubrir, aunque no se descubra con posterioridad. La simple, pero *concreta* posibilidad, o mejor, probabilidad de conocer los secretos, derivada naturalmente del apoderamiento con tal finalidad, es suficiente. Y, entonces, ¿dónde está la segunda acción? Como es lógico, cosa distinta sucedería si se admitiese la necesidad del descubrimiento, pues las dos conductas serían claramente, apoderarse con la finalidad de descubrir, y descubrir, y en este caso, quedaría configurado como tipo compuesto sin más.

En lo que sí existirá unánime acuerdo es en su configuración como delito con un *elemento subjetivo del injusto*, incorporado expresamente al tipo a través del «para descubrir», o si se prefiere la más reciente forma de manifestar tal particularidad, como un delito *estructuralmente incongruente* en que el tipo subjetivo trasciende al tipo

(18) Aunque no de forma exacta en cuanto al juicio unitario que comporta sobre todo el artículo 497 (vid. C. M. DE LANDECHO, *Derecho penal* (P. Gen.), Madrid, 1966, pág. 229, *Apuntes* que reproducen las lecciones de ANTÓN ONECA).

(19) Vid. la *ob. cit.*, en la nota anterior y *loc. cit.*, y en el mismo sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, que afirma que tipos compuestos «son aquellos integrados por varias acciones del sujeto activo» (RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* (P. Gen.), Madrid, 1970, pág. 342). Como «tipos combinados» (de varios actos) es traducido por CÓRDOBA el texto de R. MAURACH, *Tratado de Derecho penal* (trad. CÓRDOBA), T. II, Barcelona, 1962, pág. 423. RODRÍGUEZ MUÑOZ empleó el término «tipos compuestos» y «delitos compuestos» en su traducción de E. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, nueva edición (trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ), T. I, Madrid, 1955, pág. 394. En ambos casos la idea central es la misma, y la terminología empleada suficientemente expresiva.

objetivo, va más allá que este último (20), en atención a la constancia de la especial finalidad que, a modo de característica subjetiva, informa al presente tipo, y que se concreta en el citado pasaje legal. En este sentido, no sería más que un actuar, a través del apoderamiento, *para* facilitar, o mejor, hacer posible el descubrimiento, conforme ejemplifica Maurach, y acepta Córdoba para nuestro derecho positivo específicamente en los artículos 292 y 300 del Código penal, que tienen estructura afín al inciso del precepto que comentamos (21): «Los que... adquieren, para ponerlos en circulación...» del artículo 292 y «los que... adquieren... para expenderlos...» del artículo 300, revelan, en esta dimensión, una misma problemática y tratamiento a nuestro «el que para descubrir... se apoderare».

Hasta aquí la posición central sobre su naturaleza técnica que en este aspecto quedaría bastante clarificada y generalmente admisible.

No obstante, aceptado lo anterior, pueden surgir algunas dudas en orden a la singular y precisa inscripción de este delito dentro de los distintos grupos o categorías que se han venido formulando. Quizá la dificultad nace en atención a que las propias clasificaciones utilizadas tienen, en ocasiones, unos contornos no muy definidos, siendo dudosa la distinción de una clase con otras. En esa misma línea de pensamiento, puede inducir a confusión la afirmación global y simplista, verificada por autor tan admirado por su reconocida agudeza y finura interpretativas como Rodríguez Muñoz, cuando anota el siguiente texto de Mezger: «a los delitos de tendencia en propio sentido corresponden aquellos en los que la conducta aparece como realización de una tendencia *subjetiva*. Tipo: la acción impúdica del parágrafo 176 del Código, con su tendencia sexual, o el parágrafo 260 del mismo texto, con su tendencia de lucro o con la inclinación que constituye la base de la misma tendencia», diciendo: «por ejemplo, en nuestro Código, los artículos 497 y 503» (22). Sin embargo, Rodríguez Muñoz, poco antes, puso como ejemplo —complementando otro texto anotado—, al artículo 292 ya aludido, de los llamados por Mezger «*delitos de intención en la forma de los llamados delitos mutilados de dos actos*, en los que el acto es querido por el agente como medio *subjetivo* de un actuar posterior del mismo sujeto» (23). Y, parece más acertada la inclusión también en este último apartado del párrafo segundo del artículo 497, y no como delito de tendencia, pues, en definitiva, se trata, como ya se ha indicado, de un apoderamiento instrumental, encaminado a conseguir una finalidad, como es el descubrimiento, a hacerlo posible, con lo que estaríamos ante un

(20) E. MEZGER, *ob. cit.*, págs. 346 y sigs., MAURACH, *ob. cit.*, pág. 80. por sólo citar dos de las más representativas y conocidas formulaciones.

(21) MAURACH, *ob. cit.*, T. I, pág. 330, nota 39 de CÓRDOBA.

(22) MEZGER, *ob. cit.*, págs. 358-359, nota de RODRÍGUEZ MUÑOZ en la página 358.

(23) MEZGER, *ob. cit.*, pág. 357, nota de RODRÍGUEZ MUÑOZ en la misma página.

medio (apoderamiento) de un probable, pero no necesario, actuar posterior del mismo sujeto (descubrir). El *medio* lo hace posible, aunque no supone total y absolutamente la realización del fin propuesto: se necesita una actividad posterior traducida en descubrir, tomar conocimiento del secreto, desvelarlo en suma, *distinta* al mero apoderamiento, y que puede o no darse por lo que a este párrafo segundo se refiere.

Como cabe observar con tan somera consideración, es más aceptable esa versión, que la propuesta de constituir un delito de tendencia. El propio Mezger puso como claro ejemplo de los «*delitos mutilados de dos actos*» el parágrafo 146 del Código penal alemán, que estructuralmente coincide con el aquí debatido: se trata de la alteración o falseamiento de moneda metálica o billetes de banco *a fin* de usarlos como a genuinos... y, como se deduce de la simple lectura de su texto, tampoco se exige típica y necesariamente la real y concreta utilización del dinero falsificado por el mismo autor, y si así lo hiciera podría constituir delito distinto. También Rodríguez Devesa abunda en el mismo esquema interpretativo en orden al artículo 292, que sirvió de ejemplo a Rodríguez Muñoz, afirmando que «no se trata, como equivocadamente afirman algunos autores, de un caso de expendición, pues no se requiere ésta» (24). Es más, en otra ocasión, y aludiendo Mezger a los «*delitos de varios actos*», se refiere de nuevo al citado parágrafo 146, y esta vez de forma nítida por demás, cuando dice que «en el correspondiente delito de falsificación de moneda del parágrafo 146, el segundo acto aparece volatilizado en lo subjetivo (es un caso del llamado delito mutilado de dos actos), resultando que la falsificación de moneda se consuma ya con el «falsificar» (25). En la nota correspondiente, Rodríguez Muñoz subraya que «ejemplo de este grupo en el Código penal español puede serlo el artículo 292» (26).

Finalmente, desde otro punto de vista, su *expresa* constancia en la redacción típica (27), y que la pretendida «tendencia» no adquiere realidad en la acción misma, ni tampoco queda afirmada a modo de mera *consecuencia*, ya sea próxima o remota, del «se apoderare» (28), sino que *exige* inevitablemente *otra* acción, radicada en «descubrir», hace que, en definitiva, sea descartada su inclusión dentro de los

(24) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.* (P. Esp.) cit., pág. 811. Del mismo, *ob. cit.* (P. Gen.) cit., pág. 342: «ejemplo de delito mutilado de dos actos. lo ofrece el artículo 292», insistiendo en idéntica afirmación.

(25) MEZGER, *ob. cit.*, pág. 394. La misma tesis con respecto al parágrafo 146 del Código penal alemán es mantenida en E. MEZGER-BLEI, *Strafrecht* (Allg. Teil), 12 ed., München, 1967, pág. 97.

(26) Nota de RODRÍGUEZ MUÑOZ en la página 394 de MEZGER, *ob. cit.*

(27) También MAURACH, *ob. cit.*, T. I, pág. 280, habla en los delitos de tendencia de «característica no escrita del tipo».

(28) Como se requiere en MEZGER, *ob. cit.*, pág. 358.

«delitos de tendencia», siendo preferible la denominación (29) aquí propuesta.

Por las mismas razones, no es atendible tampoco su configuración como «delito de resultado cortado», pues de ninguna forma se persigue la *producción* de una *consecuencia* ulterior, sino en todo caso una acción nueva y distinta (30), a pesar de que su dimensión político-criminal se encuentre informada también por idéntica «pretensión del legislador de trasladar el centro de gravedad de la defensa frente al infractor, a una etapa anterior al ataque» (31).

Son muy variadas las consecuencias de orden técnico que fácilmente cabe extraer de su conceptualización como «delito mutilado de dos actos», y en este trabajo no serán desarrolladas en toda su concreta y variada proyección, si bien el contorno interpretativo que comporta *condiciona* y simplifica la investigación sobre temas que deberán ser incorporados a un estudio completo del presente delito. Tanto el encuentro y delimitación del bien jurídico, como el de la consumación, formas imperfectas, culpabilidad, participación, etc., se verán determinados por la línea interpretativa aquí expuesta.

(29) Denominación, por lo demás, importada de la dogmática alemana, si bien en este caso la traducción o adaptación es suficientemente expresiva y puede ser utilizada sin grave escándalo e inconveniente. La formulación más preclara, puede verse en K. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts* (Besond. Teil), T. I., nueva reimpression, Darmstadt, 1969, págs. 11-15, poniendo de ejemplo el presente supuesto, en unión de los «delitos de resultado cortado», de estructuras o formas derivadas de un mandato prohibitivo de modificación del mundo exterior, pues por expresa voluntad del legislador se refuerza la protección del bien jurídico *antes* incluso de que se produzca su lesión. El propio BINDING, aludió expresamente, dentro de la misma categoría, al tan citado párrafo 146 (pág. 12). En el mismo sentido, H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 10.^a edición, Berlín, 1967, págs. 107 y 181, precisamente al desarrollar la teoría de la participación y de la tentativa. Muy claro, y aceptando la formulación de BINDING, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrecht* (Allg. Teil), Berlín, 1969, págs. 214-215, que también pone como ejemplo el párrafo 146 (pág. 215). Del máximo interés, en orden a la repercusión de estas categorías delictivas como estructuras no puras dentro del sistema del bien jurídico y del dogma de la causación, además de la conocida nota de RODRÍGUEZ MUÑOZ (MEZGER, *ob. cit.*, págs. 253 y sigs.), en la que expone y revisa la posición crítica de H. MAYER en su *Parte General* de 1936, debe verse, con posterioridad, del mismo autor, su *Strafrecht* (Allg. Teil), Stuttgart-Köln, 1953, págs. 125 y sigs.; y, más recientemente, su nuevo *Strafrecht* (Allg. Teil), Tübingen, 1967, págs. 66 y sigs.

(30) MEZGER, *ob. cit.*, pág. 357.

(31) MAURACH, *ob. cit.*, T. I, pág. 280. También JESCHECK, *ob. cit.*, página 215. Con anterioridad, como ya hemos expuesto en la nota 29, BINDING, *ob. cit.*, pág. 12.

4. FORMAS IMPERFECTAS Y FUNCION DEL DESCUBRIMIENTO

Debe subrayarse, brevemente, un aspecto que puede encerrar interés en orden a completar su diagnóstico técnico, y que viene a ser una especie de recapitulación de lo hasta ahora expuesto: la posición que ha de mantenerse en referencia con la realización del «para descubrir» y la función que pudiera comportar en la medida que constituye el *éxito*, vale decir, de la conducta típica. Más concretamente: ¿qué significación jurídica pudiera adquirir la verificación o no del descubrimiento?

El tipo estudiado no es, en modo alguno, una forma imperfecta (ya sea tentativa o frustración) de un delito perfecto, entendiendo por éste la modalidad de «divulgación» o, incluso, el apoderamiento *con* descubrimiento. Por el contrario, estamos a presencia de un delito *completo* y perfecto desde el momento que se comprueba la existencia de un apoderarse de los documentos con la finalidad, mera finalidad —potencialidad, en suma, con respecto a la realización de aquélla—, de descubrir los secretos que contengan, quedando, en consecuencia, de esa suerte consumado. Situar, pues, el momento consumativo del delito en el descubrimiento supone, sin duda, transportarlo, por así decir, fuera del tipo, exigiendo algo que normativamente no es requerido. El descubrimiento, pues, queda, como gráficamente veíamos se expresaba Mezger, «volatilizado en lo subjetivo»: su externa y objetiva consecución no es necesaria; la acción o el acto de descubrir, típicamente no es exigido. En ese sentido, y aunque pueda tratarse de un proceso fáctico inacabado desde el momento que, por la causa que fuese, no se haya llegado ni al descubrimiento, ni menos a la divulgación de los secretos, sin embargo, jurídicamente sí que lo es, pues las exigencias típicas se satisfacen plenamente sin necesidad de que sean cubiertas ambas etapas, sin que se requieran esas dos nuevas conductas distintas y diferenciadas del apoderamiento.

Que ciertamente el proceso ejecutivo pueda *progresar* y llegarse al descubrimiento, que será lo más frecuente y común, y hasta la misma divulgación, es algo que excede del tipo del párrafo segundo del artículo 497, y únicamente pone en camino de la conjugación de una figura delictiva *distinta*, como es la del párrafo primero del mismo precepto que incorpora a aquélla, y que prevé pena diferente, más grave, y que ya hemos visto constituye un tipo compuesto. No se equipara, en este caso, una forma imperfecta (tentativa o frustración) por el legislador a un delito consumado, reuniéndoles en un tipo único, a modo de los llamados «delitos de emprendimiento» o de «empresa» o de «emprender», según las opiniones (32), pues lo que sucede es que no se parifica a forma imperfecta alguna, porque jurídicamente lo que existe es un delito consumado, y nada más: apode-

(32) MAURACH, *ob. cit.*, T. II, pág. 180. MEZGER, *ob. cit.*, T. II, páginas 243-244.

rarse para descubrir. Y no es lícito hablar de *tentativa*, y cuando decimos «tentativa» nos referimos a la institución descrita por el artículo 3, párrafo tercero del Código penal español, por la sencilla y obvia razón de que el culpable *no* da principio a la ejecución del delito, sino que lo *ejecuta*, practicando *todos* los actos de ejecución que debieran producir el delito, y se produce el delito *completo* del párrafo segundo del artículo 497, y poco importa se haya o no conseguido el «éxito», ya que éste es sólo una simple referencia típica, sin la menor exigencia en orden a su concreta verificación en el mundo de la realidad.

Hablar, por consiguiente, de «tentativa» sería, en este sentido, expresar la imagen de tentativa *que tenga personalmente* el intérprete, pero no la formulada por la ley. Una cosa es que exista un proceso natural, real y fáctico, incompleto, y otra bien distinta la calificación jurídica que al mismo corresponda: unas veces será tentativa o frustración, y otras delito consumado, y otras, incluso nada. Que ese proceso imperfecto sea tipificado como delito completo y autónomo pone de manifiesto, sin duda, algo que es tan claro que ni siquiera debiera ser apuntado: que *no* es tentativa, sino delito consumado (33). Tampoco es lícito situar en una relación de subordinación o dependencia al párrafo segundo del párrafo primero del artículo 497, so pretexto de que éste es un proceso acabado, concluido con la divulgación, ya que precisamente queda *mutilado* en la medida que quien se apodera no sólo puede *no* perseguir ni desear la divulgación, y tender únicamente al descubrimiento, sino incluso ni siquiera llegar a este último, pudiendo perfectamente gozar de la suficiente autonomía como para entenderse *consumado* sin necesidad de recurrir a la modalidad divulgatoria. De todas formas, cabría decir, que para llegar a la «divulgación» debe ser conjugada la presente figura, y que ello significa una indudable dependencia, pues quedaría concebida como una forma imperfecta de la primera, y se olvidaría, además de lo antes expuesto en relación con que la finalidad divulgatoria puede ser extraña a la meramente cognoscitiva y desveladora del secreto —no necesariamente reveladora—, que si así fuese, estaría de más el párrafo segundo, pecándose *per abundantiam iuris* pues con el juego del artículo 3 del Código penal, y el párrafo primero del artículo 497, en solitario, quedarían suficientemente cubiertas las necesidades inculminatorias. Pero no es así, debido a que no se trata de forma imper-

(33) La impropiedad de hablar en estos casos de tentativa cuando se trata de un delito consumado, quizá obedezca, con independencia del prejuicio metódico que pudiera comportar, al olvido de una consideración tan simple como evidente, que con acierto subraya RODRÍGUEZ DEVESA, y es que «para que haya tentativa, en sentido amplio, es preciso que el delito no se haya consumado. La consumación se produce cuando se ha realizado íntegramente la conducta tipificada por la Ley» (RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.* (P. Gen.), página 628).

fecta del delito de divulgación, que no funciona como delito consumado del supuesto aquí estudiado, como resulta palmario.

Desde la perspectiva del descubrimiento, o si se quiere, conforme ya expusimos en otra ocasión (34) del *éxito*, de la verificación del fin perseguido, lo que acontece es que el bien jurídico que se pretende tutelar es de tal sensibilidad que no es necesaria su infracción, pues su simple probabilidad, *casi* segura, es ya suficiente, tiene significación y relevancia, y *no* exige que, real y efectivamente, los secretos se hayan descubierto. De esa suerte, puede decirse, y *sólo* desde tal consideración, que el delito queda consumado «anticipadamente», o mejor, que queda consumado, aunque *no agotado*, en aquellos casos en que el autor no haya practicado el descubrimiento que perseguía (35).

(34) M. COBO, *Función y naturaleza del artículo 226 del Código penal*, en ADPCP, 1968, pág. 68.

(35) La distinción la utilizamos en la interpretación del artículo 226 del Código penal, en la incidental explicación de los delitos de rebelión y sedición que fue necesario verificar para despejar el problema central que se trataba en el trabajo citado en la nota anterior. En el mismo sentido, con validez general, se pronuncia RODRÍGUEZ DEVESA, cuando afirma que «la conducta del sujeto... concluye con la *consumación*, sin que sea preciso que el sujeto llegue al *delito* agotado, a la consecución de sus ulteriores propósitos, en el caso de que los hubiera», o recogiendo la distinción de JESCHECK entre *consumación* y *terminación*, y que esta «se da cuando el autor ha realizado el propósito que perseguía más allá de la realización de las características objetivas del tipo en las que radica la consumación» (RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, (P. Gen.), pág. 623. En inmediata referencia con este extremo, y especialmente con la interpretación que en su día propuse sobre el artículo 226, MUÑOZ CONDE extrajo, por su cuenta y riesgo, conclusiones inadmisibles, sin el menor fundamento ni en mis opiniones sobre el particular, ni menos en el derecho positivo interpretado, y esto último sería, desde luego, lo único importante. En nota recensionaria de mi trabajo (vid. F. MUÑOZ CONDE, *Una nueva interpretación del artículo 226 del Código penal*, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia (órgano oficial del departamento) número 797, año XXIII, 15 febrero 1969, Madrid, págs. 3 a 7, tan sólo), afirma (pág. 3), que «se puede deducir del artículo del profesor COBO que, desde un punto de vista formal, el «mero alzamiento» de los rebeldes o sediciosos no consume el delito», e inmediatamente cita un pasaje, —con la página equivocada, pues no es la 72, sino la 68 de mi estudio—, en el que clara y expresamente digo todo lo contrario: «desde el punto de vista de la objetividad jurídica protegida en los artículos de rebelión y sedición, su simple puesta en peligro, el intento de quebrantarla, *es ya constitutivo de los citados delitos*. Sin embargo, desde la perspectiva del éxito, de la verificación del fin perseguido, el delito queda *consumado anticipadamente*», etc. Resulta, por tanto, evidenciado hasta la saciedad, con su simple lectura, que *no* es necesario para su consumación con alcanzar realmente las finalidades pretendidas por los alzados, pues es suficiente el mero alzamiento. Por si hubiese alguna

Las consecuencias que cabe extraer en orden a la vigencia de formas imperfectas y su general dinamismo son evidentes por demás: su problemática, pues, gravitará, única e inexorablemente, sobre el

duda, igual opinión reflejan otros pasajes, referidos a la misma cuestión: que es ya «delito completo» (pág. 68), «auténticos delitos» (pág. 73), «es evidentemente porque tales delitos se han verificado, esto es, son *ya delitos*» (pág. 73), «opera en los casos en que se hayan cometido la rebelión o sedición» (pág. 73), «de suerte que el tipo se agota con la existencia de un alzamiento público y en abierta hostilidad contra el Gobierno, informado por unas específicas finalidades» (pág. 66), «si la rebelión o sedición se han consumado» (pág. 67), «sin que sea necesario se consigan los fines (resultados) a los que las conductas típicas se orientan» (pág. 67), etc. Como es palmario, *no se puede deducir* lo que deduce MUÑOZ CONDE, o mejor, poderse se podrá, pero *no se deberá*, por la sencilla razón de que justamente lo contrario es no sólo la que cabe extraer, sino lo que, sin deducción alguna, se *afirma* claramente. En la página 4, MUÑOZ CONDE, con base en la nota 4, en la que recoge parte del texto del artículo 214, y un pasaje entrecomillado, sin indicar su procedencia, dice lo siguiente: «lo cierto es que el legislador no ha esperado para aplicar la pena a que los rebeldes o sediciosos consigan sus fines, sino que construyendo una «consumación anticipada», castiga el simple «alzamiento», como se deduce del tenor literal de los artículos 214 y 218... y esta vez, por cierto, es lo que veníamos sosteniendo en todo momento. Pero, por fin, ¿qué cosa es la deducida? A continuación, y en orden a la función que atribuíamos al desistimiento, por exigencias que creemos son claras del artículo 226, y que *recuerda* a la que desempeña en la tentativa de delito del párrafo tercero del artículo 3 del Código penal, transcribe otro texto —y con errata, pues no decía «delito complejo», sino «delito completo», y también con página equivocada, ya que no es la 73, sino las 68-69—, junto a la opinión, en el mismo sentido, de ANTÓN —que recogí en su lugar oportuno (J. ANTÓN, *Derecho penal* (P. Gen.), Madrid, 1949, págs. 317 y sigs.)—, y extrae la conclusión, puramente constatoria, de que me pronuncio «pues, en definitiva por el mantenimiento de la naturaleza propia de la tentativa, a pesar de su equiparación a la consumación, continuando aquélla con sus atributos» (pág. 4). En ningún momento he llegado a la equiparación de la tentativa con la consumación, pues lo que ha sido afirmado por ANTÓN y subrayado en el citado trabajo con fines interpretativos diferentes, es que se *puede comparar*, sólo y únicamente *comparar*, la función que al *desistimiento* se le atribuye por el artículo 226, y sólo y únicamente al *desistimiento*, con la que desempeña en la tentativa del párrafo tercero del artículo 3, pero *nunca* que la forma imperfecta se equipare, en este caso, plena y totalmente, con el delito consumado: «se impone el parangón», dice ANTÓN (*ob. cit.*, loc. cit.), «desempeña pareja función» (pág. 69), se afirma por mi parte. Nadie, a excepción de MUÑOZ CONDE, ha hablado en el citado supuesto de «equiparaciones», ni nadie, salvo él, ha puesto en tela de juicio la «naturaleza propia de la tentativa», ni nadie se ha preguntado, porque no tiene el menor sentido, si de dicha comparación de carácter funcional «cabría preguntarse si vincula también a otros efectos, haciéndole perder los caracteres propios de la figura de la

simple apoderamiento, si bien éste de forma necesaria sea también invariablemente *para* descubrir, pero en el ciclo ejecutivo sólo aquél *podrá* ser tenido en cuenta.

tentativa, de los cuales uno de ellos es el desistimiento», porque ni se precisan a qué «efectos» se refiere, ni qué se deriva de ello, ni el desistimiento es un carácter de la figura de tentativa, pues sucede todo lo contrario; que la desvirtúa, ni menos estamos aquí a presencia de *tentativa*, jurídicamente entendida, sino siempre, y en todo caso, de delitos consumados, ni tampoco el artículo 226, y la función por él desplegada, tolera se hable, como hace MUÑOZ CONDE, de los llamados «delitos de empresa», por la sencilla y obvia razón de que *no existe tentativa* que equiparar, ni es equiparable, ni equiparada, ni por la doctrina, ni mucho menos por la ley. MUÑOZ CONDE ha radicalizado la tesis que expuse sobre el artículo 226, traspasando los límites de lo admisible, e incluso hasta de lo discutible: es claro que, por tratarse de delitos consumados, y no de tentativas, no les afectaría el desistimiento, y sólo por vigencia del artículo 226 así sucede, y precisamente la prueba de todo ello, de que son delitos consumados, es la propia existencia del artículo 226, ya que sería innecesario si de tentativas puras y simples se tratara. Por esta razón, concluí sosteniendo que eran «razones de utilidad y conveniencia, las que han aconsejado al legislador la instauración y vigencia del artículo 226» y «que su genuino fundamento debe ser encontrado en el *desistimiento*» (página 69), y que finalmente, era «una *causa especial de exención de la pena*» (pág. 74) en cuanto a su naturaleza jurídica, y no que «debe ser *conceptuado como impunidad por falta de tipicidad*» (MUÑOZ CONDE, pág. 5), porque el proceso ejecutivo ya fue *típico, antijurídico* y hasta *culpable*. Hasta aquí unas breves puntualizaciones a las propuestas de MUÑOZ CONDE, y sería salirse del presente tema precisar otros extremos referidos a la cuestión de la participación.

(Encontrándose redactado y finalizado este estudio, me llega un trabajo del mismo MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1971, en el que de nuevo alude a la cuestión debatida, y esta vez quizá más reflexivamente. Me referiré tan sólo a su rectificación de lo expuesto anteriormente, y no a la interpretación que ofrece del artículo 519 del Código penal, cuyo concreto y especial estudio es posible le haya hecho ver la inconsecuencia de continuar manteniendo sus sugerencias por lo que al artículo 226 y concordantes, así como sus interferencias con la tentativa, se refería. Dice últimamente MUÑOZ CONDE: «creo que ahora los delitos de rebelión y sedición no son subsumibles en este grupo de delitos (se refiere de nuevo a los *Unternehmensdelikten*), sino en el de aquellos en los que la tentativa se considera como tipo autónomo independiente de la producción o no del resultado, lo que tiene por consecuencia la no aplicación de los efectos del desistimiento» (pág. 167, nota 3). Como puede verse se adhiere ahora a la tesis de que se trataba de «un principio de ejecución... elevado a la categoría de delito completo por el legislador», pero siempre de delitos *consumados*, aunque prefiere seguir empleando el término de «tentativa», si bien como tipo autónomo independiente, con lo que sustancialmente viene a decir lo mismo que ya se expuso en su momento. Y, naturalmente, como delitos con-

Todo ello, pues, viene derivado, como otros tantos puntos concretos que no son del caso, de su naturaleza como «delito mutilado de dos actos», y sólo ha sido destacada la anterior consideración con vistas a conseguir una mayor claridad exegética y expositiva.

5. DOCTRINA EXPRESADA POR LA SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1967

La sentencia indicada, recoge los siguientes «hechos probados»: «Que durante el período de tiempo comprendido entre los meses de julio y agosto de 1964, el procesado G. R. R., mayor de edad y sin antecedentes penales, recibió repetidamente y en distintos días, en su oficina sita en la calle de N. E. (de esta capital) n.º X, correspondencia postal en pliegos cerrados dirigida a don F. R. F. conteniendo cheques suscritos por éste y ya pagados, estados de cuentas bancarias, comunicaciones acerca del arriendo en L. de un local para su oficina, cartas de su socio o empleado en aquella ciudad, y otros documentos contenidos en sus respectivos sobres, que el procesado abrió enterándose de lo en ellos escrito, sin que conste que les haya abierto por simple error, habiéndose probado igualmente que entre el procesado y su padre por una parte, y el Sr. R. por otra, hubo relaciones comerciales durante unos 25 años, como exportadores de frutas de aquéllos y como receptor encargado de su venta en I. éste, relaciones que cesaron súbitamente el 6 de febrero de 1964, por determinación de tales exportadores, lo que dio lugar a que el trato de éstos con el citado Sr. R., resultara poco o nada cordial, habiendo tenido todos ellos sus oficinas en la casa n.º X de la calle V. de esta ciudad, hasta el 31 de enero de 1964, a la cual había sido dirigidas las cartas que el procesado abrió, sin que conste quién haya indicado al cartero de esta calle que las desviara a las nuevas oficinas del procesado y su padre en la citada calle de N. E.»

La Audiencia Provincial de L. P., una vez relatados los anteriores hechos, entendió se trataba de un delito de descubrimiento de secre-

sumados que son, no les afectaría el desistimiento, salvo que así, expresamente, lo diga el legislador, que es precisamente lo que aquí ha ocurrido, y que ahora reconoce MUÑOZ CONDE, cuando afirma «del artículo 226, que en definitiva no se trata más que de un supuesto especial de desistimiento previsto por el legislador para unos delitos, que de otra manera lo rechazarían» (*ob. cit.*, loc. cit.). Por lo demás, no cabe la menor duda que debe continuar manteniendo MUÑOZ CONDE, la función del desestimiento allí donde haya tentativa, cosa que no creemos sea puesta en duda por nadie, pues las «complicaciones dogmáticas» a las que alude no surgen precisamente ni por la soltura del legislador, ni por los «pocos principios rectores», sino mas bien por la desenvoltura y no ajustada comprensión de algunos hermeneutas. Podría extenderme en más consideraciones sobre ambos trabajos que harían excesivamente prolija la presente nota.)

tos previsto y penado en el artículo 497, párrafo segundo, del Código penal, condenando al procesado a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de cinco mil pesetas.

La defensa del condenado, por diferentes motivos de casación, formalizó el recurso oportuno, siendo rechazados todos ellos, con base en los siguientes «considerandos», que por su indudable interés general transcribimos literalmente (36).

«CONSIDERANDO: Que en el segundo motivo del recurso —el primero no fue admitido—, se atribuyó a la sentencia, al amparo del número 3.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el defecto de no resolver la cuestión propuesta en el escrito de calificación de la defensa consistente en que en 17 de enero de 1964 don N. y don G. comunicaron a la Administración de Correos de L. P., haber trasladado sus oficinas desde la calle de V. n.º X a la de N. E. n.º X, omisión que en opinión del recurrente deja sin sentido el pasaje de la sentencia referente a que no consta quién haya indicado al cartero de la calle que desviara la correspondencia del Sr. R. a las nuevas oficinas; motivo de casación que no puede ser acogido, porque lo que el Tribunal tiene que resolver en la sentencia son las cuestiones jurídicas propuestas por las partes, no las de *facto*, que implícitamente quedan resueltas en la declaración de hechos probados, donde el órgano jurisdiccional recoge los que a su juicio adquirieron sello de certeza y en la forma que estimó habían acaecido, aunque no coincida con el relato formulado por las partes, y sin que tenga que hacer declaración sobre la inexistencia o no constancia de los hechos que no estime probados; omisión de *facto* que en todo caso como error de hecho no podía combatirse por la vía de un recurso de la naturaleza del interpuesto, y que recogido o no en la declaración de hechos probados es intrascendente a los fines del proceso porque no se trataba del desvío de la correspondencia de los señores R., sino de la de don F. R., y por tanto, al referirse ese oficio a la correspondencia de aquéllos y no a la de éste, la sentencia que silenció tal detalle del escrito de calificación no incurrió en la falta de que se le acusa en este motivo del recurso».

«CONSIDERANDO: Que en los tres primeros motivos del recurso por infracción de Ley —únicos admitidos a trámite—, y que corresponden a los números tercero, cuarto y quinto del escrito, interpuestos al amparo del n.º 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; se sostiene la indebida aplicación del artículo 497 del Código penal por no concurrir los presupuestos fácticos en que descansa el delito; apoderamiento de las cartas, carácter secreto de éstas y ánimo de descubrir su contenido; presupuestos que se desarrollan en cada uno de los tres motivos y que tienen que ser desestimados por las siguientes razones:

A) El tercero, referente a la no existencia de una acción de apo-

(36) Ha sido ponente de esta sentencia, el Excmo. Sr. D. José María González Díaz.

deramiento, por decirse en los hechos probados que el procesado recibió en su oficina la correspondencia dirigida a don R. F., y no que se apoderó de ellas, porque si en amplitud de conceptos recibir supone una actitud pasiva del sujeto que recibe, contrapuesta a la de actividad que implica la acción de apoderarse de algo, como gramaticalmente este «apoderarse» de una cosa significa hacerse dueño de ella, la figura delictiva que se contempla emplea al verbo «apoderar» en el sentido de que los papeles o cartas queden bajo el poder de quien no les pertenece, incorporación al patrimonio de uno que precisa necesariamente una actividad, una acción positiva, un hacer, un algo positivo de quien recibe la cosa para que ésta quede bajo su dominio, ya que la sola inactividad o pasividad no produciría el efecto de tener por suyo o poder disponer de lo que recibió; y así, al declararse probado que el procesado recibió repetidamente en distintos días en su oficina correspondencia postal en pliegos cerrados que abrió enterándose de su contenido sin que conste lo hiciera por simple error, queda patente la acción de apoderarse de lo que no iba dirigido a él, pues aunque el acto inicial de llevar la correspondencia a su oficina fuese extraño a su actividad y se la encontrase allí en el buzón, en cualquier otro lugar o entregada en propia mano, a ese desasimiento del cartero o de quien hiciese la entrega, siguió el acto de apoderamiento al tomarla, abrirla y enterarse de su contenido, y como éste lo hizo repetidamente y en distintos días y no por distracción, contra lo que se afirma en el recurso, hay una actividad plenamente desarrollada para apoderarse de la correspondencia ajena, apoderamiento que, por otra parte, no precisa de medios violentos o fraudulentos de comisión que darían lugar a otras formas más agravadas de delincuencia, contemplándose en ésta solamente el hecho material de la aprehensión con la finalidad indicada en el Código de descubrir los secretos de otro y que queda manifiesta al proceder a la apertura de los pliegos que estaban cerrados.

B) El cuarto motivo, referente a la no existencia de delito por no existir «secretos de otro», carece de toda consistencia porque la cosa puede ser secreta *per se*, por su misma naturaleza o por voluntad de quien la posee; circunstancias una y otra que se dan en la correspondencia abierta por el inculpado; la primera por tratarse de correspondencia mercantil —cheques, estados de cuentas, comunicaciones sobre arriendo de local para oficinas, etc.—, de carácter secreto por ministerio de la Ley —artículos 45 y 46 del Código de Comercio—; y la segunda porque el hecho de cerrar una carta demuestra la voluntad de que su contenido no sea conocido más que por la persona a quien va dirigida, y por tanto, es un secreto que viola el que la abre sin el consentimiento del destinatario, como así lo tiene declarado esta Sala al abrir una carta encontrada en la calle y divulgar su contenido, porque en cualquier parte que se encuentre el documento cerrado y dirigido a otro, su contenido es siempre un secreto para los demás.

C) La falta de intención o ánimo de descubrir los secretos de

otros —materia del quinto motivo del recurso—, porque la simple lectura de los hechos probados repele toda la argumentación encaminada a demostrar esa carencia de ánimo delictivo, pues se afirma en ellos que el procesado y su padre como exportadores, habían mantenido relaciones comerciales durante veinticinco años con don F. R., que súbitamente cesaron estas relaciones en 6 de febrero de 1964; que cinco días antes —el 31 de enero de ese año— el procesado y su padre, que tenían una oficina común con el Sr. R. en la calle de V., la trasladan a otra calle, y en ese nuevo domicilio comercial, entre los meses de julio y agosto de dicho año, reciben repetidamente y en distintos días correspondencia postal cerrada dirigida a don F. R., que el procesado abrió enterándose de su contenido sin que conste que la abriera por simple error; relato que pone de manifiesto el propósito del procesado de enterarse de los asuntos mercantiles de su antiguo socio, propósito malicioso al abrir repetidamente la correspondencia y no por simple error como dice la sentencia, tanto más acusado cuanto las relaciones comerciales habían cesado «súbitamente» —es palabra de los hechos probados—, y el trato entre ellos era poco o nada cordial, según declaran esos mismos hechos; y si en ese ambiente separan la oficina y en la nueva recibe el procesado la correspondencia dirigida al ex-socio una y otra vez, la intención delictiva está perfectamente acusada, ya que de otro modo al primer pliego abierto inadvertidamente hubiera seguido el acto de cerrarlo y reexpedirlo a su destinatario, o devolvérselo al cartero para que él lo verificara, cosa además que hubiera impedido la continuación de esa irregularidad; y al no hacerlo así, y convertirse en receptor de la correspondencia mercantil de persona con la se había enemistado enterándose de su contenido, quedó incurso en el delito del artículo 497 del Código penal en su párrafo 2.º por el que ha sido condenado, al no constar que divulgara el contenido de aquella correspondencia».

6. POSICION DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS TEMAS DESARROLLADOS EN LA SENTENCIA CITADA

Al margen de las diferentes cuestiones de carácter procesal, que sólo incidentalmente serán expuestas, el fallo comentado comporta pronunciamiento pleno sobre los problemas más importantes de orden técnico que plantea el artículo 497, o más específicamente, su párrafo segundo. De esta manera, nuestra jurisprudencia ha tomado posición clara y terminante, sobre:

a) El contenido y significación de la expresión «se apoderare», así como los puntos concretos que de ella se derivan.

b) Concepto y principios informativos del pasaje legal «secretos de otro», siempre del máximo interés en este delito, como es de por sí natural y lógico.

c) Exigencia y presencia del elemento subjetivo del injusto, ra-

dicado en el específico «propósito» de descubrir los secretos de un tercero.

Los puntos reseñados no han sido totalmente desconocidos por nuestra jurisprudencia, pues ésta, en las pocas sentencias que existen sobre el particular, se ha producido con anterioridad, si bien refiriéndose al párrafo primero del artículo 497 esencialmente, en lo que de común tiene con la modalidad del párrafo segundo y, desde luego, de forma un tanto fragmentaria, no contemplando en única decisión, como ahora sucede, la proyección total de las diferentes, o mejor, más significativas cuestiones del precepto. Justamente en esto último radica la trascendencia de la presente resolución, que trata de lleno y en bloque los problemas específicos que afectan al párrafo segundo del artículo 497 por vez primera.

Admitida, no obstante, la validez general de determinadas soluciones jurisprudenciales para el presente supuesto, conviene sean tenidas en cuenta con la finalidad de verificar una valoración de la doctrina sentada por la sentencia de 6 de octubre de 1967, desde la perspectiva deparada por las decisiones que le han precedido. Así, correlativamente, tenemos:

a) En cuanto a la expresión «se apoderare», fue entendida en su proyección hacia el sujeto pasivo, como que éste quedaba «desposeído» de sus papeles o cartas: «quedando el perjudicado *desposeído* de ellos en aquellas circunstancias» (37). Por lo que a su concepción exclusivamente física, material, se refiere, queda descartada, con base en el siguiente razonamiento: «si el apoderamiento de papeles... ha de ser material o simplemente para examen y toma de conocimiento, y en el sentido en que la Ley emplea la palabra apoderamiento en el artículo 497, y dada la colocación de este hecho punible en el título de los delitos contra la libertad y seguridad, *hay que excluir el concepto material, por bastar el apoderamiento momentáneo para las operaciones mentales de conocer y entender, con la finalidad de descubrir y utilizar en cualquier forma los secretos de otro*» (38).

b) En orden a la precisión del término «secreto», se afirma que «el plagio atribuido al querellante siempre se trataría de secretos de la vida privada o comercial de éste, que forman parte de la esfera de su libertad y de su seguridad, que la Ley ampara frente a todo registro, examen o comunicación a terceros, *contra o sin la voluntad del interesado*» (39).

c) Con más frecuencia se ha pronunciado nuestra jurisprudencia sobre el tercer problema, y la doctrina es constante al exigir la inexorable presencia del elemento subjetivo, consistente en el «móvil específico» directa e inequívocamente encaminado a descubrir los secretos de otro. Así, se tiene declarado que «el que para descubrir los secretos de otro se apodera de sus papeles o cartas y divulga aqué-

(37) S. de 22 de marzo de 1962. La cursiva es nuestra.

(38) S. de 3 de abril de 1957. La cursiva es nuestra.

(39) S. de 3 de abril de 1957. La cursiva es nuestra.

llos, es de todo punto *inaplicable* al caso... *ajeno completamente al propósito de descubrir* secretos para divulgarlos o no, en razón a que lo que los funcionarios aludidos practicaron fue un acto judicial» (40), y que «para la existencia de este delito es indispensable que *el apoderamiento de las cartas o papeles se realice con el fin de descubrir el contenido de los mismos*, se divulgue o no; y como de los hechos declarados probados ... se desprende que la intención de los procesados ... al abrir la carta que se entregó al último para llevarla al correo, y que no consta siquiera llegara a leerla, *no fue la de descubrir su contenido*, sino la de introducir, como lo hicieron en la misma, la fotografía que la acompañaba o un papel que incluyeron frases y figuras obscenas e injuriosas, es obligado reconocer que tal hecho, por carecer de tan esencial elemento, no puede entrañar el referido delito» (41). Del mismo modo, se alude a la «*finalidad perseguida de descubrir el secreto* contenido en el sobre cerrado que guardaba la carta, apoderándose de ella y divulgando su contenido al entregarla al abogado e incorporarla a actuaciones judiciales, y al concurrir el dolo específico de pretender descubrir secretos contenidos en una carta cerrada, que se abre, se lee y se retiene, haciendo público su contenido» (42). Más recientemente, aunque subrayando tan sólo un «móvil» genérico de «perjudicar», se afirma que «si bien el motivo aparente fue el de denunciar ciertas defraudaciones a la Hacienda Pública, *el móvil* que les indujo a ello no fue simplemente el de ejercitar una acción pública y ciudadana, sino el de *perjudicar* al repetido don M. L. por las malas relaciones en que con él se encontraban» (43).

Finalmente, debe tenerse muy en cuenta, la tesis sostenida en orden a que «si una persona, *inadvertidamente*, abre una carta a otro dirigida, no por eso puede encuadrarse en el vulgar concepto de delincuentes» (44).

A la vista de las anteriores posiciones de nuestra jurisprudencia, el fallo comentado significa los siguientes pronunciamientos:

a) Implícitamente acepta la presencia de la «desposesión», como se admite en el pasaje que transcribimos: «en el sentido de que los papeles o cartas queden bajo el poder o dominio de quien no les pertenece». Al mismo tiempo, se subraya la dimensión física, inevitable en el pasaje legal «se apoderare», cuando declara que «contemplándose en ésta solamente el hecho material de la aprehensión con la finalidad indicada en el Código de descubrir los secretos de otro y que queda manifiesta al proceder a la apertura de los pliegos que estaban cerrados». No presenta, pues, la sentencia en cuestión, en este extremo, la menor disociación con la doctrina formulada que le ha precedido.

(40) S. de 14 de octubre de 1876. La cursiva es nuestra.

(41) S. de 19 de junio de 1923. La cursiva es nuestra.

(42) S. de 10 de diciembre de 1957.

(43) S. de 22 de marzo de 1962. La cursiva es nuestra.

(44) S. de 10 de diciembre de 1957. La cursiva es nuestra.

b) Tampoco ofrece novedad con respecto a la anterior jurisprudencia —citada incluso por la propia sentencia—, en cuanto a la general validez del «secreto», concretado en las cartas, e inequívoca expresión de una voluntad de que así permanezca: «el hecho de cerrar una carta demuestra la voluntad de que su contenido no sea conocido más que por la persona a quien va dirigida».

c) Por lo que al móvil específico se refiere, la sentencia lleva a cabo un razonamiento no tan acorde como hasta ahora hemos comprobado en relación con anteriores fallos: en definitiva, tan sólo se afirma que el «relato... pone de manifiesto el propósito del procesado de enterarse de los asuntos mercantiles de su antiguo socio», y que si «recibe y abre el procesado la correspondencia dirigida al ex-socio una y otra vez, la intención delictiva está perfectamente acusada». Sin embargo, las exigencias, por así decir, de muy particular orden subjetivo en anteriores decisiones, han sido mayores y la función y dinamismo asignados a la motivación fueron sumamente matizados, como puede observarse a través de la simple lectura de los pasajes transcritos en c), y conforme desarrollaremos detenidamente a continuación.

7. ANALISIS VALORATIVO DE LAS TESIS MANTENIDAS POR LA SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1967. DIFERENTES EXTREMOS EN RELACION CON LOS «HECHOS PROBADOS» Y SU SIGNIFICACION JURIDICA

Conviene, para una mejor comprensión del análisis del fallo citado y conseguir una mayor claridad expositiva, sistematizar en apartados las consideraciones siguientes:

a) Los *hechos* recogidos en el pertinente «resultando» se formulan, en cierto modo, con una redacción que si bien aparentemente pudiera marginar fisuras, deja, sin embargo, espacio para que penetre una valoración derivada del empleo de la lógica, que puede ofrecer indudable interés para clarificar algunos aspectos concretos del párrafo segundo del artículo 497. Dado que, en el momento presente, no se trata de sustanciar —ni siquiera de dar la pauta—, recurso alguno, el análisis científico se moverá más ampliamente que si de ello se tratara, sin el condicionamiento que suponen las normas rituales disciplinadoras del recurso de casación, aunque obviamente no sean perdidas de vista, ajustándose a ellas, en todo momento, las presentes reflexiones. Así, tenemos:

a') La sentencia de la Audiencia, mantenida incólume por el Tribunal Supremo en todos sus pronunciamientos, emplea una expresión que constituye su eje central, y que no puede escapar a la consideración del comentarista, cual es «sin que conste los haya abierto por simple *error*». El término «error» proyecta su significación jurídica en una doble vertiente: de un lado, aleja la posibilidad de una clara y terminante inculpabilidad, saliendo al paso, de forma tajante, de

su posible constancia; y de otro, introduce en la redacción fáctica un concepto altamente valorizado, lleno de significación jurídico-penal de suyo, que empaña, por así decir, la pureza descriptiva de los hechos. En su primer aspecto, conduce por una vía en principio expedita para la afirmación de la culpabilidad; y en el segundo, coloca ante la admisión de un concepto, como es el «error», que por su carácter jurídico condiciona y puede predeterminar, en cierto modo, el fallo en este caso condenatorio, haciendo inevitable la alusión al número 1 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (45). En este sentido, la redacción jurisprudencial citada es asimilable a esta otra: «sin que conste sea inculpable». La validez del error, sobre todo en este supuesto, como causa de inculpabilidad, hace inexorable la anterior equivalencia. El mismo defecto se comprobaría si se invierten los términos, es decir, si se hubiese dicho «constando han sido abiertos por simple *error*», aunque la conclusión, en sede de culpabilidad, sería diametralmente opuesta, pues habría que negar ésta y absolver de forma necesaria y ya predeterminada en el momento del «resultando de hechos probados». Cosa distinta es si se describiera una situación fáctica de la que, a continuación, en los «considerandos», se derivase la existencia o no de error, a través del oportuno razonamiento jurídico. Quizá un deseo simplificador ha inspirado el pasaje, y como tal simplificación, nada habría que decir si las disposiciones de orden formal —así mal llamadas, pues constantemente esconden en su seno principios sustantivos, sobre todo, garantizadores de derechos (46)—, resultasen sin mácula, lo

(45) El texto legal citado dice: «Podrá también interponerse el recurso de casación por la misma causa: 1.º Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo». (La cursiva es nuestra.)

(46) El eterno problema de la postergación de lo peyorativamente llamado «formal» presenta a veces una engañosa apariencia, ya que en aras de lo «material» o «sustantivo» se comprueba una tensión casi constante, con la finalidad de minimizar, so pretexto de consideraciones más o menos pragmáticas o justicieras, el «formalismo» en el Derecho. Es curiosa la transición acontecida incluso en el lenguaje vulgar: ser «formal» es o era equivalente a ser «serio», «cumplidor», «honrado», etc., en tanto que el término ha sufrido profunda trivialización con la expresión «formalista» de evidente contenido peyorativo. El Derecho no puede prescindir de las formas, de lo formal, pues en cierto modo, valga la paradoja, le es también y al mismo tiempo algo sustancial que supone su contenido. Por lo general, lo absolutamente formal, en cuanto vacío, no existe en el Derecho: tiene su contenido y significación. Que a veces no sea palmario a primera vista, no supone que no exista. Casi siempre sucede que las «formas» comportan, cuando menos, un mínimo siquiera de garantías, y muy especialmente, de *seguridad*, y precisamente por

que esta vez, y cuando menos por la razón expuesta, resulta ciertamente difícil mantener.

b') Desde ángulo valorativo distinto, los hechos declarados probados, se encuentran informados, en cierto modo, por un laconismo generador a veces de singular ambigüedad, como sucede con un extremo que pudiera tener significativa función en orden a la total comprensión del suceso penal: «sin que conste quién haya indicado al cartero de esta calle que las desviara a las nuevas oficinas del procesado y su padre en la citada calle de N. E.». No consta, pues, quién haya indicado al cartero desviase las cartas dirigidas a la calle V. hacia la calle N. E., pero se admite un hecho indudable: que, por la razón que fuere, que no consta tampoco —o, al menos, no se especifica—, el cartero, por error o por cualquier otra causa, las desvió del destino al que iban dirigidas. Si a esto se le une, que el párrafo segundo del artículo 497 venía siendo letra muerta (47) —por la evidente dificultad en la probanza del tipo, no exteriorizado, a través de la divulgación—, y que la sentencia no alude en el relato de los hechos, a cómo estos fueron *conocidos* y probados —pues tan sólo los describe como si de un caso práctico académico se tratara, aunque en verdad así puede hacerse—, se desprenderá, en el terreno estrictamente lógico, un cierto hábito misterioso acerca del constante *por qué* y *cómo* que cabe formular y que, sin duda, estimulan la curiosidad e imaginación del intérprete, quedando sin contestación, imprejuizados lógicamente, en la redacción cuestionada. Tampoco ofrece mayor amplitud explicativa, ni concreción, la pista seguida a través de los «considerandos» del fallo, como veremos a continuación, y casi seguro por la propia naturaleza y ordenación rituarial del recurso de casación penal.

esto sucede que algo que parece, superficialmente, como accidental, se convierte en esencial, en algo sustantivo y material. No debe, pues, frívolamente, perderse de vista el contenido de sentido que implica la dimensión formal del Derecho, a pesar del prejuicio que viene suponiendo, en concretos casos, el empleo de denominaciones tales como «adjetivo», «rituario», «procedimental», etc., para determinadas disposiciones que, si se analizan con detalle, se verán que, en definitiva, son garantizadoras, en amplia proyección, de específicos derechos. Innecesario citar bibliografía sobre este amplísimo tema, pues sólo nos hemos permitido una simple digresión. Sin embargo, destacamos la decisiva importancia que se atribuye en la actualidad por parte de la moderna antropología social al conjunto significativo, lleno de sentido, de todo símbolo, en cuanto «forma», en su acepción más elemental y rudimentaria, y como es natural, con mayor razón, en una sociedad evolucionada, y por lo que al Derecho se refiere, vid. C. LÉVI-STRAUSS, *Antropología estructural*, (trad. esp. E. VERÓN), 2.^a ed., Buenos Aires, 1969, págs. 320 y sigs. y 324 y sigs. Del mismo, *El Totemismo en la actualidad* (trad. esp. F. GONZÁLEZ ARAMBURU), Méjico, 1965, págs. 29 y sigs., por sólo citar dos de sus obras más representativas, en cuanto al extremo aquí apuntado.

(47) QUINTANO, *Tratado*, cit., pág. 876.

c') Resuelve la sentencia, en su primer considerando, un motivo del recurso de la defensa al amparo del número 3 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (48), relativo a «que en 17 de enero de 1964 don N. y don G. comunicaron a la Administración de Correos de L. P., haber trasladado sus oficinas desde la calle de V. número X a la de N. E. número X, omisión que en opinión del recurrente, deja sin sentido el pasaje de la sentencia referente a que no consta quién haya indicado al cartero de la calle que desviara la correspondencia del Sr. R. a las nuevas oficinas». Tesis descartada por la decisión comentada, como ya ha sido expuesto en el oportuno apartado, en base a las consideraciones en ella expuestas.

Es cierto, desde luego, que el Tribunal, como dice el «considerando», debe resolver las cuestiones jurídicas propuestas por las partes, y que las de *facto* también quedan resueltas en la declaración de «hechos probados» —y no podía ser por menos—, como asimismo es correcta la afirmación de que no «tenga que hacer declaración sobre la inexistencia o no constancia de los hechos que no estime probados», y esto último precisamente no es tenido en cuenta por el Tribunal de instancia, mostrando cierta incongruencia que resulta paradójica con el razonamiento en cuestión: «sin que conste que les haya abierto por simple error», y «sin que conste quién haya indicado al cartero de esta calle que las desviara a las nuevas oficinas», son pasajes de los hechos aleccionadores al respecto. En buena lógica, y de acuerdo con la propia doctrina sentada posteriormente por la sentencia del Tribunal Supremo, esa «no constancia», cuya narración expresa no era necesaria, debería haber sido objeto del silencio más exquisito en el relato de hechos del «resultando» y, sobre todo, en este caso, en que la manifestada constancia de la no constancia, valga el juego de palabras, sitúa en camino que aboca a la tesis condenatoria. Lo que no consta, se silencia, y sólo se expresará aquello que ha adquirido, como dice la sentencia, «sello de certeza».

Pero, volviendo a la contestación del motivo de casación antes aludido, el último párrafo del «considerando» citado, conduce inequívocamente a una conclusión que puede tener el más alto valor en orden a la significación jurídica de los hechos, y especialmente en la concreción de la culpabilidad como, según se nos dice, apuntara la defensa del procesado. La existencia del oficio en que se advierte a la Administración de Correos el traslado de oficinas es admitido de plano en el «considerando» —no recogida en el «resultando» de la sentencia recurrida—, si bien se le califica de «intrascendente a los fines del proceso», porque se trataba en aquél tan sólo del desvío de la correspondencia del procesado y de su padre, y no de la de don F. R., por lo que nada podría extraerse de dicho extremo. No puede compartirse en su total proyección y significación esa forma de ra-

(48) Dice el texto legal citado: «Podrá también interponerse al recurso de casación por la misma causa: 3.º Cuando no se resuelva en ella sobre los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa».

zonar, y aun admitiendo la bondad de la misma para descartar de plano y frontalmente toda responsabilidad criminal —evidentemente de haberse referido a la correspondencia de don F. R., de manera expresa y directa, ni siquiera habría margen para la duda ni para la discusión—, sin embargo, ello no es obstáculo para, del mismo modo, sostener que tanto si se refería a una como a otra correspondencia, el desvío de la calle V., a la que iban dirigidas, a la calle de N. E., donde fueron abiertas, tuvo como factor causal el oficio en cuestión y, en suma, un error de la Administración de Correos. Error, que aparece diáfano y comprensible, por demás, si se tiene en cuenta que el oficio suscrito por el procesado y su padre, era de fecha anterior, el 17 de enero de 1964, a la de la ruptura de éstos con don F. R., que se verificó, como dicen los hechos, «súbitamente el 6 de febrero de 1964», lo que igualmente aleja toda posible actitud en relación con un propósito del procesado de desviar o recibir la correspondencia del aludido don F. R., y justo porque únicamente se refiere a la de aquéllos, y no a la de éste, es por lo que puede, sin temor a equivocación, hablarse de error: si se hubiese referido a las cartas de don F. R., como sugiere el «considerando» para que fuese «trascendente a los fines del proceso», entonces claramente no se podría hablar de error del Servicio de Correos, sino simplemente de cumplimentar la comunicación recibida, y ésta es la que sería errónea o falsa, o si se quiere, taimada. De otra parte, mal podían ser los señores R. los que indicaran a Correos que les enviasen una correspondencia que no era la suya a las nuevas oficinas. Parece, pues, más lógico, y hasta evidente, que la Administración de Correos, llevada por la inercia de un domicilio social común durante veinticinco años al que indistintamente les era remitida la correspondencia, y desconociendo la ruptura habida, continuó enviando conjuntamente a las nuevas oficinas, como consecuencia del oficio recibido, tanto la correspondencia de los Sres. R., como la de don F. R., debido a error o ligereza que queda de forma explicable evidenciado.

Ahora bien; admitido de esa suerte el error de Correos, o incluso, el individual del mismo cartero, ciertamente es obligado, en consecuencia, poner de manifiesto su posible significación, tanto en el contexto de los hechos como en el de su valoración jurídica. De esa forma, puede sin duda pensarse que el error del Servicio de Correos, llevando las cartas a la oficina del procesado, coloca a éste en vías de que abundase en esa misma equivocación o ligereza y realizase la apertura de los sobres, verificando un acto de disposición, con lo que entraría en crisis la tajante y desaconsejable afirmación de «sin que conste que las haya abierto por simple error», o cuando menos, aún no constando éste, quedaría en muy problemático lugar la aceptación de las específicas y particulares exigencias de instancia subjetiva del tipo del párrafo segundo del artículo 497, y esto último sería de suyo suficiente para hacer desaparecer su calificación delictiva. Sobre el presente extremo insistiremos más adelante.

b) Por lo que se refiere a la *valoración jurídica* verificada por la

sentencia, en el segundo «considerando» transcrito, debemos fijar la atención, de forma muy especial, en los razonamientos *explayados* en los diferentes apartados por las consecuencias técnicas que, sin duda, comporta la posición jurisprudencial:

a') Pudieran surgir algunas cuestiones en referencia con el empleo del reflexivo «*se apoderare*» y la redacción de los hechos, puesto que si bien comprobamos la existencia de un acto de disposición radicado en «que el procesado *abrió*», sin embargo, no es menos cierto, que la situación de poder, de señorío sobre las cartas o papeles *no se creó ni se gestó* por él mismo. Se da, por consiguiente, algo que pudiera ser paradójico: realización de una consecuencia derivada de la existencia de una situación de poder, real y física (disponer-abrir), pero *no* la creación, por parte del sujeto activo (procesado) de aquella situación, en suma, del apoderamiento, que en nuestro caso está tan personalizado, es tan intransferible, por así decir, como lo es la expresión legal «*se apoderare*» (49). Su actividad, pues, se ha visto *complementada*, a modo de determinante presupuesto, y sin que diga el «resultando» cómo fueron recibidas las cartas, ni por quién fueron entregadas, y mucho menos por qué: «sin que conste quién haya indicado al cartero de esta calle que las desviara a las nuevas oficinas del procesado y su padre», se nos dice tan sólo.

Un extremo, por tanto, queda claro, y es que existió una conducta, inexplicada e inexplicable, a efectos de los «hechos», que hizo penetrar en la esfera de poder del procesado la «correspondencia postal», por la causa o razón que fuere. Y otro punto queda también despejado: que hiciese lo que hiciese aquél, siempre se habría dado, sin lugar a dudas, un acto de *disposición* por su parte, condicionado inexorablemente por la desviación precedente de las cartas. Esa disposición podría haber adoptado, desde luego, variadas formas en su concreción, y van desde destruirlas, dejarlas en su sitio, o hasta abrirlas, que es lo sucedido; pero en todo caso, y es sumamente difícil imaginar lo contrario, siempre estaríamos a presencia del «hecho material de la aprehensión», con lo que se manifiesta que este último no es de por sí suficiente para que podamos afirmar el «apoderamiento» genuino de este tipo delictivo, y tanto es así que el «considerando» se ve en la necesidad de completarlo, recabando aspectos de instancia subjetiva que prejuzgarán ya esta última de manera un tanto extemporánea por lo que a la dimensión puramente física y material del apoderamiento se refiere: «hecho material de la aprehensión con la finalidad indicada en el Código de descubrir los secretos de otro y que queda manifiesta al proceder a la apertura de los pliegos

(49) El mismo esquema de distinguir entre una «situación de poder» y su génesis, fue subrayado en otra ocasión, y para distinto supuesto, vid. M. COBO, *Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»* en ADPCP, 1960, págs. 213 y sigs. De interés, en referencia con la concreción del término en el delito de hurto, vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, (P. Esp.) cit., págs. 359 y siguientes.

que estaban cerrados» (50), como si *siempre* que se verificase la apertura de unos sobres hubiese que terminar afirmando indubitadamente que se hizo con la finalidad de descubrir los secretos de otro. Se incurre, por consiguiente, con esa forma de razonar, en un férreo círculo vicioso que cabe expresar en los siguientes términos: hubo apoderamiento porque se realizó con la finalidad de descubrir los secretos de otro, y se dio esta última, porque hubo apoderamiento. Y ello es lógico puesto que ni se trata de un delito de mera violación de correspondencia ni tampoco lo que frecuente o normalmente acontezca es equivalente a lo que siempre, absolutamente siempre, haya sucedido; la simple apertura de las cartas no comporta invariablemente un acto previo de apoderamiento y la sola finalidad de descubrir los secretos que pudieran contener. En suma, puede darse la apertura, y no el apoderamiento *para* descubrir los secretos, e igualmente puede comprobarse un apoderamiento de las cartas, con la finalidad de descubrir los secretos de otro, y no haberse producido la apertura de las mismas. Falta, pues, algo más que debe ser afirmado. Las dudas, al menos, quedan más que justificadas razonablemente.

b') Apenas si ofrece alguna cuestión concreta el apartado B) del «considerando» comentado, con respecto a la precisión del término «secreto» y a su admisión en el presente supuesto. La sentencia, con buen criterio, así lo declara, y los «hechos» la verdad es que ofrecen escaso margen para la discusión, y en este único sentido pudiera ser correcta la afirmación llevada a cabo por el Tribunal Supremo de que la impugnación «carece de toda consistencia». Por consiguiente, se aceptan dos posiciones sobre la expresión «secretos de otro», que ya hemos visto fueron también afirmadas por decisiones anteriores: de un lado, por la propia naturaleza del papel o carta; y de otro, por voluntad de quien los posea, y no es momento de entrar en el tema de si es la voluntad del remitente o del destinatario o de ambos (51). La idea general es clara y terminante: el contenido de toda carta cerrada es configurado como secreto, pues muestra el deseo de que sólo sea conocido por el destinatario. El hecho, pues, de que se encuentre *cerrada* será el criterio rector para resolver las distintas hipótesis que puedan imaginarse (52), según nuestra jurisprudencia.

No obstante, al margen del comentario al caso concreto, conviene puntualizar un extremo de interés para la interpretación general del pasaje legal «secretos de otro». Como tantas otras expresiones y vocablos legales, es susceptible de una consideración objetiva y subjetiva que es preciso, al menos, apuntar. Objetivamente, «secreto» es lo

(50) Hemos puesto en cursiva.

(51) La cuestión en Derecho civil es resuelta por CASTÁN VÁZQUEZ afirmando que «titulares del derecho al secreto no son sólo el remitente o el destinatario, sino ambos y aún los terceros» (CASTÁN VÁZQUEZ, *El derecho al secreto de la correspondencia epistolar*, en ADC, 1960, pág. 11). Vid. también RIERA AISA, *Carta*, en NEJ, Barcelona, 1951, pág. 700.

(52) Tesis duramente criticada por QUINTANO, *Tratado*, cit., pág. 872.

no conocido o lo que no se desea que así lo sea, lo «oculto y reservado» (53), y su acepción gramatical coincidirá, en su amplia versión, con su entendimiento jurídico. Sin embargo, subjetivamente el término soportará, sin duda, una mayor concreción, sobre todo a la vista del artículo 497 del Código penal. En esta línea de pensamiento debe partirse de que la idea de «secreto» *no es absoluta*, desde el momento que carecería de sentido operar con la noción de lo absolutamente secreto, pero tampoco es tan relativa y proteica como para no ser posible su reconducción a criterios generales de interpretación, y justamente en su proyección subjetiva pueden encontrarse puntos de vista del más acusado interés. Así, tenemos, que lo verdaderamente determinante de la noción de secreto no es su genérica y objetiva configuración como lo oculto y reservado, sino más bien como aquello que no es conocido, o mejor, que es *ignorado por el sujeto activo*, al margen de que sea incluso notorio para la generalidad, o hasta si se quiere, conocido por aquél pero no con carácter *previo* a la actividad de apoderamiento ni tampoco específico, es decir, que es suficiente con que *antes* de la realización de aquélla no conozca el contenido de los papeles o cartas, aunque *después* de verificada, y una vez enterado de forma total de su texto, resulte que era algo que fehaciente y plenamente conocía con anterioridad, y que incluso de haberlo sabido ni siquiera se hubiese apoderado de aquéllos. Más aún: en el supuesto de que no llegue a conocerlo jamás, o si se quiere reconocerlo, el tratamiento será el mismo, puesto que resulta irrelevante, a efectos del presente tipo, se produzca o no el descubrimiento, conforme ya fue puesto de relieve.

Mantener un esquema interpretativo conectado a la cronología no es más que ser consecuentes con la propia redacción legal que ha ido marcando hitos temporales en la descripción típica: primero, se apodera para descubrir; luego, descubre; y, finalmente, divulga. No obstante, se pensará un tanto superficialmente, que puede darse el caso de que a pesar de ser conocido cabalmente y de manera previa al apoderamiento éste se realice y entonces no podría hablarse, de acuerdo con nuestra propuesta, de «secretos» con todo lo que de ello sin duda se deriva. Pero, en estas hipótesis, lo que sucede es que no se comprobará, en modo alguno, la existencia de la finalidad de descubrir los secretos, ya que *nada* tiene que desvelar, ni siquiera que conocer, y sería necesario traer a colación otros tipos delictivos en su caso, y también la presencia de otras finalidades distintas a la de «para descubrir» los secretos, que nos alejarían del artículo 497 del Código penal.

El término «secreto» utilizado en el precepto aludido no es, en verdad, muy afortunado, y puede conducir a un casuismo prolífico que a veces convertirá la interpretación, así como la solución de los su-

(53) Primera acepción que le confiere la Real Academia, vid. *Diccionario de la lengua española*, 19.^a ed. (of. de la R. A.), Madrid, 1970, pág. 1186.

puestos, en un auténtico rompecabezas de difícil uniformidad. Sirvan las líneas anteriores de simple incitación interpretativa.

c') El último apartado del «considerando» admite la existencia de la «intención o ánimo de descubrir los secretos», con base en los pasajes fácticos ya señalados, que así lo denotan, según la sentencia. Y planteada la cuestión en los términos que lo hace el razonamiento jurisprudencial, no cabe duda que la respuesta será siempre afirmativa. La solución ya no será tan clara y simple si se contempla desde perspectiva diferente, de acuerdo con el criterio interpretativo aquí propuesto, y que estimamos se acomoda coherentemente al texto legal, como a continuación exponemos.

Es necesario despejar previamente algunas cuestiones que se derivan de la lógica interna de la sentencia. Según se deduce de ésta no habría existido inconveniente en negar el denominado «ánimo de descubrir» si al «primer pliego abierto inadvertidamente hubiera seguido el acto de cerrarlo y reexpedirlo a su destinatario, o devolvérselo al cartero para que él lo verificara, cosa además que hubiera impedido la continuación de esa irregularidad».

Pero, ¿qué hubiese sucedido si se actúa de acuerdo con dicho pasaje?, ¿qué diferencias en cuanto a su significación jurídica cabe extraer?, ¿es congruente esa propuesta de actuación con el resto de los argumentos exployados en la sentencia?

Las anteriores preguntas en buena medida pueden ser fácilmente contestadas: se habría producido el mismo «hecho material de la aprehensión»; se habría verificado un acto de disposición de ajena correspondencia; se habría también procedido a la apertura de los pliegos; se habría, igualmente, enterado de su contenido; se habría, en suma, comprobado la existencia de una súbita ruptura de las relaciones comerciales y de un trato personal poco o nada cordial; y seguiría, finalmente, sin constar quién haya indicado al cartero la desviación de los sobres y tampoco que los hubiese abierto por simple error y, desde luego, prácticamente estaríamos ante el mismo supuesto. Únicamente se diferenciaría en que solamente *una vez* recibió la correspondencia, y lo realmente acontecido es que, como imprecisamente se afirma, fue «en distintos días» (?), y de ahí se deduce que no hubo inadvertencia sino «propósito malicioso». No podemos acompañar a la sentencia por el camino que sigue su razonar, pues ciertamente la repetición de inadvertencias, dos o tres o las que sean, constituye, simplemente, una *suma* de aquéllas, pero no siempre y necesariamente el citado «propósito malicioso» que cualitativamente es algo, por demás obvio, muy diferente en su esencia. El silencio más absoluto se guarda sobre este decisivo extremo, no existiendo ni un solo pasaje fáctico que fehacientemente lo fundamente. La situación en que se mueven los hechos y la dialéctica del razonamiento puede ser tal que, con la simple introducción de la correspondencia en la esfera de poder del sujeto activo, éste se encontraría determinado férreamente por límites de actuación y respuesta tan angostos que, radicalizando un tanto el argumento, se vería irremediamente abo-

cado a la realización del delito, del que sólo podría huir con un exagerado y en modo alguno exigible nivel de precaución y alerta, como si de extraña advertencia a tan singular e improbable celada se tratara.

Al margen de lo anterior, y de acuerdo con las líneas generales de interpretación que han sido propuestas en epígrafes precedentes, no podemos por menos que negar en la actual descripción fáctica las específicas exigencias subjetivas típicamente requeridas por el párrafo segundo del artículo 497. No puede ser puesto en duda que existió descubrimiento, pero este simple hecho no condiciona inexorablemente la calificación de delictiva de la conducta, y hasta el extremo que, conforme se ha expuesto, no es necesaria su presencia pues es suficiente con que constituya mera referencia, simple finalidad, actitud puramente subjetiva que no será preciso se concrete en la realidad objetiva. Sin duda es discutible, por ser muy dudosa, la existencia de apoderamiento, aunque quepa admitir una noción del mismo basada en el ejercicio de cualquier acto de disposición que a su vez se fundamente en la simple aprehensión material. De suerte que podría aceptarse, de un lado, el hecho incommovible del descubrimiento, y de otro, sin el menor agrado, la existencia de un apoderamiento. Pero ambos por sí solos, no agotan la exigencia del tipo. Falta un elemento de *enlace* exclusivamente subjetivo que no existe forma de afirmar, es decir, no se comprueba un apoderamiento *para ... descubrir*; una finalidad *previa* de descubrir que instrumentalice al apoderamiento para llegar al conocimiento del contenido de los papeles o cartas; un apoderamiento, en definitiva, preordenado y encaminado al descubrimiento. No hay, por tanto, *conexión* entre la finalidad de *para descubrir* y el apoderamiento: al descubrimiento se puede llegar también *sin* que se haya propuesto como fin del apoderamiento, incluso casualmente.

Dos razones aconsejan dicha forma de pensar: la fortuita e inopinada penetración en la esfera de poder del sujeto activo de la correspondencia, y el silencio guardado por los hechos, tan expresivos en otros extremos, sobre la existencia de tal finalidad encaminada a utilizar el apoderamiento como instrumento para desvelar los secretos. Se podía llegar a admitir que quisiera descubrir los secretos, una vez aprehendidos los sobres o pliegos, pero no que los hubiese *aprehendido para descubrir*. El «para descubrir», pues, surge, a lo sumo, con *posterioridad al apoderamiento*, y precisamente el precepto exige todo lo contrario, esto es, que como expresión y concreción de aquélla finalidad se apodere de los papeles o cartas; el apoderamiento es, desde luego, *previo* al descubrimiento, o más precisamente, a su probable, casi segura, realización, pero a su vez la finalidad de descubrir ha de ser, necesariamente, *previa* al apoderamiento, ya que éste no es más que un instrumento, el único típico, a través del cual se canaliza y ejercita aquélla. Quien se apodera de papeles o cartas, con un mero ánimo posesorio, y posteriormente, surge el querer descubrir los secretos en ellos contenidos, no se ha apoderado para des-

cubrir, como tampoco quien lo hizo con ánimo de dañar, lucrarse, etcétera, y si después se *limita* a descubrir, en todos estos casos faltará la relación y enlace entre la finalidad, específica y genuina, de descubrir y el apoderamiento cometido e instrumentalizado por aquélla, a modo de un simple medio de ejecución de su propia esencia y contenido.

No debe olvidarse, para una justa comprensión de lo anterior, que el hecho de querer descubrir no supone siempre que se haya querido apoderarse para descubrir, que es cosa distinta, pues el apoderamiento puede ser, en cierto modo, un freno objetivo de lo que sería mera y simple curiosidad. La intensidad del propósito desvelador deberá ser tal que llegue incluso al apoderamiento, y que seleccione este camino, de apoderarse de los documentos, para descubrir los secretos; que quiera aquél, como medio de llegar a éste. Todavía más: no será suficiente con la presencia de una finalidad de descubrir y una tenencia, o incluso, posibilidad de disposición de los documentos, sino que deberá exigirse, en todo momento, que a ésta se haya llegado como concreción y realización de aquélla, es decir, que ambas *aisladas* pueden comprobarse, pero mientras no se presente y se afirme su íntima relación, seguirá faltando algo que resulta imprescindible y que, en última instancia, constituye la nota más específica y significativa de este tipo.

La finalidad, por consiguiente, afectará no sólo al descubrimiento, como es evidente, sino también a *todo* el proceso ejecutivo, al apoderamiento, que constituirá su único medio de realización, de suerte que se exigirá no sólo un querer apoderarse de los papeles o cartas, sino un querer apoderarse para descubrir los secretos, y si este último extremo, que sin duda será calificado simplistamente de detalle o matiz, no se produce, no estaremos a presencia de este delito, porque estará ausente el dinamismo y conexión exigida a la específica finalidad y al cauce por el que ha de discurrir, que no es otro mas que el apoderamiento.

En el caso presente, afirmábamos no se daban tales exigencias, por lo siguiente:

a") Que *sólo* se dice «sin que conste que les haya abierto por simple error», con lo que se lleva a cabo una afirmación negativamente formulada, que deja imprejujada la presencia o no de la finalidad desveladora, y sólo aleja la posibilidad de una apertura errónea, es decir, que cuando las abría tenía conciencia de que así lo hacía; pero, ¿conocía que eran de otro?, ¿existía un proceso, maquinal, mecánico, de abrir y abrir los sobres? La no constancia del error viene exclusivamente referida a la ejecución de la apertura de los sobres, y nada más, como se deduce del citado pasaje, pero la pervivencia de las anteriores preguntas hace que, en todo instante, proliferen la duda, y se llegue a la negativa en cuanto a la aceptación de elemento subjetivo, tan intenso y específico, como el requerido por el presente tipo.

b'') Que por lo demás se guarda un silencio absoluto, de forma que para realizar la afirmación de la cuestionada finalidad se sigue un camino indirecto, y ciertamente presuntivo, basado en las relaciones comerciales, en su súbita ruptura, en el descubrimiento, etc., que constituyen datos, a lo sumo, indiciarios, pero, desde luego, no inequívocos de la existencia del requisito subjetivo que de *facto* debe quedar perfectamente evidenciado, cosa que aquí no sucede y que resulta sumamente controvertida.

Derecho penal militar y Derecho penal común

RUPERTO NUÑEZ BARBERO

Doctor en Derecho, Profesor Adjunto de Derecho penal en la Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. Especialidad del Derecho penal militar. 1. Consideraciones previas. 2. El problema de la sustantividad del Derecho penal militar. 3. El Derecho penal militar como derecho especial. 4. La profesionalidad en el Derecho penal militar. 5. Derecho penal militar y Derecho disciplinario. 6. Otras posiciones. 7. Conclusión.—II. Delitos militares y delitos comunes. 1. Extensión del Derecho penal militar. La jurisdicción militar: amplitud. 2. Delitos militares propios e impropios. Derecho comparado. Derecho español. 3. Dificultad de una delimitación del concepto del delito militar en relación con el delito común. Insuficiencia del criterio formal. Los aspectos objetivo y subjetivo en el delito militar. El criterio material: intereses militares e intereses comunes. 4. Delitos «exclusivamente» militares y «objetivamente» militares. El delito «plurisubjetivo». 5. Consideraciones de *lege ferenda*. 6. Conclusión.—III. Rasgos característicos del Derecho penal militar en relación al Derecho penal común.—IV. Código de justicia militar y Código penal común. 1. El Código de justicia militar; sus características y principios fundamentales en relación al Código penal común. Principio de legalidad y bandos militares. 2. El delito en el Código de Justicia militar en relación al Código penal común. La culpabilidad; el problema de la «voluntariedad». Examen comparativo de ambos Códigos en orden a las causas de inculpabilidad. La responsabilidad objetiva. La obediencia debida. La antijuricidad. La negligencia. 3. Las penas; caracteres esenciales, fundamento y aplicación. 4. Otros aspectos comparativos.—V. El problema de la pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado. 1. Consideraciones generales. 2. La pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado; examen comparativo de los preceptos del Código de justicia militar y del Código penal común. 3. Conclusión.

I

1. Se ha hecho notar, con razón, la escasa atención que vienen prestando los penalistas a todo aquello que se estima ajeno a la dogmática del Derecho penal común. Esto ha producido cierta inseguridad a la hora de manejar términos y conceptos que, sin duda, son, o deben ser, necesarios para una adecuada solución de los problemas relativos a la naturaleza y contenido del Derecho penal militar y sus consecuentes relaciones con el Derecho penal común (1).

(1) Cf. RODRÍGUEZ DEVEZA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, Valladolid, 1961, pág. 5.

Suele hablarse de orden jurídico militar cuando las normas dictadas por el Estado tienen por finalidad la tutela de la especial sociedad militar que en él está constituida; esto es, a asegurar los especiales fines para los cuales han sido creadas las instituciones armadas (2). Cuando tales normas, que pueden ser de distinta naturaleza (3), tienen carácter penal surge la idea del Derecho penal militar, el cual estaría constituido, en consecuencia, por aquellos preceptos que, provistos de las correspondientes sanciones penales, prohíban determinadas conductas atentatorias a los intereses militares tutelados por los primeros (4).

A la vista de nuestro derecho positivo podríamos afirmar que el Derecho penal militar sustantivo será el constituido por aquellas normas que establecen los delitos y faltas militares, determinando sus penas y demás consecuencias jurídicas (5). Mas la noción, coincidente en esencia con lo establecido en el artículo 181 del CJM, no está exenta, como otras análogas, de matiz formalista (6). Resta, por tanto, esclarecer y

(2) Cf. CIARDI: *Trattato di diritto penale militare*, Vol. I. P. G., Roma, 1970, pág. 10. Para MANZINI «Las normas jurídicas que están dirigidas a asegurar el logro de las finalidades especiales de las instituciones militares constituyen, en su conjunto, un orden jurídico particular del Estado: el orden jurídico militar» (*Commento ai Codici penali militari*, Milano, 1916, pág. 1). «Dentro de la esfera del ordenamiento jurídico penal —afirma LO CASCIO: *Diritto penale militare*, Milano, 1958, pág. 8— se inserta y distingue: el ordenamiento jurídico penal militar, que —junto con el derecho disciplinario militar— constituyen: el orden jurídico militar. Y puesto que todos los preceptos de índole militar, provistos de sanciones penales o disciplinarias, son leyes materiales en sentido amplio, constituyen, en su conjunto, el derecho objetivo militar».

En la doctrina alemana suele definirse el *Wehrrecht* como el conjunto de normas jurídicas que se dirigen a reglamentar la organización de las FFAA en tiempo de paz y en tiempo de guerra. (Vd. Herbert ARNDT: *Wehrstrafrecht, Grundriss*, München, 1958.)

(3) El Derecho penal militar en sentido objetivo —al igual que el Derecho penal común— tiene dos aspectos fundamentales: el de derecho penal militar *sustantivo*, en contraposición al derecho penal militar *formal*. El primero prevé en abstracto los delitos y las penas; el segundo dispone de la manera de hacer aplicable la sanción punitiva a aquellos que han sido considerados culpables, a través del proceso penal (Cf. CIARDI, ob. cit., pág. 11).

(4) Hoy se pone de manifiesto cómo la Ley penal militar debe recoger solamente aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro esos intereses jurídicos. Y en función de los mismos se distribuyen los delitos militares (Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *Rapport de synthèse au IV^{ème} Congres international de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, Vol. 1, *Les délits militaires*, Strasbourg, 1969, páginas 463-64). Vd., además, LO CASCIO, ob. cit., pág. cit.

En torno a una noción del Derecho penal militar, considerando a éste como parte de la ciencia del Derecho penal, vd. DEL VICO: *Diritto penale militare*, en EDPI, Vol. XI, Milano, 1908, pág. 4.

(5) Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, P. E., Madrid, 1969, página 1073.

(6) Si las normas penales militares son las establecidas en el CJM, y los delitos y faltas militares, según el artículo 181, son los penados en dicho texto legal, ello parece conducirnos al típico «círculo vicioso». Sobre el problema, en relación al derecho penal común, vd., sin embargo MAURACH: *Deutsches Strafrecht*, A. T., 3.^a ed., 1965, pág. 117. En relación a la fórmula nominal o forma-

delimitar el contenido de sus componentes y, consecuentemente, el ámbito de aplicación de las citadas normas. Es decir, lo que debe entenderse por delito y falta militares, buscando un criterio que permita distinguir, las infracciones militares de las comunes, y averiguando, además, si para sancionar aquéllas se aplican penas de derecho común o si, por el contrario, se establece un sistema autónomo de penalidades con caracteres propios (7). Tarea es ésta no ciertamente fácil, tanto desde el punto de vista de *lege lata* como de *lege ferenda*, y no ya solamente desde el plano del derecho positivo español, sino del derecho comparado, pues, aparte de la significación política de la ley penal militar (8), ello depende, también y en gran parte, de la mayor o menor intervención que las fuerzas armadas tengan en la vida del país (9).

De todos modos la noción de la infracción militar, como se ha reconocido después del examen de los trabajos del IV Congreso internacional de Derecho penal militar y de la guerra, es una noción compleja e incluso confusa, pues los criterios adoptados para encuadrar determinadas infracciones entre las infracciones militares varían de un país a otro. Ciertamente existen criterios simplistas, como el de que la infracción sea cometida por un militar y castigada por un CJM (10), pero el análisis de las infracciones previstas en los diversos textos legislativos demuestra que el límite entre las infracciones militares y las de Derecho penal común, particularmente desde el punto de vista de la protección de los intereses militares o del Ejército, varía en los diferentes países (11).

Finalmente la aplicación de la ley penal militar, especialmente en aquellos casos en que se trata de personas no militares, es problema que preocupa hoy a la opinión pública de todos los países, así como también, aunque ello suponga implicaciones de tipo procesal, el que los sometidos a la ley penal militar tengan las mismas garantías que si fueran enjuiciados por la jurisdicción ordinaria.

lista del art. 181. vd. HERNÁNDEZ ORZCO: *Los delitos militares, Rapport espagnol* al Congreso internacional de Derecho penal militar, cit., *Les délits militaires*, I, pág. 253.

(7) Vd. René PAUCOT: *Rapport général* al IV Congreso internacional de Derecho penal militar..., cit. en *Les délits militaires*, I, cit., págs. 61 y 89.

(8) CIARDI, en la Sesión inaugural del IV Congreso internacional, cit., *Les délits militaires*, I, cit., pág. 49, pone de manifiesto el significado eminentemente político de la ley penal militar, dictada para el mantenimiento de la disciplina de las FFAA, que constituyen la suprema tutela de la soberanía del Estado, de la defensa, de la integridad y de la unidad de la patria contra las agresiones externas.

(9) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. E., pág. 1075.

(10) Vd. PAUCOT: *Rapport général*, cit., pág. 69. Este es, más o menos, el criterio de la *Wehrstrafgesetz* de 30 de marzo de 1957 para la República federal alemana (Vd. *Die militaerischen Straftaten Strafindrogung und internationale auswirkungen*, en *Les délits militaires*, cit., pág. 149), y también, entre otros, el del CJM argentino (vd., v. g., art. 518).

(11) Vd. JOHN GILISSEN: *Prefacio* al IV Congreso internacional cit., en *Les délits militaires*, cit., pág. 28.

2. El problema de la sustantividad del Derecho penal militar puede situarse en el ámbito de los pretendidos derechos penales (12). Se ha hablado de un Derecho penal administrativo, de un Derecho penal comercial, de un Derecho penal financiero o fiscal (13) y, entre ellos, ¿porqué no?, también de un Derecho penal militar. Es bien sabido que los esfuerzos más importantes para la construcción de un Derecho penal independiente o autónomo del Derecho común tuvieron lugar en torno al Derecho penal administrativo. No hay más que recordar la ya clásica tesis de Goldschmidt y, más recientemente, de Wolf y Eberhard Schmidt, en Alemania, manteniendo que entre lo injusto penal y lo injusto administrativo habría diferencias que darían lugar a una distinta rama del Derecho (14). Aplicando este punto de vista al Derecho penal militar sería necesario encontrar una diferencia fundamental entre lo injusto criminal y lo injusto penal militar y deducir de ello una serie de principios distintos a los del Derecho penal común, por los cuales habría de regirse el Derecho penal militar, con las correspondientes consecuencias que derivarían de la aplicación

(12) Vd. Carlos J. COLOMBO: *Sustantividad del Derecho penal militar*, REDM, número 17, 1964, pág. 10.

Lo equívoco del término «sustantividad», en relación al Derecho penal militar, es puesto de manifiesto por RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., pág. 10. La polémica sobre el supuesto problema de la sustantividad del Derecho penal militar ha sido motivo en la doctrina de discusiones cuyo trasfondo es fundamentalmente de matiz político (Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Código de justicia militar*, NEJ, 1952, IV, pág. 304). Lo que, de todos modos, no debe extrañar, dado el carácter eminentemente político de la Ley penal militar (Vd. GIARDI: *Informe al IV Congreso internacional*, cit., *Sesión inaugural*, en *Les délits militaires*, cit., pág. 49). Preocupa, sobre todo, hoy no ya la jurisdicción militar, sino la extensión de la jurisdicción misma (V. ASÚA y ANTÓN: *Derecho penal*, Madrid, 1930, II, pág. 424; vd., además, PAUCOT: *Rapport*, cit., ob. cit., pág. 71).

(13) Para MANZINI: *Trattato di diritto penale italiano*, 4.ª ed., Torino, 1961, página 140, el Derecho penal financiero es una parte del Derecho administrativo que reprime con pena hechos (acciones u omisiones) contrarios a los intereses financieros del Estado y son así llamados con referencia a la actividad y no a la potestad de la finanza. Sobre el problema: Vd. MALINVERNI: *Il contenuto del diritto penale tributario*, *Studi in onore di F. Antolisei*, II, Milano, 1965, págs. 189 y ss. Conviene, sin embargo, señalar cómo, en la doctrina española, DEL ROSAL: *Ideas sobre la aplicación de los principios del Derecho penal a la infracción tributaria*, ADPCP, 1963, págs. 5 y ss., considera el Derecho penal tributario como una especialidad del Derecho penal (pág. 8), y SAINZ DE BUJANDA: *En torno al concepto y contenido del Derecho penal tributario*, ADPCP, 1968, pág. 107, estima que la infracción tributaria «constituye, lisa y llanamente, una especie de infracción del orden jurídico de naturaleza sustancialmente idéntica a las incorporadas al C. P. y a las leyes especiales»; abogando los autores citados en favor de la aplicación de los principios cardinales del Derecho penal a la infracción tributaria (págs. 16 y 109, respectivamente, en las obs. cits.). En análogo sentido, LANDROVE DÍAZ: *Las infracciones tributarias ante el Derecho penal español*, ADPCP, 1971, página 102.

(14) GOLDSCHMIDT: *Das Verwaltungsstrafrecht, Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht*, Berlín, 1912; WOLF: *Die Stellung der Verwaltungsdelikte in Strafrechtssystem*, Festschrift für Frank, II, Tübingen, 1930, esp., págs. 516 y ss. Particularmente con referencia al Derecho penal económico, defiende su sustantividad EBERHARD SCHMIDT: *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen, 1950.

de aquellos principios, tanto en el orden sustantivo como en el orden procesal. Este planteamiento conduciría, sin embargo, a la tesis de un derecho punitivo encuadrado en la teoría general del derecho y a una escisión de lo injusto criminal en tantas clases como derechos penales se han pretendido independizar. Cuestión ésta que hasta ahora no ha conseguido la necesaria claridad ni el general asentimiento para llegar a soluciones practicables en el derecho positivo (15). Sin perjuicio de las consideraciones que podrían ser hechas de *lege ferenda* y en orden a una futura estructuración de los Códigos penales militares, particularmente a la vista de nuestro derecho positivo, esta posición de autonomía máxima del Derecho penal militar no parece factible por el momento. Por ello, como veremos a continuación, habremos de plantear el problema sobre la base de un Derecho penal especial, pero no autónomo (16). La tesis de la autonomía, que tuvo, como después señalaremos, sus más fervientes partidarios, precisamente entre los que propugnan por la consideración del Derecho penal militar como Derecho disciplinario, llevaría, paradójicamente —como afirma el profesor Rodríguez Devesa—, a naturalizar el Derecho penal militar en el área del Derecho administrativo y conduciría a repetir los fracasados intentos de autonomía de un Derecho penal administrativo frente a un Derecho penal criminal (17).

3. Desde un punto de vista jurídico no parece haber razones contrarias a la existencia de una legislación militar en el orden penal y procesal, pues la condición militar de determinadas personas, lugares o cosas pueden hacer variar no sólo cuantitativa, sino cualitativamente la gravedad de las infracciones, incluso al extremo de que hechos.

(15) Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., pág. 11; El MISMO, en relación al Derecho penal militar: *Exposición de síntesis* al IV Congreso internacional de *Derecho penal militar y Derecho de la guerra*, REDM, núm. 23, 1967, pág. 34. Vd, además, en relación a este mismo derecho, PAUCOT: *Rapport général*, ob. cit., pág. 75.

(16) Vd. MONTULL: *Estudio comparado del delito de traición militar y el de traición del Derecho penal común*, REDM, núms. 25-26, 1968, pág. 45; ídem. PAUCOT: *Rapport*, cit., págs. 75-76. Lo equívoco de la terminología que suele emplearse al tratar de las relaciones entre el Derecho penal militar y el Derecho penal común, a que hemos hecho referencia al principio, se hace patente en el empleo de este término. Así, v. g., CARLOS J. COLOMBO, ob. y rev. cit., páginas 9 y 10, pone de manifiesto, siguiendo a SANTI ROMANO, cómo el término «autonomía» no significa independencia, ni tampoco aislamiento, pero un ordenamiento que se constituye sobre la base de otro superior no se confunde siempre y sucesivamente con este último, sino que puede permanecer bien distinto de él; distinguiendo diversos tipos o grados en aquella, lo cual es evidente, pero después emplea como sinónimos los términos «sustantividad», «autonomía» y «especialidad», para caracterizar el Derecho penal militar, sin discriminar, ni aclarar, lo que, sin duda, puede dar lugar a equívocos o interpretaciones erróneas.

(17) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., página 12. Estima MEZGER, *Strafrecht, Studienbuch*, 8.^a Aufl., pág. 5, que la doctrina y la legislación se empeñan desde hace tiempo, pero sin lograr un resultado definitivo, en separar más exactamente los dos sectores.

que en otros casos serían impunes, lleguen a constituir graves delitos (18).

El carácter de especialidad de la ley penal militar es, en general, puesto de relieve por la doctrina, pero ha de tenerse presente que el término *especial* es utilizado con varias acepciones.

En una primera acepción el adjetivo especial viene a significar la existencia de una ley que, aun no estando contenida en el Código penal común, lo integra o modifica (19). En esta acepción lo *especial* tiene el sentido de *complementario* (20).

En una segunda acepción suele distinguirse entre Derecho penal común y especial según se aplique a todos los ciudadanos o solamente a un círculo determinado de personas por las particulares condiciones jurídicas en que se encuentran (21). En el caso de Derecho penal militar la ampliación de su contenido disciplinario de infracción de deberes en virtud de la lesión de otros bienes jurídicos, sus particularidades y circunstancias, exigirían doctrinas de parte general, más o menos completas, con propias reglas de procedimiento (22). Ciertamente la ley penal militar contempla especiales hechos criminosos y dirige sus mandatos, conminando con penas, a una determinada categoría de personas. Es, en consecuencia, una ley especial, en cuanto trata de una materia diversa de la común y toma en consideración el *status* del militar (23). Si bien la especialidad de la ley penal mi-

(18) Vd. M. E. MAYER: *Deutsches Militärstrafrecht*, Leipzig, 1970, I, pág. 9.

(19) Cf. ANTOLISEI: *Manuale di diritto penale*, 6.^a ed., P. G., Milano, 1969, página 10.

(20) Vd. VENDITTI: *Il Diritto penale militare nel sistema penale italiano*, 2.^a ed., Milano, 1971, pág. 16. Del Derecho penal común se distingue el complementario. El primero es el contenido en el Código penal, que es la ley fundamental, no sólo porque comprende en forma orgánica las normas esenciales del Derecho penal, sino, sobre todo, porque en él se encuentran las normas o reglas generales que, por lo común, han de aplicarse también a las demás leyes penales, salvo que en éstas se encuentre establecido especialmente. El segundo, está constituido por las normas penales que se encuentran en las leyes especiales que integran o modifican el Código penal. La distinción, por tanto, es, en este sentido, meramente formal, ya que los motivos de la especialidad suelen ser accidentales: no se refieren al contenido de la norma y son principalmente la extensión, que haría sumamente prolijo el articulado si se incorporase su contenido (Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, Madrid, P. G., 1949, pág. 78). RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., I, P. G., págs. 30-31, estima que es de tipo formal incluso la distinción entre Derecho penal común y especial. No obstante, considera que el precepto de la ley especial debe tener un contenido distinto de la ley penal común, que precisamente diferencia el precepto especial de las leyes simplemente complementarias del Código penal común.

(21) Cf. ANTOLISEI: *Manuale*, cit., pág. 10; ídem. RANIERI: *Manuale di diritto penale*. Vol. I, P. G., 4.^a ed., Padova, 1968, pág. 4; ídem. BETTIOL: *Diritto penale*, 7.^a ed., Padova, 1969, pág. 88.

(22) Vd. TEJEDOR y FERREIRO: *Derecho penal militar*, 1940, pág. 74. Vid., además, ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, Madrid, 1949, I, pág. 85.

(23) Observa, sin embargo, LO CASCIO, ob cit., pág. 11, que si bien la ley penal militar toma en consideración el *status* del militar no lo hace para establecer una diversa medida represiva en consideración a hechos constitutivos de delito,

litar ha de ponerse en relación directa con la materia y no solamente con la especialidad de la condición de aquellos a quienes va dirigida (24).

Finalmente, es considerada como especial aquella ley que constituye la especie respecto del *genus* (ley general) y que contiene respecto de este último los elementos generalizadores sin los cuales se aplicaría la norma general (25). Esta última acepción parece ser la que más precisa el término *especial*, y a ella se refiere expresamente el legislador italiano cuando en el texto del artículo 15 del Código penal especifica que «la ley o la disposición de ley especial deroga la ley o la disposición de la ley general» (26).

Rechaza, sin embargo, en cierto modo, esta última acepción, en nuestro derecho, Rodríguez Devesa, quien estima que, en relación al contraste Derecho penal común-Derecho penal militar, el término *especial* es sinónimo de distinto (27). Prescindiendo de lo equívoco de este último término (28), ello equivale a decir que el Código penal común es la ley general y cualquier otra ley penal distinta es una ley especial. Creo, sin embargo, que en la ley penal militar pueden y deben concurrir generalmente las distintas acepciones predichas. Consecuentemente, la ley penal militar es especial porque es complementaria del Código penal común (29). Lo es igualmente porque la mayor

según la ley penal común, sino para punir hechos que se originan de la inobservancia de especiales deberes, que nacen para el ciudadano en virtud de su *status* militar

(24) Vd. SUCATO: *Istituzioni*, cit.; ídem. LO CASCIO: ob. y pág. cit. CARLOS J. COLOMBO: ob. y rev. cit., pág. 14, llega a afirmar que el centro de gravedad de las infracciones militares debe ser volcado hacia el bien jurídico protegido, si bien —como él mismo reconoce— la cuestión no es tan simple, porque los bienes o intereses se interfieren o entremezclan para constituir una trama compleja.

(25) Vd. VENDITTI, ob. cit., pág. 17.

(26) Aun cuando el que la ley especial deroga la general no está expresado en lugar alguno de nuestro Código, ello se deduce —por lo que a nuestro Derecho se refiere— de la misma existencia de los preceptos especiales, que no tendrían razón de ser si fueran de aplicación los generales (Cf. ANTÓN ONEGA: *Derecho penal*, cit., pág. 461).

(27) RODRÍGUEZ DEVESA. *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., página 5. El contraste entre el Derecho penal común y el Derecho penal especial —dice RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, cit., P. G., pág. 30— es, ante todo, topográfico. Legislación penal especial es la que se encuentra extramuros del Código penal.

(28) El término *distinto* es utilizado por R. DEVESA en contraposición a la significación que el término *especial* tiene en la teoría del concurso de leyes. Mas, de todos modos, el término *distinto* es equívoco, pues también podría decirse que puede haber un derecho distinto dentro de una misma legislación y viceversa, ya que no puede ni debe confundirse el Derecho con la Legislación (Vd. C. J. COLOMBO, ob. y rev. cit., pág. 12). Ciertamente una de las razones para la existencia de una legislación especial es que tenga un contenido distinto de la común. Pero el término *distinto*, si no se aclara, no explica suficientemente el hecho de que en determinados Códigos penales comunes se incluya la legislación militar cuyo carácter de especialidad es notorio.

(29) Para VENDITTI, ob. cit., págs. 29-30, la ley penal militar es ley complementaria porque presupone la ley penal común, sin que se pueda decir que

parte de sus normas se dirigen a una determinada categoría de personas (los militares) (30) y, además, porque sus normas incriminadoras contienen elementos especificadores en relación a las normas comunes (31).

La existencia de una legislación especial está reconocida en el artículo 7.º del Código penal, al disponer éste que no quedan sujetos a las disposiciones del mismo los delitos y faltas penados por leyes especiales —entre los cuales han de incluirse, lógicamente, los delitos y faltas militares (32)— y, a *contrario sensu*, en el artículo 604 se reconoce la existencia de preceptos penales no incorporados al Código penal.

Ahora bien, aun cuando por los motivos de especialidad antes indicados la ley penal militar se encuentra fuera del recinto del Código penal, ello no quiere decir que sea, o deba ser, independiente de los principios establecidos en el mismo, pues éste constituye la Ley penal fundamental y de ello deriva su aplicación en todo aquello que no

tal concepto se aplique a las leyes penales militares en sentido diverso del normal, puesto que la ley penal militar tiene, respecto de las otras leyes penales, la sola particularidad de ser un *Corpus* orgánico, más que un grupo inorgánico de normas; y su relación con la ley penal común se sitúa en los mismos términos en que se relaciona con cualquier otra ley complementaria. Podría oponerse a esta consideración el que nuestro CJM sea estimado como un Código integral, con su propia parte general (Vd. HERNÁNDEZ OROZCO: *Los delitos militares, incriminación e incidencias (Rapport espagnol* al IV Congreso internacional, cit., en *Les délits militaires*, cit., pág. 256) y, en definitiva, con una propia autonomía, pero lo complementario de la ley penal militar no parece venga prejuzgado por una eventual integración de los Códigos militares, puesto que nada obsta el que la naturaleza de la ley permanezca inmutable, no obstante el cambio en la técnica legislativa, cuando no ocurre, como en nuestro CJM, que se transfieren y repiten conceptos y normas prescritas en el CP. Sobre el problema, vd. VENDITTI, ob. cit., págs. 30 y 33. Contra la integración vd., además, FORNARO: *Sulla giurisdizione militare. Luci e ombre*, «Giust. pen.», 1968, II, col. 996. En sentido desfavorable a la integración se pronunciaron la mayoría de los congresistas en el Congreso internacional de Derecho penal militar celebrado en Verona en 1959 (Vd. *Codice penale militare integrale*, Milano, 1961, las *relazioni* de Messina, Bianchi, D'Espinosa, Malizia, Pantano, etc.). En su informe a. IV Congreso internacional, cit., ob. cit., CIARDI se manifestó en favor de un Código integral. Nos parece, sin embargo, que un documento integral —a parte de que, desde el punto de vista del Derecho comparado, pueda ser obstáculo a la unificación— es, sin duda, un documento para iniciados, por lo que es peligroso ponerlo en manos de los no juristas. En este sentido se manifestó el relator general PAUCOT: *Rapport*, cit., ob. cit., págs. 78-79.

(30) Cf. VENDITTI, ob. cit., pág. 18; ídem. BETTIOL: *Diritto penale*, 7.ª edición, pág. 88.

(31) Distingue VENDITTI, ob. cit., pág. 17, en relación a las acepciones predichas, entre Ley especial, en el primer caso, Derecho penal especial en el segundo y norma especial en el tercero; pero estima la concurrencia de todas ellas al tratar de definir la especialidad de la ley penal militar (págs. 17-18).

(32) El Código penal de 1848 establecía la subsistencia de las leyes especiales en su artículo 7.º, pero especificaba tajantemente —cosa que no hace el Código vigente— que no estaban sujetos a las disposiciones del Código penal, además de otros que enumera, los *delitos militares*. Y uno de los principales comentaristas, don JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, hace resaltar que el Código habla

esté determinado en la ley especial. (En el art. 227, párrafo 2.º CJM. de 17 de julio de 1945, art. 1.º, párrafo 2.º LPMMr., de 22 de diciembre de 1955 y art. 12 LPPrNav.Aer. de 24 de diciembre de 1964, se indica expresamente el carácter supletorio del Código penal.) (33).

Por consiguiente, la ley penal militar no constituye, por el hecho de su especialidad, un sector independiente de la legislación en general, como acaece, por el contrario, con las leyes civiles, mercantiles o administrativas, sino que viene a constituir una parte, una derivación, una filiación de la ley penal general (34). El fundamento de la especialidad no radica, por tanto, en los principios, que son los mismos del Derecho penal común, sino en las peculiaridades del Derecho penal militar, que nacen de las finalidades que el ordenamiento jurídico adscribe a las fuerzas armadas (35).

No parece, en consecuencia, que el Derecho penal militar pueda considerarse como una disciplina plenamente autónoma, sino más bien como un complemento del Derecho penal común. De los *rappports* presentados al IV Congreso internacional de Derecho penal militar se desprende una tendencia general a aplicar las disposiciones del Derecho penal común, aunque con restricciones o derogaciones. Es la solución preconizada, más o menos, por las legislaciones francesa y belga, en las que las derogaciones conciernen, no ya a los grandes principios fundamentales, sino, más bien, a los procedimientos técnicos de determinación de la pena (35 bis). También las legislaciones alemana y austríaca parecen admitir el Derecho común, aunque con ciertas derogaciones (36). En Suiza, el Derecho penal militar parece estar, en gene-

de los delitos militares, no de los de los militares, y considera como tales los que declara la ley militar, sea porque la ley común no los haya declarado, porque sólo por el militar puedan cometerse, sea, porque, aun declarados en aquélla, el Código militar haya agravado su carácter y aumentado su pena para el caso de que por militares sean cometidos (*El Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1888, I, págs. 118 y ss.).

(33) En relación al artículo 205 del CJM chileno, equivalente al 227, párrafo 2.º del CJM español, afirma ROMÁN VIDAL: *El delito militar en el Código de Justicia militar chileno*, REDM, núm. 9, 1960, pág. 185, que no puede darse reconocimiento más categórico de que el Derecho penal militar es un Derecho penal especial, sin sustantividad propia, como se deduce del precepto citado, en relación al contexto del título.

(34) Cf. CIARDI, *Trattato...*, cit., pág. 15.

(35) RODRÍGUEZ DEVESA: *Exposición de síntesis* al IV Congreso internacional, cit., en *Les délits militaires*, cit., pág. 452.

(35 bis) Vd., además de los correspondientes *rappports*, el *rapport* general cit., de PAUCOT, en el Congreso internacional, cit., ob. cit., págs. 75-76.

(36) V. g., el miedo no excusa, si el deber militar exige superarlo, según el párrafo 6.º de la *Wehrstrafgesetz* de 1957 (Vd. *Die Militärischen Straftaten Strafantragung und internationale Auswirkungen*, en *Les délits militaires*, cit., página 150). También en nuestro derecho el CJM considera que el miedo no excusa en el caso de delitos cometidos por militares, si bien se establecen excepciones para determinados delitos, como señalaremos después, lo que supone una falta de coordinación técnica con los principios, que se pretende mantener.

ral, de acuerdo con el derecho penal común, salvo ciertas particularidades (37).

En relación a la legislación española pudiera pensarse que existe una mayor diversidad o autonomía, ya que el CJM puede considerarse, en cierto modo, como un Código integral, con su propia parte general, donde, con independencia del CP, se determinan: el concepto del delito militar, las responsabilidades penales y civiles, circunstancias y reglas de aplicación de las penas (38). Pero, aparte de que legislación no equivale a Derecho, esta normativa se establece en forma paralela a la del CP, hasta el punto de que muchas de sus prescripciones son reproducciones íntegras de las del Derecho penal común. Es preciso señalar, sin embargo, cómo algunas de las desviaciones que, por motivos de especialidad, aparecen en el CJM suponen una evidente falta de coordinación con los preceptos del CP, lo que, en determinados casos, roza incluso los propios principios fundamentales a que aquellos preceptos responden y a los que la legislación especial debe ajustarse. Sin entrar, por ahora, en el estudio particularizado de los distintos casos y refiriéndonos exclusivamente, como es lógico, a la parte general, pensemos, v. g., en el núm. 1.º del artículo 189, por lo que al discernimiento se refiere; artículo 183, en relación al principio de legalidad; párrafo 2.º del núm. 10 del artículo 185, por lo que se refiere al miedo entre no militares; núm. 1.º del artículo 199, en relación el encubrimiento; duración y aplicación de las penas (arts. 211 y siguientes), etc.

Para la existencia de una legislación especial no basta que el precepto se halle en un lugar distinto del CP (39), sino que ha de tener, además, un contenido distinto de la ley penal común (40), es decir, comprender delitos o faltas no previstos en el CP. Lo cual supone que la reduplicación de preceptos es ya, sin perjuicio de otras consideraciones negativas, un grave defecto de técnica legislativa (41).

(37) Cf. KELLER: *Die Militaerischen Delikte, rapport* suizo al Congreso internacional, cit., ob. cit., págs. 396 y ss.

(38) Vd. CIARDI: *Trattato*, cit., pág. 19, para quien los Códigos integrales deberán contener todos los delitos, militares y comunes, de modo que resulte una ley única para los militares, mientras que la legislación complementaria deberá —por lo que a los Códigos militares se refiere— contemplar los delitos considerados como exclusivamente militares y los llamados *objetivamente* militares, que comportan una violación de un deber común y de un determinado deber militar (v. g., la insubordinación). Vd., además, EL MISMO: *Note sur les systèmes de codification pénale militaire*, en *Les délits militaires*, cit., pág. 40, donde se pronuncia en favor de un sistema integral.

(39) Vd. Nota 28.

(40) Para ROMÁN VIDAL, ob. y rev. cits., pág. 179, el contenido del Derecho penal militar viene determinado, primero, por la infracción de deberes militares y luego por el atentado contra bienes jurídicos que hacen relación a la existencia y seguridad misma del país y del ejército. La solución, sin embargo, no es tan clara en la práctica, por la dificultad de esclarecer y determinar el contenido del bien jurídico protegido, como veremos después.

(41) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA, *Delito militar*, NEJ, 1954, VI, pág. 600.

No obstante su especialidad, el que los delitos militares se encuentren fuera del CP es, en cierto modo, accidental (42), ya que técnicamente no hay inconveniente alguno en que se incluyan dentro del mismo, como sucede, v. g., en los Códigos penales de los países socialistas y en algunos otros de los de la Europa occidental. Baste de ejemplo el Código penal soviético de 1960 (Cap. XIII de la Parte especial) y aún el más moderno de Polonia de 1969 (Caps. XXXVII a XLIII), por lo que a los primeros se refiere, y el Código penal austríaco (modificado por la Ley de 3 de noviembre de 1945 (donde se establecen disposiciones particulares para los militares anexas al Código penal) (43) y el sueco de 1962 (Caps. XXI y XXII) (44), por lo que se refiere a los países occidentales.

No debe confundirse derecho especial con derecho de excepción, pues si bien todo derecho de excepción es derecho especial, no todo derecho especial es derecho de excepción. El derecho militar contenido en el CJM es un derecho especial, pero no excepcional, ya que la protección de la disciplina y del potencial bélico de un país ha de considerarse como un interés estatal de carácter permanente, no excepcional, ni transitorio (45). Debo señalar, sin embargo, que la solución podría ser distinta si nos situamos dentro del ámbito del derecho procesal militar, porque la jurisdicción penal militar es una jurisdicción de excepción, en cuanto que toda jurisdicción distinta de la ordinaria lo es (46), pero no desde el punto de vista del derecho material, que es el que a nosotros interesa, por ahora.

Puede haber un derecho penal militar de excepción, que surge, como consecuencia, v. g., de una guerra civil o internacional, de graves alteraciones del orden público o catástrofes de otro tipo, en que se hace preciso dictar disposiciones de mayor dureza. Es el caso de los bandos dictados por las autoridades militares a quienes se atribuye la competencia, y que han sido considerados como fuente especialísima de normas penales militares (47). Esto no obsta, sin embargo, para que en determinadas legislaciones se prevean estas situaciones, existiendo por ello, dos Códigos o leyes militares para situaciones de

(42) La razón de ser de una legislación penal —dice RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. G., pág. 31— es siempre la oportunidad. Dicho con otras palabras, puramente accidental.

(43) Vd. ZLAMALA: *Les infractions militaires (Rapport austríaco al IV Congreso onternacional, cit.)*, en *Les délits militaires*, cit., pág. 171.

(44) Ha entrado a regir el 1.º de enero de 1965.

(45) Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., pág. cit.; ídem. COLOMBO, obra y revista citada, pág. 42.

(46) Vd. RODRÍGUEZ DEVESAS *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., páginas 7 y 8.

(47) Vd. VENDITTI, ob. cit., pág. 34. Lo usual es que los bandos no instituyan figuras nuevas, sino enumeraciones de los hechos, que se considerarán comprendidos en las existentes con anterioridad. Procedimiento por el cual muchas veces se han extendido éstas (Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 89).

guerra o paz, ambos con carácter permanente (48), como ocurre, pongo por caso, en las legislaciones italiana (49) y sueca (50).

Generalmente la noción de especialidad, a que hemos hecho referencia, vale, ante todo, para las leyes de paz, las cuales constituyen el aspecto normal de la legislación militar, pero sirve también, en cierta medida, para las leyes de guerra, en relación a las cuales se ha hablado de una «especialidad de segundo grado». Y ciertamente, la ley penal militar de guerra puede considerarse, en cierto modo, como especial respecto de la ley penal militar para la paz. Pero las leyes penales militares de guerra constituyen no ya tan sólo una especialización de la disciplina jurídica prevista en la norma general, sino una interrupción de la consecuencia lógica respecto de las normas penales comunes y de las normas penales militares de paz (51).

Las anomalías que la normativa de guerra presenta respecto de la de paz, tanto sobre el plano del derecho material (pensemos, sobre todo, en los bandos y en la proliferación de la pena de muerte) como procesal (tribunales militares de guerra), justifican plenamente la calificación de excepcionales atribuidas a las leyes militares de guerra (52).

Finalmente la ley penal militar, en cuanto *ius singulare*, debe prevalecer, en consecuencia, sobre la ley común en caso de conflicto. Y donde la norma especial, al tutelar intereses de naturaleza militar, prescindida de la tutela de los intereses de orden común, deberá encontrar aplicación la ley penal común, como derecho supletorio (53).

(48) Hemos afirmado, sin embargo, que las situaciones de excepción suelen ser transitorias y, por tanto, el derecho especial que las regula será, sin duda, un derecho de excepción. Pero puede existir una legislación estable y, en cierto modo, permanente, si bien su aplicación tiene lugar tan sólo en situaciones excepcionales, como en el caso de guerra, que no puede considerarse normal respecto del estado de paz, aunque se estime por algunos que es la guerra la normal función de las fuerzas armadas; pues con semejante conclusión podría llegarse a afirmar que «la violación de la norma penal es un acto normalísimo, porque la función normal de la norma es la de incriminar y reprimir hechos delictivos» (Cf. VENDITTI, ob. cit., pág. 20).

(49) El 1.º de octubre de 1941 entraron en vigor los Códigos penales militares vigentes: el «Codice Penale Militare di Pace» y el «Codice Penale Militare di Guerra», publicados por R. D. de 20 de febrero de 1941. Sobre la cuestión vd. CLARDI: *Traitato*, cit., págs. 14 y ss.

(50) Cap. XXII del Código penal sueco de 1962 (Vd. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ: *La nueva legislación militar sueca*, REDM, núm. 20, 1965, págs. 87 y ss.).

(51) Sobre el problema, vd. VASSALLI: *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942, págs. 6 y ss.

(52) Cf. VENDITTI, ob. cit., pág. 19.

(53) Consecuentemente, las normas penales comunes establecen principios que son aplicables también a la materia regulada por la ley penal militar, y las normas penales militares configuran instituciones que, aun teniendo carácter especial, funcionan ordinariamente según reglas generales, salvo la posibilidad de derogación de tales reglas, allí donde la especialidad de aquellas instituciones haga necesaria una peculiar disciplina (Cf. VENDITTI, ob. cit., pág. 21); vd., además, HERNÁNDEZ OROZCO: *Rapport*, cit., pág. 256). El artículo 16 del Código penal italiano establece que las disposiciones del mismo «se aplican también a las materias reguladas por otras leyes penales en cuanto no sea establecido por éstas de otro modo». El artículo 15 del citado Código, a que ya hemos aludido con an-

4. La especialidad del Derecho penal militar se ha tratado de fundamentar tomando como base las consecuencias a que lleva la organización profesional. Se trataría de una especie de derecho corporativo, supuesta la autonomía de las fuerzas armadas en los órdenes legislativo, ejecutivo y judicial (54). Se ha tratado de extraer analogías con los casos, v. g., de los delitos de los funcionarios, si bien el Derecho penal militar sería el grupo más importante y desarrollado, por el interés social de la profesión; lo cual justificaría la existencia de un Código militar especial donde se comprendan las diferentes figuras atentatorias a la buena marcha del Ejército y explicaría el que se estudie el Derecho penal militar como una rama especial dentro del Derecho positivo. Pero de esta forma no quedan suficientemente caracterizados los delitos que sanciona el CJM y los Códigos militares de otras naciones. Podrían, si acaso, distinguirse los delitos exclusiva o propiamente militares, pero no se justificarían otras figuras delictivas que aparecen en los Códigos militares, lo que sólo podría hacerse por consideraciones de oportunidad o procesales, aunque no sustantivas, del mismo modo que se explica el que sean Consejos de guerra los que sancionen delitos comunes cometidos por militares aplicando el Código penal común (55). Apresurémonos a decir que la naturaleza de órgano que ha de conocer de los delitos especiales no influye, en absoluto, en la calificación legal. Hay casos en que la jurisdicción ordinaria conoce de delitos especiales y casos en que una jurisdicción especial conoce de delitos contenidos en el Código penal común (v. g., los delitos de abastecimientos, atribuidos a la jurisdicción ordinaria y el homicidio cometido por un militar contra un paisano, atribuido a la jurisdicción militar) (56).

terioridad, establece la preponderancia de la norma especial de cualquier modo que surja una relación de especialidad entre varias normas. Finalmente, el artículo 19 del Código penal militar italiano para la paz, se pronuncia en el mismo sentido que el artículo 16 del Código penal común en relación a las materias reguladas por el Código penal militar para la guerra. Vd., además, en relación a nuestro derecho positivo, lo dispuesto en los artículos ya citados del CJM, LPMMr. y LPPr.NA.

(54) Sobre el problema, vd. JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA: *Derecho penal. cit.*, pág. 430; ídem. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, 3.^a ed., 1964, páginas 1359 y ss.

(55) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., pág. 1360.

(56) Vd. COLOMBO, ob. y rev. cit., págs. 19 y 20, quien afirma, en relación del derecho argentino, que mientras hay delitos comunes que son juzgados por tribunales militares (CJM, art. 103, 2 y 3), existen delitos militares que son juzgados por tribunales comunes (art. 669 CJM), siquiera en este último caso se trate de un sujeto civil, pero que con su acto lesione la disciplina militar. Consecuentemente la condición del sujeto activo puede ser determinante de la jurisdicción; pero, según la naturaleza de la infracción cometida, «la determinación del sujeto —afirma el citado autor— hace más a la jurisdicción que a la sustantividad de lo jurídico militar; por eso, mientras hay delitos cometidos por un militar que no interesan al Derecho penal militar —porque no lesionan a bien por él tutelado—, hay delitos cometidos por civiles que son de Derecho penal militar, porque, aunque quien incurra en ellos no sea militar, lesiona el bien o interés que él debe proteger, y sin perjuicio de cuál ha de ser la jurisdicción

De otro lado la tesis de la profesionalidad o corporativismo (57) no parece factible a la vista de nuestro derecho positivo militar, que no reduce su esfera de aplicación a los militares, sin perjuicio de que hoy se afirma la tesis de que la eficacia de las fuerzas armadas no es un bien privativo de los ejércitos, sino un interés estatal, considerando que «en el centro del Derecho penal militar no está hoy el militar, sino la potencia bélica del Estado» (58).

De todos modos el criterio de la profesionalidad no parece pueda ser considerado como base o fundamento único de la especialidad del Derecho penal militar. Pero el carácter militar del sujeto no puede ni debe dejar de ser tomado muy en cuenta, aunque no exclusivamente (59), ni en un sentido excesivamente restringido (60), junto a cri-

que conozca del hecho tipificado». Pero debe señalarse —como hace notar el mismo COLOMBO—, *Los delitos militares, incriminación e incidencias internacionales*, *Rapport* al IV Congreso internacional, cit., pág. 165, como en el Derecho argentino, en tiempo de paz, son pocas las disposiciones relativas a los delitos militares aplicables también a los civiles, con la particularidad de que éstos son juzgados por los tribunales comunes y no por los tribunales militares, salvo en casos de emergencia grave. Nadie discute, por lo demás, la aplicabilidad del Derecho militar a los civiles en tiempo de guerra.

(57) Una aplicación de este criterio parece desprenderse de lo dispuesto en el Proyecto luxemburgués, según el cual los delitos militares no pueden ser cometidos más que por una categoría de personas, las pertenecientes a las fuerzas armadas, en razón de la misión especial que han de cumplir, siendo, por este hecho, justiciables ante una jurisdicción especial militar. Criterio que tiene, por otra parte, mucho de jurisdiccional, lo cual no deja de ser un tanto sorprendente, dado que es normalmente la naturaleza de la infracción la que debe determinar la jurisdicción (Vd. WAMPACH: *Domaine et division des délits militaires*, *Rapport* al IV Congreso internacional, cit., ob. cit., pág. 356; vd., además PAUCOT. *Rapport général*, cit., ob. cit., pág. 72). También, y en cierto modo, tiende hacia este punto de vista la legislación austríaca (Vd. ZLAMALA: *Rapport*, cit., página 171). Las infracciones militares, consideradas como «delitos profesionales», no pueden ser cometidas más que por miembros de las fuerzas armadas «en estado de presencia», esto es, en activo. Por el contrario, las infracciones de Derecho común pueden ser cometidas tanto por civiles como por militares.

(58) Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., pág. 8. Para QUEROL y DURÁN: *Principios de Derecho militar español*, Madrid, 1948, pág. 55, «el fundamento de la especialidad que da razón de ser al Derecho penal militar no mira tanto subjetivamente al autor de la infracción como objetivamente a la materia del delito, consiste siempre en un daño a la Institución armada» Y COLOMBO, ob y rev cit, pág 41, en relación al derecho argentino, va aún más allá, afirmando que el Derecho penal militar no regula la profesión del militar, que es sólo uno de los instrumentos con que la nación y el estado pueden cumplir sus finalidades; lo que regula es la lesión a las finalidades mismas y a los medios de realización que posibilitan su cumplimiento, sea quien fuere el autor. Sin embargo la idea de la profesionalidad está presente, con más o menos limitaciones, en la mayor parte de las legislaciones europeas y americanas. (Vd. PAUCOT, *Rapport*, cit., págs. 72 y 73).

(59) En Alemania los civiles pueden ser perseguidos por su participación en los delitos militares, pero no pueden ser autores de una infracción militar (*Die Militaerischen...*, cit., pág. 159). En sentido más o menos análogo la legislación de la U. R. S. S. (vd. art. 277 CP de 1960).

(60) Se deben aceptar una concepción del militar más amplia sobre el plano

terios objetivos, particularmente el perjuicio ocasionado al ejército o, si se quiere, al potencial militar del Estado. Lo cual es de suma importancia a la hora de esclarecer y precisar la naturaleza y contenido del Derecho penal militar (61).

5. Se ha pretendido sostener que el Derecho penal militar es un derecho disciplinario, considerando que los delitos propiamente disciplinarios serían los cometidos por militares con infracción de los deberes del servicio (62). Es preciso señalar, sin embargo, que también la disciplina, no obstante lo equívoco y confuso del término (63), puede considerarse como el bien jurídico lesionado o puesto en peligro en la mayor parte de los delitos militares (64). Bajo este punto de vista, ya se ponga el acento en los intereses del Ejército (Pereiro Sordo) o en el interés del Estado en la eficacia de sus fuerzas armadas (Rodríguez Devesa), no parece puedan encontrarse diferencias en los particulares delitos militares que destruyan la identidad conceptual entre éstos y los delitos de tipo común, ya que con su incriminación se protegen igualmente bienes jurídicos (65).

Ahora bien, si al aludir al carácter disciplinario del Derecho penal militar se trata de reducir la infracción militar a la categoría de simple infracción administrativa, no parece pueda encontrarse una justificación para encuadrar en el ámbito de lo ilícito administrativo un gran número de delitos en que la lesión de la disciplina coincide con la le-

penal que sobre el plano administrativo, particularmente si se parte de un criterio simplista, en el sentido de qué delito militar sea el hecho culpable cometido por un militar y sancionado por una ley represiva militar (Cf. PAUCOT. *Rapport*, cit., pág. 69).

(61) Vd. BOSLY y RINGOET: *Les délits militaires, incriminations Rapport* belga al IV Congreso internacional, cit., ob. cit., págs. 200 y 202, quienes proponen dos criterios: subjetivo, aunque con gran amplitud y un tanto formal, y objetivo, en el que se tienen en cuenta los efectos de la infracción, aun más amplio.

(62) Vd. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 86. Para RODRÍGUEZ DEVESEA: *La «acción penal» y la «acción disciplinaria»*, REDM, núm. 7, 1959, página 104, debe rechazarse como criterio ordenador el de la infracción de deberes, porque el deber jurídico se establece en consideración a un determinado bien jurídico y, por ello, lo esencial es el bien jurídico, no el deber infringido. Hacia una combinación de criterios parece dirigirse ROMÁN VIDAL, ob. y rev. cit., página 179, al considerar que el contenido del Derecho penal militar viene determinado por la infracción de deberes militares y luego por el atentado contra bienes jurídicos que dicen relación con la existencia y seguridad del país y del Ejército.

(63) Sobre la multivocidad del término «disciplina», vd. RODRÍGUEZ DEVESEA: *La «acción penal»...*, cit., págs. 74 a 77, quien afirma que la palabra sólo se emplea en su acepción estricta, como conjunto deberes de superiores e inferiores, concernientes a la relación de mando y obediencia, y concluye, finalmente, que el concepto amplio de disciplina es imposible de manejar técnicamente, ya que encierra una multitud de cosas heterogéneas y de muy desigual importancia.

(64) Vd. RODRÍGUEZ DEVESEA: *Código de Justicia militar*, NEJ, cit., página 304. Para M. E. MAYER, ob. cit., pág. 10, la idea que domina en el Derecho penal militar es la de la disciplina, no como bien jurídico del ejército, sino de la nación.

(65) Vd. RODRÍGUEZ DEVESEA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., págs. 17 y 18.

sión de otro bien jurídico (66). Así, v. g., en el artículo 320 del CJM, ubicado dentro del título X, Tratado II (delitos contra la disciplina militar) se alude al militar que, en acto de servicio o con ocasión de él, maltratase de obra a un superior, causándole la muerte o lesiones graves. El delito es «exclusivamente militar», a pesar de conjuntarse la lesión de un bien jurídico no militar que determina la imposición de la pena de muerte.

De otra parte, el Derecho disciplinario se distingue del Derecho penal propiamente dicho en que mientras éste se ordena a la defensa del orden jurídico general, el disciplinario mira a la mejor organización de un servicio público. En el penal las infracciones están cuidadosamente delimitadas por medio de figuras de delito que faltan en el disciplinario o que, si existen, tienen contornos mucho más amplios. En el primero el elemento esencial es, según la opinión dominante, el bien jurídico y en el segundo la infracción de un deber especial con relación a un servicio determinado, y si bien se exige la culpabilidad, basta la negligencia (67). En cuanto a las penas contra las infracciones criminales, son las más frecuentes las privativas de libertad, que no son, en general, en el derecho disciplinario, el cual utiliza, además de las multas, apercibimientos, suspensiones o expulsiones ordenadas a la advertencia o a la selección mejor que a la retribución, a la ejemplaridad o a la reeducación. La sanción punitiva es impuesta por los órganos de la jurisdicción criminal mediante un proceso que debe estar ordenado a las máximas garantías para el reo y que termina con sentencias irrevocables, una vez firmes, mientras la facultad disciplinaria reside en autoridades administrativas, que se valen de un procedimiento de esta naturaleza y que termina mediante resoluciones, por lo común, revocables (68).

En síntesis podría afirmarse que en el Derecho penal domina el principio de legalidad y en el disciplinario el de oportunidad. Uno es,

(66) Ni siquiera dentro de las infracciones de menor gravedad puede justificarse fácilmente el que hechos como, v. g., el hurto, lesiones, desórdenes o escándalo público, etc., que están castigados ya en los Códigos penales comunes, puedan encuadrarse en el ámbito del Derecho disciplinario, ya que, por la simple circunstancia de que sean cometidos por militares, no puede afirmarse que impliquen infracciones de deberes específicamente militares. La obligación de respetar la propiedad ajena, o la integridad corporal, viene impuesta por el ordenamiento en general a todos los miembros de la sociedad (Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *La «acción penal»...*, cit., rev. cit., págs. 101 y 102).

(67) JAGUSCH: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.^a Aufl., I, página 87.

(68) Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 10.

Por otro lado, los hechos más graves de incumplimiento de los deberes de disciplina son también delitos en el CP, como vemos en el título de los cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, donde se imputan actos de incumplimiento de los deberes profesionales cuando se considera que lesionan, además, el interés general (Cf. STAMPA BRAUN: *Introducción a la ciencia del Derecho penal*, Valladolid, 1953, págs. 52 y ss.).

o debe ser, justicia, el otro administración (69). Si partimos de las distinciones que acabamos de señalar —y prescindiendo ahora de consideraciones de *lege ferenda* (70)—, habría que atribuir al Derecho penal militar, rectamente entendido, la categoría de Derecho criminal (71).

Yo diría finalmente que al Derecho penal no puede, sin más, atribuírsele la categoría de Derecho exclusivamente disciplinario. Aunque el Derecho penal militar suponga disciplina, particularmente en lo que a la subordinación jerárquica se refiere, y la eficacia de un ejército dependa en gran parte de la disciplina, no puede decirse que dependa totalmente de ella (72), ya que, junto a delitos en que la disciplina aparece en primer plano (73), nos encontramos en los Códigos militares con delitos y faltas que podrían encuadrarse perfectamente dentro del CP, sin merma o menoscabo del propio sistema, ya que se trata de hechos que lesionan o ponen en peligro determinados bienes jurídicos, como la vida, la integridad corporal, la propiedad, etc., al mismo tiempo que ocasionan un perjuicio mediato al Ejército (74). Por otro lado, una gran parte de las infracciones de menor gravedad, consideradas como faltas, no responden esencialmente al mantenimiento de la disciplina (75) e incluso las sanciones con que se castigan aquellas, y que el legislador denomina «correcciones», podrían ser consideradas, dadas sus características en orden a la ejecución y a la duración, como auténticas penas (76).

Sin embargo, debe reconocerse que, junto a un número de precep-

(69) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Código de justicia militar*, cit., rev. cit., página 304.

(70) El mismo RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar...*, cit., rev. cit., páginas 27 y 28, admite que se simplificaría enormemente la ley penal militar, facilitando su aprendizaje y manejo, sobre todo si se construye un derecho disciplinario de naturaleza administrativa y no penal.

(71) Partiendo del punto de vista de la opinión dominante de que el derecho disciplinario cae en la órbita del derecho administrativo, estima RODRÍGUEZ DEVESA: *La «acción penal»...*, cit., rev. cit., pág. 102, que no hay en el Derecho militar (entendido no como rama autónoma, sino como conjunto de especialidades) un derecho disciplinario. Para el citado autor, las infracciones que conciernen a los particulares deberes que imponen al militar su pertenencia al ejército («infracciones disciplinarias») constituyen siempre infracciones penales: delitos y faltas militares, puesto que están sujetas a los mismos principios que rigen para el Derecho penal común.

(72) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., pág. 9.

(73) El CJM habla de «delitos contra la disciplina militar» en la rúbrica del título X del Tratado II, pero, aun cuando los deberes militares, incluso distintos de los expresados en el citado título, se mencionen entre los delitos militares que se castigan en el CJM, no vuelve a aparecer en él la disciplina como un particular bien jurídico merecedor de especial protección jurídica.

(74) Vd. RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho penal*, cit., pág. 515.

(75) Vd., nota 66.

(76) Confr. arts. 415 y 416 CJM. En determinados casos las sanciones, particularmente las privativas de libertad, son más graves, de mayor duración, que las impuestas para los delitos en el CP.

tos propiamente penales, en el CJM existen otros, particularmente por lo que respecta a las infracciones de menor gravedad, que, por la naturaleza de la sanción y el procedimiento empleado para su imposición, han de reputarse de carácter disciplinario (77).

Puede afirmarse, en consecuencia, que las leyes penales militares contienen preceptos de naturaleza penal y de tipo administrativo. Pero no parece factible establecer límites precisos entre unos y otros, al menos a la vista de nuestro derecho positivo militar, que se caracteriza, en este punto, por su confusionismo (78), pues hay zonas en que los límites se desdibujan, obligando al juzgador a suplir la ausencia de una delimitación legal (79). He aquí por qué Antón Oneca pone de relieve las interferencias que se dan en el Derecho penal militar entre el penal y el administrativo, considerándolo como mixto. Pues los delitos que llevan propiamente el nombre de militares son los que tienen por características la infracción de un deber de servicio; pero la absorción en el delito militar —junto al quebranto de la disciplina— de graves ataques a bienes jurídicos de carácter común en tipos de naturaleza compleja, que por sí mismos serían delitos comprendidos en figuras generales del CP (insulto a superior con resultado de muerte o lesiones, insulto a fuerza armada, v. g.) y la gravedad de las penas conminadas, incluso para los de contenido meramente disciplinario (penas iguales o mayores que las comunes) —piénsese en la pena de muerte

(77) Confr., v. g., arts. 438, 4; 439, 4 y 5; 443, etc. CJM. Téngase en cuenta, además, que el propio art. 207 CJM dispone que sólo se reputarán penas, las impuestas por los Tribunales en virtud de procedimiento judicial y que las «correcciones» que se impongan judicial, gubernativa o disciplinariamente no se reputarán penas. Si, como es opinión dominante, se considera que la pena es uno de los caracteres del delito, aquellas conductas cuya consecuencia no es una pena no serán delitos, y siendo, por otra parte, evidente que en el procedimiento que se sigue para las faltas no hay un verdadero sistema de garantías (acusación y defensa), ni concluye con una sentencia dictada por un tribunal (Consejo de Guerra), todo ello vendría a servir de argumento en favor de que las faltas militares tienen naturaleza administrativa. En este sentido parece manifestarse HERNÁNDEZ OROZCO, ob. cit., pág. 266, nota 19, aunque no muy claramente, pues estima que las llamadas faltas graves y leves en el CJM «aun siendo de análoga naturaleza y respondiendo a los mismos principios —que los delitos— entran, sin embargo, de lleno en la esfera del derecho disciplinario. Para John GILISSEN: *Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones*, REDM, núm. 8, 1959, pág. 26, la acción penal se traduce por un procedimiento judicial; la acción disciplinaria por un procedimiento extrajudicial.

(78) Vd. PAUCOT: *Rapport général*, cit., ob. cit., pág. 100.

(79) De aquí que el propio RODRÍGUEZ DEVESA: *La «acción penal»...*, cit., rev. cit., pág. 96, reconoce que de las normas que regulan en el CJM los delitos y las faltas militares, habría que llegar a una primera conclusión, la de que estas últimas tienen en parte naturaleza penal y en parte naturaleza administrativa. Esto es, al no existir argumentos decisivos en favor de una naturaleza unitaria penal y administrativa, habría que concluir que las faltas militares tienen naturaleza mixta; aunque después, estima que esta conclusión no es satisfactoria y termina afirmando con argumentos, a nuestro juicio poco convincentes, que las faltas militares tienen en nuestro derecho naturaleza penal. Vd., sin embargo, en RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, cit. II, pág. 516.

como única—, obliga a adoptar análogas garantías que en las leyes punitivas ordinarias para la definición de los delitos y la aplicación de las penas (80).

De *lege ferenda*, y particularmente por lo que se refiere a las infracciones de escasa gravedad establecidas en las leyes penales militares, sería preferible tratar de delimitar la frontera entre lo penal y disciplinario y traducir en cuerpos legales distintos los preceptos de uno y otro carácter, creando, v. g., reglamentos disciplinarios, junto a las leyes punitivas militares, como sucede en una gran parte de la legislación comparada (81). Ahora bien, partiendo del punto de vista de la independencia entre la acción penal y la disciplinaria (82), y dado que un mismo hecho puede ser considerado desde el punto de vista penal o disciplinario, será preciso evitar la posibilidad de una doble sanción, pues el militar y la opinión general reaccionará, lógicamente, de manera desfavorable ante esa posible duplicidad. Tal vez una de las fórmulas para paliar estas situaciones sería dejar a los reglamentos disciplinarios la posibilidad de sancionar exclusivamente aquellas transgresiones disciplinarias que no hayan sido catalogadas, descritas o sancionadas en los Códigos penales militares (83).

(80) Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., I, pág. 10.

(81) Así, v. g., las legislaciones de Argentina, Austria, Alemania, Italia, Francia y Bélgica, entre otros países, tratan de limitar los poderes disciplinarios de las autoridades militares, creando reglamentos muy completos que contienen definiciones de las transgresiones disciplinarias o, en su defecto, establecen principios fundamentales para la aplicación de las normas disciplinarias (vd. los distintos *rappports* al IV Congreso internacional militar, ct., en *Les délits militaires*, cit.).

La dificultad de obtener criterios diferenciales para la distinción entre infracciones penales y transgresiones disciplinarias se pone de manifiesto a través del examen de las distintas legislaciones; así, v. g., la mayor parte de las faltas que sanciona el Reglamento de disciplina belga corresponde a hechos calificados de infracciones por la ley penal, solamente su gravedad es menor (Cf. BOSLY y RINGOET: *Rapport*, cit., ob. cit., pág. 195); y hechos considerados como faltas disciplinarias en una legislación son considerados como infracciones penales en otra (confr. v. g., art. 21 de la *Webstrafgesetz* alemana de 1957 en relación al art. 10 del Reglamento de disciplina militar belga). También en el Reglamento de disciplina militar holandés se acude, en último término, al criterio de la gravedad para establecer la distinción (cf. VERMEER: *Les délits militaires, Rapport* al IV Congreso internacional, cit., ob. cit., pág. 393). El Reglamento disciplinario del ejército brasileño define la transgresión disciplinaria como toda violación del deber militar en su manifestación *elemental* y *simple* (vd. CANABARRO REICHARDT: *Delitos militares, incriminação e incidencias internacionais*, en *Les délits militaires*, cit. pág. 241).

(82) Sobre la independencia entre la acción penal y disciplinaria, además, de las obras ya citadas, vd. GARDON: *Relaciones entre la acción penal y la acción disciplinaria y límite respectivo entre las dos acciones*, REDM, núm. 8, págs. 20 y 24, quien, poniendo de relieve que las penas son de la competencia exclusiva del poder judicial y las sanciones disciplinarias de la competencia del ejecutivo, concluye que la tendencia actual en todos los países es la de restringir el ámbito de lo disciplinario limitándolo a las transgresiones de orden interior y diferir a las jurisdicciones competentes el conocimiento de las infracciones disciplinarias graves.

(83) El Reglamento militar holandés califica de faltas disciplinarias «todos los hechos no descritos por una ley penal, contrarios a una orden

Finalmente, y teniendo en cuenta la no aplicación, en general, del principio «*nullum crimen sine lege*» en materia disciplinaria, habría que preguntarse si un tal sistema reglamentario ofrece suficientes garantías para el individuo en las faltas contra la disciplina, pues, por

o reglamento de servicio o incompatible con la disciplina o el orden en las fuerzas armadas» (art. 15), si bien incluye, además, todas aquellas infracciones de las cuales puede conocer la jurisdicción militar, con tal que las transgresiones sean tan poco graves que se puedan sancionar sin recurrir a las jurisdicciones militares. Consecuentemente, también todas las infracciones —tanto las de Derecho común como militar, a excepción de los delitos fiscales— pueden ser tratadas, llegado el caso, como transgresiones disciplinarias (Vd. VERMEER, ob. cit., página 394). En la legislación austriaca las conductas no incriminadas en la ley penal militar pueden ser sancionadas en vía disciplinaria. El art. 668 StGB hace alusión a este punto. La acción disciplinaria se ejerce de forma que las contravenciones punibles, según la legislación penal militar, no sean reprimidas por la jurisdicción penal cuando la sanción disciplinaria impuesta en el curso del procedimiento precedente hace inútil una represión judicial (Cfr. ZLAMALA, ob. cit., pág. 183). En el derecho militar turco, si bien se admite la acumulación de acciones penales y disciplinarias, para el caso de punición anterior en vía disciplinaria —aunque se computa la pena disciplinaria ya cumplida (art 180 CPM)—, cuando se trate de infracciones previstas en el CPM, no ocurre lo mismo en el caso de los llamados delitos disciplinarios establecidos en el Reglamento de disciplina (LTD), y si el tribunal ha conocido del caso debe declararse incompetente (Cf. ERMAN: *Les délits militaires, Rapport* al IV Congreso internacional cit., ob. cit., pág. 422).

Las disposiciones disciplinarias vigentes en la U.R.S.S. se encuentran en el Reglamento disciplinario para las Fuerzas Armadas de 23 de agosto de 1960, que, con base en el CP, contiene disposiciones en parte penales y en parte disciplinarias, pudiendo, determinadas infracciones, cuando concurren circunstancias atenuantes, ser corregidas disciplinariamente.

En el terreno jurisdiccional, la interdependencia entre ambas acciones, penal y disciplinaria, por lo que a los derechos francés y suízo se refiere, resultará del hecho de que dos acciones se encuentren en su momento inicial en mano, de una misma persona: el jefe militar. Este, disponiendo de las dos acciones, ha de escoger una de ellas, y una vez que adopta la decisión, las dos acciones se tornan independientes. En el derecho holandés la autoridad de cosa juzgada se impone al jefe militar que actúa en lo disciplinario, pero, en los límites de la cosa juzgada, lo que no se juzgó en el estricto sentido del término, puede ser objeto de sanción disciplinaria.

En los Estados Unidos la acción penal y la acción disciplinaria parecen estar íntimamente enlazadas, con opciones dejadas a la disposición del comandante de cada unidad. La represión de ciertas faltas menores se puede hacer extrajudicialmente (art. 15 del *Uniform Code of Military Justice*), pero a condición de que el imputado acepte y no prefiera ser juzgado por un tribunal. Análogamente en el sistema inglés, si bien en éste existe además una especie de acción administrativa, distinta de la disciplinaria que supone la separación del servicio sin deshonor (Vd. William E. STUBB: *Military offences*, en *Les délits militaires*, cit., pág. 332).

En el derecho español no se plantea siquiera el problema de la acumulación, dado que todas las infracciones, sean penales o disciplinarias, se castigan en el CJM (Vd. HERNÁNDEZ OROZCO: *Rapport*, cit., pág. 278).

Las dificultades inherentes a los límites de la acción disciplinaria han llevado al legislador español a una división de los hechos punibles en tres categorías: las faltas leves, que pudieran decirse disciplinarias; los delitos, sometidos a la acción penal, y entre estas dos categorías, las faltas graves, cuya represión queda asegurada por un «expediente judicial», que pudiera llamarse acción mixta, en el sentido de considerarse en parte judicial (por la intervención del juez y el:

sus características (84), éstas no pueden enumerarse de una manera rígida ni exhaustiva. Creo, sin embargo, que, al menos las transgresiones disciplinarias más corrientes, pueden y deben definirse, aunque con cierta elasticidad y no en forma exhaustiva, evitándose así «el riesgo de arbitrariedad de jefecillos estúpidamente tiránicos» (85).

6. No han faltado contradictores a la tesis de la autonomía o incluso de la especialidad de la ley penal militar. Se atribuye al propio Napoleón la frase: «La ley penal es la ley común con gorro de cuartel» (86). Gerard afirmaba que el estado militar era «una especie de anomalía en la sociedad moderna» (87) y Gabriel Tarde, que todo lo relacionado con el Ejército es una mera supervivencia histórica que, como el duelo, sólo vive como reflejo o como secuela del pretérito, en virtud de preocupaciones históricas que se van desvaneciendo progresivamente (88).

Creo, sin embargo, que estas posiciones son minoritarias y hoy se defiende la necesidad de un Derecho penal especial para los ejércitos, lo cual no debe llevarnos, en absoluto, a aceptar posiciones de falsa autonomía o independencia, como la que pretenden, precisa-

auditor) y, en parte, disciplinaria (por pronunciarse la pena por el jefe militar) (cfr. GILISSEN, ob. y rev. cit., pág. 34).

Una solución al problema de la acumulación, aunque no parece muy convincente, es la dada por PAUCOT: *Rapport général*, cit., pág. 103, quien distingue, de una parte, las sanciones disciplinarias propiamente dichas, especialmente las privativas de libertad, y que no deberían, en principio, acumularse a las penas, y de otra parte las medidas que pueden añadirse a las sanciones penales o disciplinarias porque constituyen, bajo formas diversas, una salvaguarda de los valores del Ejército y una prevención contra las faltas disciplinarias.

(84) Las transgresiones disciplinarias pueden consistir, bien en una violación de una prescripción particular, que puede ser expresada concretamente, bien en un ataque al buen orden o a la buena marcha del servicio en general, pero en muchos casos, puede afirmarse, están esencialmente en función de las circunstancias.

(85) A que alude PAUCOT: *Rapport général*, cit., ob. cit., pág. 100. Ello no debe suponer, en absoluto, la creación de un «Derecho penal de segunda categoría» con el riesgo de hacer surgir una «disciplina paralela».

En el sentido indicado en el texto se manifiestan BOSLY y RINGOET, ob. cit., páginas 235-236. Aun teniendo en cuenta que las transgresiones disciplinarias puedan estar en función de las circunstancias, ello no puede impedir su definición, si bien en la forma señalada.

(86) Copia estas palabras VEJAR VÁZQUEZ: *Autonomía del Derecho militar*, México, 1948, pág. 7, que no cree en su autenticidad, para rebatirlas.

El mismo Napoleón, no obstante ser el promotor de numerosos Códigos, no parecía tener una idea muy precisa del delito militar. He aquí algunas de sus palabras: «La justicia es una en Francia: se es ciudadano francés antes de ser soldado; si, en el interior, un soldado asesina a otro, ha cometido, sin duda, un crimen militar, pero ha cometido también un crimen civil. Es preciso, por tanto, que todos los delitos sean sometidos primeramente a la jurisdicción común, siempre que ésta esté presente». (Vd. JEAN MILLIOT: *Les délits militaires, incriminations, rapport* francés, al IV Congreso internacional, cit., ob. cit., página 293.)

(87) Vd. GERARD: *Manuel de Justice Militaire*, Mons, 1837.

(88) Sobre la cuestión, Vd. JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., II, págs. 424 y ss.: ídem., JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., pág. 1361.

mente, quienes, no obstante encuadrar el Derecho penal militar en el ámbito de los supuestos Derechos penales, no le reconocen después carácter penal, sino administrativo, afirmando que es un derecho disciplinario.

7. A la vista de lo expuesto puede afirmarse, en conclusión, que el Derecho punitivo castrense es un derecho especial, en el sentido a que nos hemos referido anteriormente (89). Esto es, la ley penal militar es complementaria de la ley penal común, en cuanto presupone ésta, a lo que no obsta una eventual consideración, en cuanto a nuestro derecho positivo, del CJM como integral, que no justifica una supuesta autonomía del Derecho penal militar (90). Corresponde a la ley penal militar articular expresamente todas aquellas relaciones que la vida militar origina (91), siendo, y debiendo ser, su contenido distinto del de la ley penal común; es decir, debe castigar delitos y faltas no previstos por la ley fundamental (92). La ley penal militar es una ley especial complementaria «sui generis» que se destaca, sin duda, de las demás leyes especiales no sólo por su carácter permanente, sino por estar codificada y también por el particular ordenamiento judicial que corresponde a la especialidad de su materia (93). Pero no se olvide, además, que las normas punitivas del Derecho penal castrense, sin perjuicio de prohibir todas aquellas conductas que supongan un perjuicio para los valores fundamentales de las fuerzas armadas, tienen, sobre todo, como destinatario a una determinada categoría de sujetos que se encuentran en particulares condiciones jurídicas, los pertenecientes a las fuerzas armadas (94). No se trata de un derecho de excepción. Ya hemos visto que sólo en lo jurisdiccional lo hay, y la naturaleza del órgano no debe influir, en absoluto, en la calificación delictiva.

Finalmente, las relaciones entre Derecho penal común y Derecho penal militar son de ley general-especial. No hay diferencias en cuanto a los principios y sistema, al menos en lo esencial. Pero en el análisis de la ley punitiva militar deben ponerse de relieve no ya solamente aquellos aspectos fundamentales que, con más o menos motivos de especialidad, supongan restricciones o derogaciones de las normas comunes, sino también, y sobre todo, aquellas discordancias técnicas que impliquen, al mismo tiempo, anomalías tales que puedan redundar en perjuicio de las garantías legales del individuo o que

(89) Véase *supra*, págs. 5 y ss.

(90) Cf. VENDITTI, ob. cit., págs. 30-33.

(91) Vd. MONTULL, ob. cit., rev. cit., pág. 45.

(92) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. G., pág. 30. Lo que puede obedecer, según el citado autor, a la existencia de delitos que protegen bienes jurídicos no atendidos por el Derecho penal común o de la contemplación de una lesión conjunta de otro bien jurídico al lado de los que se encuentran protegidos por el Código.

(93) Cf. MONTULL, ob. y págs. cit., rev. cit.

(94) Cf. VENDITTI, ob. cit., págs. 43-44. Análogamente, CIARDI, ob. cit., páginas 14-15 y 28-29.

puedan suponer, en definitiva, incluso el riesgo de socavar subrepticiamente los propios principios comunes fundamentales a que la ley militar debe ajustarse. Por último deben analizarse también, especialmente, aquellos problemas ocasionados por la repetición o reduplicación de preceptos en uno y otro texto legal, militar y común, y que acarrea las deplorables consecuencias a que aludiremos al final de esta disertación.

II

1. Problema que preocupa hoy es el de la extensión, contenido y límites que deben tener las leyes militares. Importa ahora tratar de examinarlo, siquiera sea sintéticamente, sobre la base de precisar y delimitar en lo posible el concepto y contenido del delito militar en relación al delito común.

El CJM adopta una posición extrema, en el sentido de que considera delitos militares figuras que sin el menor inconveniente podrían incluirse en el Código penal, como v. g., muchas de las formas de traición (95) y la rebelión militar cuando los que participen en ella no sean militares (96), así como los fraudes al Ejército en análogos supuestos (97). De aquí esas superposiciones de preceptos dentro de un mismo ordenamiento jurídico, con la consiguiente duplicidad de sanciones para unos mismos hechos, comprendidos a la vez en la legislación militar y común —piénsese, v. g., en los supuestos de «ultrajes a la Nación española» de los artículos 316 CJM y 123 CP (98)— y que se atribuyen a la militar, sea por razones de competencia, sea en virtud de pena mayor (99), pero en perjuicio, en todo caso, de la unidad del ordenamiento jurídico, principio éste del cual el legislador no puede ni debe prescindir (100).

La extraordinaria amplitud determinante de la competencia con que el Código castrense absorbe una buena parte de lo que no puede técnicamente considerarse materia propia del delito militar se deduce

(95) Confr. arts. 258 a 269 CJM y 120 a 125 CP.

(96) Confr. arts. 246 CJM y 214 CP.

(97) Vd., esp. pfo. último art. 403 CJM.

(98) Vd., también, núm. 2, art. 258 y núm. 4, art. 259 CJM y arts. 120 y núm. 2, art. 122 CP, respectivamente. Otros muchos ejemplos podrían ponerse de manifiesto. La cuestión será tratada más concreta y ampliamente en el último capítulo.

(99) Vd. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 86. Aun cuando la pena conminada en el CJM es, en general, más severa, en algún caso puede, sin embargo, ocurrir lo contrario. Ello pone de manifiesto, una vez más, el grave defecto de técnica legislativa existente al tratarse de hechos que lo mismo pueden ser cometidos por militares que por civiles en ambos Códigos. Vd., v. g., artículo 291 CJM, en relación a los artículos 215, 4.º y 52 del CP y 403 CJM. Sobre la cuestión, vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Delito militar*, cit., rev. cit., pág. 600, nota 25.

(100) Cf. RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho penal*, cit., II, pág. 516; ídem, en RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. E., pág. 1075.

claramente de los artículos 6.º, 7.º y 8.º, por razón del delito; de los 9 a 11, por razón del lugar, y de los 13 a 15, por razón de la persona, muchas de cuyas conductas son perpetradas por civiles y de índole civil, y adquiere aún mayor amplitud en el caso de los bandos a que alude el núm. 7 del artículo 6.º citado (101).

Consecuentemente el radio de atracción de la jurisdicción militar se ha extendido desmesuradamente. Se ha hablado, por ello, de «hipertrofia de la justicia militar» (102). Y un examen del contenido del CJM pone plenamente de relieve cómo junto a los delitos militares que pudiéramos llamar propios existen otros en los que el sujeto activo puede ser indistintamente militar o paisano, y a los cuales se denominan delitos militares comunes o impropios; así, v. g., los de traición, espionaje, rebelión, robo o hurto de material de guerra, etcétera (103).

2. Si lo que caracteriza al delito propio es el que no puede ser cometido sin la concurrencia de una determinada condición o cualidad en el agente (104), en el ámbito de los delitos militares habrán de considerarse delitos propios aquellos que, para su comisión, requieren en el sujeto activo la calificación de militar. Ejemplos de este tipo de delitos serían la sedición, el insulto a un superior, el abandono de servicio, la desobediencia, la desertión, etc. Se ha considerado a estos delitos como los típicamente militares, columna vertebral del CJM y base permanente del Derecho penal castrense (105).

De todos modos la distinción, no exenta en todo caso de dificul-

(101) Vd. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., pág. 1373.

Según el artículo 5.º CJM la competencia de la jurisdicción militar se determina en materia criminal por razón del delito, por el lugar en que se cometa y por la persona responsable.

(102) Vd. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., pág. 1362.

(103) Se consideran delitos impropios aquellos que pueden ser realizados por conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal común. Tales ataques pueden perpetrarse por militares o civiles o por ambos. La incriminación no tiene aquí destinatario determinado. Para algunos autores tales conductas se integran por el ataque al potencial militar de la nación y, por ello, pueden ser cometidos por cualquiera (Vd. ROMÁN VIDAL, ob. y rev. cit., pág. 180).

(104) Cf. BETTIOL: *Sul reato proprio*, Milano, 1939, pág. 12; ídem. MANASSERO: *Commento ai codici penali militari*, Milano, 1951, I, pág. 74. Vd., sobre todo, MATANI. *In tema di reato proprio*, Milano, 1965.

El concepto de delito propio es, sin embargo, relativo. Aparte de que, en cierto modo, todos los delitos militares podrían considerarse como propios respecto de los comunes (Cf. VENDITTI, ob. cit., pág. 106), también podría afirmarse que la cualidad militar en la ley punitiva militar es la regla general respecto de los sujetos activos en los delitos militares, mientras que incluso en estos mismos delitos puede haber hipótesis en que puedan ser cometidos no por cualquier militar, sino por determinada categoría de militares que se encuentren en una especial posición jurídica (Cf. CIARDI: *Trattato*, cit., pág. 128, nota 4). Según este último autor la ley penal militar, al incriminar a los *estranei* no pierde su carácter de especialidad, puesto que se dirige no a la generalidad, sino a una especial categoría de *estranei* que lesionan una determinada esfera de bienes-intereses militares (pág. 154).

(105) RODRÍGUEZ DEVESA: *Delito militar*, cit., rev. cit., pág. 597.

tades, parece haber sido tenida en cuenta, en cierto modo, incluso en el propio CJM, expresándose, principalmente, en la distinta clase de pena que se impone en uno u otro caso. Los delitos típicamente militares son conminados con penas específicamente militares, mientras que los delitos militares comunes o impropios lo son con penas comunes (106).

Posición distinta a la del CJM es la mantenida por una gran parte de la doctrina y la legislación comparadas que, con más o menos elasticidad, propugnan la limitación de los delitos militares a los considerados como profesionales (107). Desde el punto de vista de nuestro derecho positivo podrían ser éstos los que afectan a la disciplina, honor militar y medios de acción del Ejército (108). Es decir, aquellos delitos estrictamente militares y que, en general, sólo pueden ser cometidos por militares.

En el Derecho austríaco el *Standsdelikte* es definido como un delito profesional, no pudiendo ser cometido más que por miembros de las fuerzas armadas en servicio activo (109).

En Alemania, si bien los civiles pueden ser sancionados por incitación y participación en los delitos militares, no pueden ser autores

(106) Vd. arts. 209 y 210 CJM.

Dado lo relativo del concepto del delito propio, la discriminación no siempre es fácil. Ni siquiera en nuestro Derecho positivo puede establecerse la distinción con absoluta certeza. Vd., v. g., arts. 194 y 403 CJM. Respecto del artículo 194, a pesar de la jurisprudencia contraria, que considera delitos propiamente militares los relacionados en el mismo, no creo se trate de delitos militares, ya sean éstos considerados propios o impropios, dado que, entre otras cosas, el citado artículo 194 se encuentra dentro de la denominada parte general del CJM y, además, contiene, pura y simplemente, causas, de agravación de la pena para los militares, como lo demuestra la propia rúbrica del Cap. VIII, tít. II, Tratado II del CJM, remitiéndose el legislador a las penas señaladas en el CP común. En cuanto al artículo 403, los delitos a que hace referencia, podrían considerarse, quizá como delitos militares comunes o impropios (supuesta la aceptación de esta concepción), pero nunca como infracciones específicamente militares, ya que el propio CJM admite que entre los culpables pueda haber paisanos, de donde se deduce que entre éstos puede haber no solamente partícipes propiamente dichos, sino coautores. En contra, en cierto modo, RODRÍGUEZ DEVESA: *Delito militar*, cit., revista cit., págs. 597 a 600, pues, aunque reconoce que de la exégesis de las disposiciones del CJM se puede llegar a las conclusiones más arriba señaladas, estima, sin embargo, por lo que se refiere al artículo 194, que de *lege ferenda* los delitos a que éste alude deben considerarse como «eminente militar» (pág. 598), y en cuanto al artículo 403, aun reconociendo lo dudoso del problema que plantea, se inclina a considerar dichos delitos como *delicta propria* (pág. 600).

(107) El término «profesional» debe entenderse en sentido amplio, esto es, aplicable a los sujetos en quienes concurra la condición de militar, referido tanto al militar de carrera como al «soldado conscripto». En favor de la distinción, aunque a los efectos de combatir la tesis de la profesionalidad en orden a la naturaleza del Derecho penal militar, vd. COLOMBO, *Sustantividad*, cit., revista cit., pág. 40.

(108) Títulos X, XI y XII del Tratado II CJM.

(109) El artículo 1.º de la Ley penal austríaca de noviembre de 1957, precisa la noción de «soldado» en la acepción de la Ley penal de 1945. Por el contrario, las infracciones de Derecho común pueden ser cometidas, igualmente, por civiles o militares. En virtud del parágrafo 1.º del Código de procedimiento de 1920,

de una infracción militar, lo que supone un considerable predominio del elemento personal en la determinación de la naturaleza del delito (110).

En los EE. UU., con excepción de las zonas de guerra y de ocupación donde la legislación de guerra existe o en las plazas sujetas a la ley marcial, los civiles no están sometidos a las comisiones o tribunales militares de los EE. UU. Ni siquiera los empleados civiles y dependientes de miembros de las fuerzas de ocupación en Europa están sometidos al *Uniform Code of Military Justice* y, en consecuencia, a la jurisdicción militar, sino a las leyes del país donde se hallan (111). Parece, por tanto, descartada en los EE. UU. la posibilidad de aplicar a los civiles la ley militar, al menos en vía normal.

Las disposiciones del Código penal sueco relativas a los delitos militares, dictadas para tiempo de paz, recogen solamente los delitos estrictamente militares (112) y se aplican, en general, con exclusividad a los sujetos en quienes concurra la condición de militar. Tan sólo las disposiciones previstas para tiempo de guerra son también aplicables a otras personas (asimilados o civiles), especialmente en aquellos casos o situaciones en que se produzca un daño o perjuicio para las fuerzas armadas del reino o de una potencia aliada de Suecia (113).

En el Derecho francés el delito militar es considerado bajo un doble aspecto. Por un lado como una especie de infracción profesional cometida por el militar en razón de la profesión que ejerce y, por otro, como un perjuicio material o moral causado al ejército (114). La doctrina dominante en el país vecino parece indicar que es hacia el concepto de falta profesional que ocasiona un perjuicio al ejército hacia donde hay que dirigirse para tratar de definir el delito mili-

los miembros del ejército están sometidos, en tiempo de paz, a la competencia de las jurisdicciones civiles (Vd. ZLAMALA, ob. cit., pág. 171).

(110) Vd. *Die Militaerischen Straftaten Strafandrohung*, cit., págs. 149-50.

(111) Vd., cap. 47, tít. 10, *Uniform Code of Military Justice*. Cf., además, WILLIAMS: *Military offenses*, cit., págs. 281-82.

(112) La Legislación penal castrense en Suecia no se halla recopilada con independencia, sino, como ya se ha dicho, dentro del propio Código penal común, a lo largo de sólo dos capítulos, XXI y XXII, destinados, respectivamente, a los delitos militares en tiempo de paz y en tiempo de guerra o emergencia. Con este sistema —como afirma JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, ob. cit., pág. 87— se sigue una política legislativa, cada vez más frecuente, contraria a la autonomía como tal cuerpo de leyes, de los preceptos propios de la justicia militar. Los delitos militares en tiempo de paz podríamos distribuirlos —siguiendo al citado autor— de la siguiente forma: desobediencia; sedición o motín; abuso de autoridad; violencias contra militar; insulto a militar; incitación a la rebelión; ausencia sin autorización; abandono de puesto; intoxicación durante el servicio; abuso de cargo o infracción de deberes del servicio por negligencia. Se castigan, además, una serie de actos preparatorios o negligentes en relación a determinados delitos.

(113) Vd. JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, ob. y rev. cit., págs. 91 a 95.

(114) Cf. MILLIOT, ob. cit., pág. 298.

tar (115). Aparecen ya aquí dos criterios, en cuanto al sujeto y en cuanto al objeto, de indudable importancia a la hora de configurar el delito militar (116). Mas si de una parte no es suficiente la condición jurídica del sujeto activo, sino que ha de producirse un perjuicio al ejército (117), de otra cabe, sin embargo, supuesto el perjuicio, la posibilidad de sancionar, en determinados casos, a sujetos que no tienen propiamente el carácter militar, aunque se trata, frecuentemente, de casos de coautoría o participación en infracciones cometidas por militares, o bien de provocación a determinados delitos, v. g., a la desertión, y generalmente en tiempo de guerra (118).

Por lo que se refiere a los países socialistas y poniendo como ejemplo el Código penal soviético, en éste el delito militar está caracterizado, en cuanto al objeto, por un atentado contra el orden establecido para el cumplimiento del servicio militar, que es parte integrante del orden socialista, y en cuanto a los sujetos por la prestación del servicio militar en activo (119) y si bien los civiles pueden responder de un delito militar es solamente a título de concurso, estos, cuando hubiesen tomado parte junto a un militar en la comisión de un delito contra el orden militar (120).

Un límite subjetivo en el sentido de que los delitos militares sean aplicables a los militares y un confín objetivo, circunscrito a los actos atentatorios a la existencia del Ejército y disciplina bélicas, fue pro-

(115) Vd. MILLIOT, ob. cit., pág. cit. Cf., además, PAUCOT: *Rapport général*, cit., pág. 72.

(116) Una combinación de estos dos criterios —propuestos por BOSLY y RINGOET en su Comunicación al IV Congreso internacional, cit., ob. cit., páginas 200 y 201 (*Rapport belga*)— en cuanto al sujeto: hecho cometido por un militar y al objeto: perjuicio a los valores del ejército, sería de desear, pero no puede ocultarse —como veremos después— las dificultades que una tal combinación encierra.

(117) En el Código penal militar francés de 1928, no basta ya ser militar para que el hecho cometido por aquél sea juzgado por un Tribunal militar. Es preciso que el militar cometa una «infracción especial de orden militar o una infracción de Derecho común en circunstancias tales que la disciplina del Ejército sea afectada. En el nuevo Código penal militar de 8 de julio de 1965 no parece aportarse ninguna modificación esencial a los principios mantenidos por el Código de 1928 (Cf. MILLIOT, ob. cit., págs. 297-98).

(118) Vd. MILLIOT, ob. cit., págs. 299-300. Vd., además, HERNÁNDEZ OROZCO: *El Proyecto de Código de Justicia militar francés*, en REDM, núm. 19, 1965 páginas 104 y 105; EL MISMO: *El reciente Código de Justicia militar francés*, EDM, número 20, 1965, págs. 79-80.

(119) Cf. NAPOLITANO: *Il nuovo Codice penale sovietico*, Milano, 1963, página 382. Vd., art. 237 del Código penal soviético.

(120) NAPOLITANO, ob. cit., pág. 383. Vd., art. 237, pfo. 3.º. En sentido sustancialmente análogo al Código de la U. R. S. S. se pronuncia el Código penal de la República de Polonia de 8 de abril de 1969, circunscribiendo los delitos militares, desde el lado subjetivo, al soldado —considerándose como tal al que cumple el servicio militar en activo (pfo. 2.º, art. 289)— y a las infracciones contra las obligaciones del servicio militar, disciplina militar, reglas para el tratamiento de subordinados, relativas al mantenimiento del armamento y material militar, ejercicio del servicio y bienes militares, desde el lado objetivo; aplicándose, además, las disposiciones de la parte general y especial del citado Código

puesto en nuestra doctrina por Asúa y Antón (121 y más recientemente parece pronunciarse en sentido análogo Barbero Santos (122) Consecuentemente cuando el militar perpetrase un delito común, esto es, cuando el militar mata, roba o estafa debería ser castigado por la ley común (123). En el mismo sentido se pronunció la Constitución española de 1931, en su artículo 95 (124).

Sin embargo, y aun cuando de *lege ferenda* fuera deseable que el ámbito del Derecho militar se circunscriba a los llamados delitos militares propios (125), no se puede de antemano delimitar rigurosamente el catálogo de las infracciones que han de figurar en un Código penal del Ejército, pues el concepto que el legislador se forma de aquello que es inherente a la vida militar y de lo que supone un ataque a los bienes e intereses militares depende del papel que se entienda debe ser confiado al Ejército y de la importancia que se dé a las Fuerzas armadas de la Nación (126). Es también, en cierto modo,

no relativas a los militares a éstos, en tanto en cuanto la parte militar no contenga disposiciones diferentes (art. 289, pfo. 2.º).

(121) Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 428.

(122) Cf. BARBERO SANTOS: *El bandolerismo en la legislación vigente*, ADPCP, 1970, pág. 285, para quien los «delitos militares podrán ser únicamente los cometidos por militares —por poseer el carácter de *delicta propria*— que constituyan infracción de graves deberes militares». Como una excepción al principio de igualdad, determinada por la profesión, estima QUINTANO: *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, 1963, pág. 146, la aplicación de la ley penal militar.

Entre nuestros comentaristas del siglo XIX, GROIZARD: *El Código penal de 1870, comentado y concordado*, I, Madrid, 1902, págs. 160-61, tras mostrarse contrario a la existencia de leyes especiales, justifica la existencia de la Ley penal militar en una necesidad basada en los altos fines que al Ejército están encomendados y ve la distinción entre unos y otros delitos —militares y comunes— en la doble personalidad del militar, siendo comunes cuando los realiza como particular y militares cuando sólo como militar puede cometerlos, aunque se vea que en la legislación se hace al revés, teniendo por militares los atribuidos a la jurisdicción militar y comunes los demás, diferenciación que está en la LOPJ, también de 1870.

(123) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., pág. 1365.

(124) El artículo 95 de la Constitución española de 1931 establecía: «La jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados. No podrá establecerse fuero alguno por razón de las personas ni de los lugares. Se exceptúa el caso de estado de guerra con arreglo a la Ley de orden público. Quedan abolidos todos los tribunales de honor, tanto civiles como militares».

(125) También en este sentido se manifiestan RODRÍGUEZ DEVESA: *Delito militar*, cit., rev. cit., pág. 596, y BARBERO SANTOS, ob. y pág. cit. No obstante, la sustancial afinidad y la posibilidad de aplicación de los principios establecidos por la doctrina del delito propio al delito militar, debe señalarse la relatividad del concepto, a que ya hicimos referencia con anterioridad (nota 104). No debe olvidarse tampoco, que, incluso desde el plano del delito propio, la calificación militar del sujeto activo no es de por sí suficiente para atribuir al delito la cualidad de militar, sino que es precisa la lesión de un interés militar y su previsión en la Ley penal militar (Vd. VENDITTI, ob. cit., pág. 106).

(126) Vd. HENRY BOSLY: *Interventions*, en *Les délits militaires*, cits. página 431. Las soluciones legislativas están, en gran parte ligadas a la concepción que se tenga del ejército, su estructura y el puesto que se conceda a las fuerzas armadas de la nación, aparte de la incidencia de problemas de competencia que

la consecuencia de problemas que se plantean en el terreno político (127). No se olvide que la ley militar encierra en sí un manifiesto matiz político, puesto que pretende tutelar el orden jurídico militar en la esfera de las fuerzas armadas del Estado, las cuales son consideradas como la suprema expresión de la soberanía y tienen un fin esencialmente político, cual es el de garantizar la seguridad del Estado y, en definitiva, la defensa de la Nación (128). Piénsese, además, v. g., en la asimilación de los delitos militares a los políticos a los efectos de la extradición (129).

3. Resulta, por tanto, muy dificultoso precisar un concepto del delito militar que sirva para delimitar claramente las fronteras entre las infracciones militares y las comunes. No sirve acudir, sin más, exclusivamente a las leyes militares, pues en muchos casos resulta muy dudosa la naturaleza propiamente militar de las infracciones contenidas en aquéllas. Una ley impuesta por necesidades de la política criminal puede muy bien contener disposiciones de naturaleza muy distinta (130). Por otra parte los preceptos relativos a los delitos militares, en un gran número de legislaciones, se encuentran integrados en los Códigos penales generales, como hemos visto ocurre en los países socialistas y otros de la Europa occidental (131). Por lo demás, el contenido de los Códigos penales no guarda homogeneidad y el criterio jurisdiccional tampoco es utilizable, pues, en determinadas circunstancias —como es el caso, en nuestro derecho, de los delitos de acaparamiento, infracciones de tasas, desastres ferroviarios, bandidaje y terrorismo, etc.—, la jurisdicción militar asume el enjuiciamiento de los delitos comunes, sin distinción de personas inculpadas (132).

Desde el punto de vista de «lege lata», el criterio formulado por el artículo 181 del CJM, que considera como delitos militares las acciones y omisiones penadas en el mismo —equivalente al artículo 37 del Código penal militar italiano para la paz, que define el delito militar como la violación de la ley penal militar (133)—, revela la inutilidad de la búsqueda de un concepto del delito militar, cuyo contenido y delimitación no pueden obtenerse de ella. De aquí que se

influyen en mayor o menor medida en la delimitación de unas u otras conductas (Vd. PAUCOT, ob. cit., pág. 64).

(127) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., II, pág. 1075.

(128) Cf. CIARDI: *Trattato*, cit., pág. 30; EL MISMO: *Note sur les systèmes de codification pénale militaire*, en *Les délits militaires*, cit., págs. 37 y ss.; EL MISMO: *Seance inaugurale* al IV Congreso internacional, cit., en *Les délits militaires*, cit., pág. 49.

(129) Sobre el problema, vd. *Recueils de la Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, IV Congrès international*, Madrid, 9-12 mai 1967, en *L'extradition pour délits militaires*, vol. II, Strasbourg, 1969.

(130) PAUCOT, ob. cit., pág. 70.

(131) Vd., pág. 10.

(132) Vd. GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1968, pág. 387.

(133) También la *Wehrstraßgesetz* alemana de 30 de marzo de 1957, mantiene un criterio formal en orden a la noción del delito militar (Cf. *Die militaeris*

haya discutido en la doctrina si para una noción material o sustancial del delito militar hay que acudir a la cualidad militar del sujeto, a la naturaleza militar del interés jurídicamente protegido o al tipo de pena impuesto, supuesta la posibilidad, en el Derecho penal militar, de un sistema autónomo de penas, generalmente más severas que las establecidas para el Derecho penal común. Prescindiendo de este último criterio, ya que en la mayoría de las legislaciones se sancionan los delitos militares con penas militares o comunes (134), es preciso reconocer que si bien la mayor parte de los delitos regulados en las leyes militares exigen, generalmente, la calificación militar del sujeto activo, también los Códigos penales militares, y no sólo para tiempo de paz, prevén delitos militares que pueden ser cometidos por cualquiera (135). Por otro lado, y desde el plano objetivo, el delito militar ofende, sin duda, o debe ofender un interés militar, pero también hay delitos comunes que ofenden intereses militares (136). Habrá que discriminar entonces entre interés común y militar y considerar, en primer término, que los susodichos intereses o valores deben estar en relación inmediata y directa con el ordenamiento jurídico militar y en relación mediata o indirecta con el ordenamiento común. Es decir, la lesión de naturaleza militar debe tener un carácter predominante sobre la común, para que pueda atribuirse al hecho naturaleza militar, con las correspondientes consecuencias penales (137).

Por consiguiente, el criterio material debe ser considerado en relación con el criterio formal, y si bien es cierto que no basta la naturaleza militar de la ofensa para que un delito pueda ser considerado como militar, sino que es precisa la expresa previsión por parte del legislador, también lo es que no basta solamente tal previsión para atribuir a un hecho delictivo carácter militar, sino que ha de requerirse la existencia de una lesión o perjuicio para los intereses de las fuerzas armadas y que este interés o valor tenga carácter esencial o predominante (138). Lo cual evitará una excesiva amplitud de la noción formal del delito militar en relación a la material y los consiguientes riesgos a la hora de interpretar los preceptos punitivos.

4. Se ha propuesto la limitación de los delitos militares a los considerados como «exclusivamente militares» (139), pero la noción,

chen..., cit., pág. 149. Vd., también art. 508 del Código de Justicia militar argentino.

(134) Vd. PAUCOT, ob. cit., pág. 90; ídem. VENDITTI, ob. cit., pág. 93.

(135) V. g., arts. 258 y ss., 272 y ss., 314 y ss., etc. C.J.M.

(136) V. g., arts. 121 y ss., 214, 260, 547, etc. CP.

(137) Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *Exposición de síntesis*, en *Les délits militaires*, cit., págs. 452-53; vd., además, CIARDI: *Trattato*, cit., pág. 21; ídem: LO-CASCIO, ob. cit., pág. 33; ídem.; BOSLY: *Interventions*, cit., pág. 431.

(138) Vd. VENDITTI, ob. cit., pág. 96. En torno a una combinación de criterios subjetivo, objetivo y formal, vd. PAUCOT, ob. cit., pág. 72; ídem.; BOSLY et RINGOET: *Rapport belge*, cit., págs. 200-202.

(139) NUVOLONE: *Leggi militari e libertà di stampa*, «Foro penale», 1953, páginas 509 y ss.

como la de *delicta propria* es relativa y habrá que discriminar previamente cuáles son los delitos exclusivamente militares y si los llamados delitos «objetivamente militares» son o no propiamente delitos militares. La distinción introducida en la doctrina italiana por Del Vico (140) fue acogida, en cierto modo, por el artículo 37 del Código penal italiano para la paz, según el cual es delito «exclusivamente militar» el constituido por un hecho que en sus elementos constitutivos no está previsto, en todo o en parte, como delito en la ley penal común. Consecuentemente la no previsión por parte de las normas comunes supone que el interés tutelado por la norma incriminadora es un interés exclusivamente militar (141). El delito exclusivamente militar vendría, por tanto, a consistir en la violación de aquellos deberes que son propios y exclusivos de los militares. Así pues, presupuesto esencial de los delitos exclusivamente militares sería la cualidad militar del sujeto activo (142). La noción, sin embargo, pierde firmeza si se tiene en cuenta que en una gran parte de las legislaciones se considera delito militar contra la disciplina, v. g., el ataque o la agresión a un superior cuando se le causan lesiones o incluso la muerte. Esta conducta sería también delito común, aunque de menor gravedad y, sin embargo, resulta sancionada con más severidad porque se estima que la relación de subordinación es esencial para la subsistencia de las fuerzas armadas (143). Siguiendo el criterio expuesto, estos delitos habrían de considerarse como objetivamente militares y estarían constituidos por aquellos hechos que se encuentran incriminados tanto por las normas del CJM como del Código penal. En realidad, el delito objetivamente militar sería aquel que consiste en la violación de deberes comunes tanto para los militares como para la generalidad de los ciudadanos, sin perjuicio de que estos últimos puedan ser juzgados por tribunales comunes (144). Con más propiedad debería hablarse aquí de delitos «pluriofensivos», porque ofenden, al mismo tiempo, varios intereses protegidos por

(140) DEL VICO: *Il reato esclusivamente militare*, RDPPM, 1935, págs 5 v siguientes.

(141) VENDITTI, ob. cit., pág. 99.

(142) MORETTI: *Codice penale militare commentato*, 1965, Milano, pág. 46.

(143) Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *Delito militar*, NEJ, cit., pág. 600.

(144) Sujeto activo de un delito objetivamente militar, lo es tanto el militar como el civil, esto es, el «estraneo» a las fuerzas armadas. En el derecho italiano, el primero es juzgado por un tribunal militar, el segundo por un tribunal civil, a tenor de lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución. Sobre la cuestión, vd. MORETTI, ob. cit., pág. 46. En el derecho argentino, en tiempo de paz son pocas las disposiciones relativas a los delitos militares aplicables también a los civiles, con la particularidad de que éstos son juzgados por los tribunales comunes y no por los militares, salvo casos de emergencia grave (Cf. COLOMBO: *Los delitos militares*, ob. cit., pág. 165). Contrariamente en el Derecho positivo español, donde los hechos considerados como lesivos de intereses militares y comunes, aun cometidos por «estraneos» al Ejército son juzgados por los tribunales militares (Vd. arts. 5.º al 15 del CJM).

las normas del CJM y del Código penal (145). En estos delitos, a los elementos estructurales típicos de la propia figura del delito común vienen a unirse otros elementos típicos que la completan, consistentes, v g., en la cualificación del sujeto activo o en la particular modalidad de la conducta que lesiona un interés militar, constituyendo en muchos casos verdaderos delitos militares (146). Así, v. g., en la insubordinación, al interés protegido, disciplina, se une el ataque al honor, libertad, integridad corporal o vida, según los casos, ya que este delito puede contener en sí elementos estructurales típicos de la injuria, amenaza, lesiones u homicidio, respectivamente (147). Debe señalarse, sin embargo, que la simple mescolanza de lesiones no puede desnaturalizar un hecho privándole de su naturaleza común para atribuirle, sin más, el carácter de delito militar, sino que la lesión de los intereses o valores militares debe tener carácter totalmente predominante sobre la común. Es decir, el delito debe ser exclusiva o predominantemente militar (148), pues hay delitos comunes que ofenden intereses militares y no por ello deben ser calificados de delitos militares (149).

La condición militar del sujeto constituye en el CJM la generalidad de los casos, pero esta cualificación no debe ser suficiente para atribuir a un hecho la categoría de delito militar, sino que es preciso que este hecho, aun tipificado en la ley penal militar, lesione o ponga en peligro un interés de naturaleza militar; es decir, en circunstancias tales que afecten gravemente a la disciplina o, en general, se produzca un perjuicio material o moral para los intereses de las fuerzas armadas (150).

El delito exclusivamente militar supone, ciertamente, su no previsión en la ley común, pero no me parece pueda privarse de la calificación de delitos militares a aquellos hechos delictivos que, aun previstos en todo o en parte en las leyes comunes, sean cometidos por militares, con determinadas modalidades o en circunstancias en que ofendan intereses militares de naturaleza fundamental o predominante. Piénsese, v. g., en el caso ya citado de insubordinación o, en general, en aquellos que, no obstante estar previstos en las respectivas figuras de delito común, suponen infracciones de los deberes de servicio, daño o perjuicio de otros militares, pero en lugar mi-

(145) Vd. ANTOLISEI: *Manuale*, cit., II, pág. 500; ídem. VENDITTI, ob. cit., página 99.

(146) Vd., v. g., núms. 1 y 4, art. 264 del Código penal militar italiano para la paz.

(147) Vd. VENDITTI, ob. cit., pág. 100. Vd., además, arts. 319 y 326 CJM.

(148) Cf. CIARDI: *Trattato*, cit., pág. 21; ídem. LO CASCIO, ob. cit., página 33.

(149) CIARDI: *Reato militare*, en *Noviss. Dig. It.*, XIV, 1967, pág. 992; ídem. VENDITTI: ob. cit., pág. 94.

(150) Cf. MILLIOT, ob. cit., pág. 298. En sentido análogo VENDITTI, ob. citada, pág. 106.

litar, etc., ofensivos todos ellos de intereses primordialmente militares.

5. De *lege ferenda* me parece que el problema, teniendo en cuenta las consideraciones señaladas, no debiera plantearse sobre la base de principios absolutos, sino de criterios de razón práctica. Debe considerarse, en primer término, el criterio del sujeto. Los Códigos militares por lo que se refiere al tiempo de paz, deberán configurar aquellas conductas cuyo sujeto activo sea un militar, sin perjuicio de delimitar, con mayor o menor amplitud, las personas a quienes haya de atribuirse tal cualidad (151), y sólo en determinados casos los delitos cometidos por *estranei* a las fuerzas armadas, singularmente en materia de codelinquencia, como serían los casos de participación (cooperadores, inductores y cómplices) en delitos específicamente militares (152). Todo ello sin perjuicio de que sea la jurisdic-

(151) Vd. PAUCOT, ob. cit., pág. 69.

(152) En relación al derecho alemán, vd.: *Die Militaerischen Straftaten*, cit., págs. 149-150; ídem., parágrafo 1.º, núms. 1 y 2 de la *Wehrstrafgesetz*, de 30 de marzo de 1957. Por lo que se refiere al derecho italiano, el artículo 14 del «Codice militare di pace» dispone que «sono soggette alla legge penale militare le persone estranee alle forze armate dello Stato, che concorrono a commettere un reato militare». Tal norma se conecta con la del artículo 110 del «Codice penale» y viene a significar que el «estraneo» que concurre con el militar en la comisión de un delito militar habrá de afrontar las consecuencias previstas por la ley penal militar. Situación que no difiere sustancialmente de la del copartícipe que concurre en un delito propio a tenor de lo dispuesto en el artículo 117 del «Codice penale» común, que desarrolla plenamente su eficacia en relación con el derecho militar. En nuestro Derecho son autores, propiamente dichos, los que ejecutan directamente el hecho (núm. 1 del art. 14 CP). Los demás son partícipes en el hecho realizado por el autor principal. La participación que pudiéramos llamar propia queda integrada por las categorías de auxiliares, necesarios —cooperadores del núm. 3 del art. 14— o no —cómplices del art. 16— e inductores (núm. 2 del art. 14). Los encubridores del artículo 17 integrarían la participación impropia, en cuanto que ésta no es propiamente verdadera participación, ya que tiene lugar tan sólo después de ejecutado el delito (Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 421). Téngase en cuenta, además, que el propio concepto de la «participación» radica en la dependencia, en el tomar parte en el acto de otro (Cf. BOCKELMANN: *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, pág. 122). En los delitos especiales, o sea, los que sólo pueden ser cometidos por un círculo limitado de personas, como son los del CJM que han de ser realizados por militares, la condición personal no es ya mera circunstancia, sino el elemento esencial, constitutivo del delito, donde radica su razón de ser. Y si bien es evidente que tales infracciones sólo pueden ser cometidas por las personas calificadas, como autores principales, nada se opone, y así lo considera la doctrina dominante, a que los extraños puedan ser partícipes, ya sean inductores, cooperadores necesarios, cómplices o encubridores, ya que tales categorías de codelincuentes no ejecutan propiamente los actos constitutivos de la figura delictiva, sino que intervienen en el hecho ejecutado por el autor principal (Vd. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 431). Cabe señalar, sin embargo, por lo que al derecho común se refiere, como el T. S. ha sentado, en general, doctrina contraria en aplicación, a mi juicio desacertada, del art. 60 CP, con evidentes incongruencias, como, v. g., en los supuestos de encubrimiento en el parricidio (S. de 8 de junio de 1946) o en la malversación (S. de 12 de diciembre de 1963) (Vd. QUINTANO: *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, I, Madrid, 1962, pág. 156). Ahora bien, aun cuando fuera factible la aplicación por analogía del art. 60 CP —que, por cierto,

ción ordinaria quien juzgue de las posibles conductas delictivas cometidas por los civiles que participen en aquellos delitos considerados como exclusivamente militares. Tan sólo en caso de guerra o estado de emergencia debería la jurisdicción militar ser competente para juzgar de las conductas realizadas por los no pertenecientes a las fuerzas armadas. Pero, en segundo lugar, y desde el plano objetivo, las conductas realizadas por quienes tengan la cualidad de militar y previstas en las leyes militares, deberán suponer, en todo caso, ofensas a los intereses de las fuerzas armadas. Ahora bien, las

se refiere a las circunstancias modificativas y no a los elementos constitutivos del delito— en aquellos casos en que el partícipe es un extraño, en el supuesto contrario de que sean, v. g., el pariente (art. 405) o el funcionario (art. 394) quienes induzcan al *extraneus* a matar al padre o a realizar la malversación, respectivamente, resulta evidente que aquellos no podrán ser condenados como autores de un delito especial, salvo en los casos de autoría mediata, en aplicación por analogía del art. 60 CP, puesto que ésta deberá ser proscrita cuando redunde en perjuicio del reo, como ocurriría en los supuestos predichos (Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 432). «Pretender castigar a un funcionario que participa en un delito común, en base al especial —afirma GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pág. 296— es aún más indefendible que querer castigar al *extraneus* partícipe por el común. Pues la participación del funcionario en un delito común está especialmente regulada en el CP: en él concurre una agravante (art. 10 núm. 10) que tiene la eficacia de encajar su penalidad en el grado máximo de la pena señalada al delito». Conclusiones análogas podrían ser aplicables en relación al derecho penal militar, en el supuesto, v. g., del militar que induce al no militar a maltratar a un superior. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., págs. 431-32, aun estimando que la separación de títulos tiene en su haber motivos de justicia —porque castigar al particular y al funcionario por la misma infracción va contra la voluntad de la ley, dirigida a sancionar el incumplimiento de un deber que pesa sobre la persona calificada y no sobre el particular— considera, sin embargo, que contra tal separación hay una razón técnica, porque «el concepto de participación supone siempre la intervención en un hecho ajeno» (pág. 432), y pone de relieve la dificultad de aceptar que el particular inductor o cómplice de la malversación cometida por el funcionario sea responsable, no por esta infracción, sino por hurto o apropiación indebida (página 431). Para GIMBERNAT, ob. cit., pág. 292, el *estraneus* que participa en un delito especial (propio o impropio) responde en base al delito especial, pues «dogmáticamente es claro —dice el citado autor— que el extraño que induce a una malversación, induce a este delito y no a una apropiación indebida, que no se ha dado en la realidad y cuya existencia sólo se puede fundamentar con juegos de prestidigitación dogmáticos que hacen aparecer delitos donde no están y desaparecer otros que sí que están». Hasta aquí de acuerdo, en principio, con GIMBERNAT, pero me parece discutible extender la participación a la coautoría, como parece, también, opinar QUINTANO: *Tratado*, cit., pág. 154, incluyendo dentro de aquella conductas que encajan propiamente dentro del núm. 1.º del art. 14. Contrariamente a la extensión de la participación a la coautoría en los delitos especiales, vd. RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho penal*, cit., págs. 193 y 298; ídem, RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. E., págs. 57-58 y 926.

Si el punto de vista dogmáticamente correcto es el de que el extraño que participa en un delito especial debe ser condenado por participación en dicho delito, es evidente que estas consideraciones han de ser tenidas muy en cuenta en relación al derecho penal militar, especialmente a la hora de encuadrar jurídicamente aquellas conductas realizadas por participantes no militares en aquellos delitos típicamente militares, que sólo pueden ser cometidos por militares (propios).

leyes militares deberán incriminar solamente aquellos hechos que puedan afectar en forma directa o inmediata a dichos intereses, considerando, además, que hoy la infracción militar tiende a concebirse de manera limitada como un ataque contra aquellos valores considerados como indispensables para la existencia y funcionamiento del Ejército (153). El criterio del interés ofendido en forma directa e inmediata debería prevalecer en caso de conflicto entre intereses protegidos tanto por el ordenamiento militar como por el común, configurándose sobre esta base, y desde el lado objetivo, las correspondientes conductas ofensoras como delitos militares y siendo aplicable a ellas, en consecuencia, el CJM.

Es aquí donde ambos criterios, del sujeto y del objeto, deberían manifestarse de acuerdo, aunque no hemos de ocultar las dificultades técnicas que una tal combinación encierra (154).

6. En resumen: podrían distinguirse tres clases de delitos a los que podría ser aplicable la ley militar: 1.º, delitos cometidos por militares y que ataquen o lesionen intereses o valores militares no previstos en las leyes comunes. Estos serían los delitos exclusivamente militares y no ofrecería duda, en este caso, la consecuente aplicación de la ley penal militar; 2.º, delitos cometidos por militares, que ataquen o lesionen intereses militares y comunes. Si se trata de intereses predominantemente militares, según el criterio expuesto, esto es, según que el interés militar sea afectado en forma directa e inmediata, estos delitos deberían ser configurados como delitos propiamente militares, aplicándose, en consecuencia, igualmente, la ley penal militar; 3.º, delitos considerados como exclusiva o propiamente militares en los que participen personas no militares (155). En este caso, y aunque a estas últimas pueda serles aplicable la ley militar, deberían ser juzgadas por tribunales ordinarios. Los demás casos que supongan hechos en los que puedan intervenir militares y civiles deberán encuadrarse en las leyes comunes y, por consiguiente, serles aplicables el Código penal, pues se trata, propiamente, de «falsos delitos militares» (155 bis).

(153) Cf. BOSLY: *Interventions*, cit., pág. 431; ídem, PAUCOT: *Rapport*, cit., pág. 71.

(154) Vd. BOSLY et RINGOET, ob. cit., págs. 200 a 204; ídem, PAUCOT, ob. cit., págs. 72 y 73.

(155) Cómo serían aquellos delitos en los que interviniendo como autores principales personas investidas de la cualidad de militar y afectando exclusiva o predominantemente a intereses fundamentales de las fuerzas armadas, participen secundariamente personas civiles, cooperando a las actividades de los primeros.

(155 bis) Para RODRÍGUEZ DEVESA: *Esposición de síntesis*, cit., pág. 453, «los delitos que no afectan directamente a intereses militares y los delitos militares que pueden ser cometidos indistintamente por militares o civiles, son *falsos delitos militares*». Si bien no deja de causar cierta extrañeza el que afirme que algunas de estas conductas podrían convertirse en *delicta propria*; es decir, dejando, v. g., en las leyes penales militares el espionaje cometido por militares, y el espionaje, en general, en el Derecho común. Creo, sin embargo, que el citado

III

Se ha considerado como rasgo típico del Derecho penal militar una mayor severidad que la que impera en el Derecho común. Lo cual vendría a ser la consecuencia de las exigencias de obediencia y disciplina, ya que los caracteres del Derecho castrense proceden, en gran parte, de esas dos necesidades de la milicia. De aquí las duras penalidades con que se castigan diversas formas de desobediencia e indisciplina, que la negligencia adquiera mayor gravedad y extensión que en el Derecho común, y que actos considerados como no punibles, por falta de acción o de culpabilidad, como el sueño (156), constituyan figuras de delitos graves en el centinela que se duerme. Piénsese, además, en la prodigalidad con que se manifiesta la pena de muerte en los Códigos penales militares (157).

Debe observarse, además, cómo, en general, las exigencias requeridas por el ordenamiento jurídico militar imponen un sistema de normas penales dirigido a garantizar el más exacto cumplimiento de los deberes militares y aparecen, en consecuencia, inspirados en criterios de particular severidad. De aquí que, por una parte, la configuración de tipos delictivos no previstos en las leyes comunes se explique por la relación especial que une al militar con el Estado, y por otra, el que las previsiones de hechos delictivos en las leyes militares, aun tipificadas también en la ley común, hagan surgir nuevas figuras autónomas de delitos, conminadas, en general, con sanciones más enérgicas y severas (158).

Si comparamos los delitos militares lesivos de intereses militares y comunes a los que hemos llamado «objetivamente militares» o, mejor, «pluriofensivos», con los correspondientes delitos comunes, vemos cómo los primeros son considerandos, en general, por el le-

delito podría mantener su naturaleza común, sin perjuicio de que se pudiera atribuir la competencia, en su caso, a las autoridades militares.

(156) Una parte de la doctrina opina que en el sueño está ausente la acción, ya que en el estado de sueño no existe ni la conciencia ni la voluntad que caracteriza la acción humana, por lo que nos hallamos en presencia de una falta de acto (Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, III, 3.^a edic., 1965, pág. 693; análogamente DEL ROSAL: *Derecho penal español*, I, Madrid, 1959, pág. 281; ídem RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. G., pág. 408). Otros autores consideran el sueño como causa de inimputabilidad. Así, v. g., ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 300, lo encuadra dentro del trastorno mental transitorio. También QUINTANO: *Curso de Derecho penal*, I, 1963, pág. 333, equiparándolo a la enajenación, pero en sentido muy restringido, «tan sólo —dice— cuando se acredita como eliminatorio de la voluntad, pero no cuando voluntariamente se duerme quien tenía obligación de velar», v. g., el centinela, el guardaguasas, o el conductor del vehículo. Lo cual afecta, sin embargo, al problema de la *actio liberae in causae*, con especial referencia a la imprudencia y a la delincuencia por omisión. Si bien hace en relación con el sonámbulo que con el dormido normalmente, como hace notar ASÚA, ob. cit., pág. cit.

(157) Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, II, 3.^a ed., pág. 1361.

(158) Cf. VENDITTI, ob. cit., pág. 106.

gislador militar, como más graves que las correlativas figuras de delitos comunes, siendo sancionados con penas más rigurosas, sin que deba olvidarse, por otra parte, que el procedimiento penal militar responde a criterios de mayor rigor y celeridad que el procedimiento ordinario.

Es preciso señalar, sin embargo, cómo en una gran parte de las más modernas legislaciones se observan criterios de mayor benignidad. Una ojeada por el Derecho comparado nos muestra cómo, v. g., aunque no se renuncia en los casos extremos a la pena de muerte, suele establecerse, sin embargo, no como pena única y en las ocasiones bélicas (159). Se distingue, además, dentro de los Códigos penales militares, entre penas militares y comunes, aplicándose éstas a los delitos no específicamente militares (160). Algunas legislaciones, como la suiza, aplican a los delitos militares penas de Derecho común (161). Otras como la soviética tienen un sistema autónomo de penas (162). Pero la mayor parte de los demás países adopta un sistema mixto, comprendiendo penas de Derecho común y penas especiales de Derecho militar (163). No puede menos de reconocerse, sin embargo, que la vieja idea de la «humillación» aparece a través de la degradación militar. El contenido de los Códigos penales militares, o de las disposiciones a ellos concernientes, se centra en los delitos militares propiamente dichos, como hemos podido apreciar con anterioridad (164). Y es importante observar cómo en los Códigos penales más rigurosamente técnicos se da un tratamiento distinto a los delitos cometidos en tiempo de paz que a los cometidos en tiempo de guerra (v. g., Códigos penales militares italianos para la paz y para la guerra, de 20 de fe-

(159) Así se deduce del examen de la legislación comparada. Vd., especialmente los distintos Informes presentados al IV Congreso internacional de Derecho penal militar a que tan reiteradamente hemos aludido, en *Les délits militaires*, cit. Vd., además, JIMÉNEZ JIMÉNEZ: *Notas sobre legislación penal extranjera*, en REDM, núm. 25-26, 1968, págs. 101 y ss.

La pena de muerte persiste, aunque, en general, en tiempo de guerra en países que la han abolido de hecho o de derecho, v. g. Bélgica, Noruega, Italia, Suiza, Países Bajos y Argentina.

(160) Por lo que se refiere al Derecho español, vd., art. 209 CJM.

(161) Vd. arts. 27 y ss. del Código penal militar suizo (MStG).

(162) Cf. F. GORLE: *Les infractions militaires en Union Soviétique, Seminaire belge de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, 1965-66, núm. 7. También en los Estados Unidos y en Gran Bretaña las penas son especiales para el Derecho penal militar (Cf. ROBERT M. WILLIAMS: *Military offenses*, en ob. citada, pág. 283 y WILLIAM E. STUBBS: *Military offenses*, cit., pág. 328, respectivamente).

(163) Es el caso de Alemania Federal, Bélgica, Luxemburgo, Italia, Países Bajos, Noruega y Argentina (Vd. PAUCOT, ob. cit., pág. 90). En España se distingue entre penas militares propiamente dichas y penas «comunes» aplicables a los delitos que no son «específicamente» militares (Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit. Parte especial, pág. 1086), ídem. HERNÁNDEZ OROZCO: *Rapport*, cit., págs. 260 a 264).

(164) Vd. *supra*, págs. 25 y ss. Para una ojeada de conjunto en relación a los Códigos penales de los países socialistas, vd. SCREVEENS: *Les infractions dans les Codes pénaux des Etats Socialistes*, Bruxelles, 1965.

brero de 1941; Código penal sueco de 1962 (165); Código penal noruego de 1902 (166), etc.), distinción, a mi juicio, fundamental, no sólo en cuanto a las tipologías (muchas de ellas exclusivas de uno u otro momento), sino en cuanto a la competencia. Así, v. g., el Código de justicia militar francés de 1965 determina la competencia en relación a los delitos cometidos en tiempo de paz y en tiempo de guerra (167), y el *Code de procédure pénale* confiere la competencia, respecto de los delitos contra la seguridad del Estado, catalogados, en general, en el Código penal común, en tiempo de guerra a la jurisdicción militar y en tiempo de paz a la jurisdicción civil (168); y si bien en esta técnica influyen razones procesales, tanto o más que las sustantivas, debe significarse, por otra parte, que son precisamente los casos más frecuentes de pena de muerte los que suelen centrarse en los supuestos más graves (generalmente en tiempo de guerra), v. g., de traición, espionaje y sedición. Valgan de ejemplo el Código de justicia militar francés, a que acabamos de aludir y, también, el Código penal militar suizo (MStG) (169).

La concepción del Ejército como una casta exclusivamente sometida a severas obligaciones procedentes de la necesidad de disciplina, que la separaría de los demás miembros de la sociedad, gozando en contrapartida de ciertos privilegios, cual es el ejercicio de su propia justicia;

(165) Vigente desde 1.º de enero de 1965. Sobre el Código penal sueco, vd. IVAR STRAHL: *Les grandes lignes du nouveau Code pénal suédois*. «Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé», 1964. Vd., además, por lo que se refiere a las disposiciones militares, la obra citada de JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, en REDM, núm. 20, págs. 87 y ss.

(166) Vd. MONSEN: *Views on military infractions*, en *Les délits militaires*, cit., págs. 376 y ss.

(167) Vd. MILLIOT, ob. cit., págs. 299 a 302. Vd., además, HERNÁNDEZ OROZCO: *El reciente Código de Justicia militar francés*, en REDM, núm. 20, 1965, páginas 77 y ss.

(168) Los «crímenes» y «delitos» contra la seguridad del Estado son, en el Derecho francés, objeto de reglas particulares de procedimiento, contenidas, de una parte, en los artículos 30 y 697 a 702 del *Code de procédure pénale*, tal como resulta de la Ley de 15 de enero de 1963 modificando la competencia, funcionamiento y procedimiento en orden a los citados delitos. En tiempo de guerra los crímenes y delitos contra la seguridad del Estado son de la competencia de la jurisdicción de las fuerzas armadas (art. 697 *Code de proc. pén.*, modificado por la Ordenanza de 4 de julio de 1960). Vd., además, arts. 302 a 324 del nuevo Código de justicia militar francés de 8 de julio de 1965. En tiempo de paz la competencia se defiende a la *Cour de sûreté de l'Etat*, que continúa siendo competente incluso en «état d'urgence» aun para todo el territorio del Estado. Sobre esta cuestión, vd. LAMBERT: *Traité de droit pénal spécial*, París, 1968, págs. 823 a 827.

(169) Vd. arts. 403 y 422-23 del Código de Justicia militar francés y 87 (*Der militärische Landesverrat*), 88 (*Kriegsverrat*) y 86 (*Die Verletzung militärischer Geheimnisse*) del Código penal militar suizo (MStG). Vd., sin embargo, en relación al espionaje, los arts. 272-274 del Código penal común (StGB). Sobre el Código penal militar suizo, vd. KELLER: *Die Militärischen Delikte*, en *Les délits militaires*, cit., págs. 400 a 402; COMTESSE: *Das schweizerische Militärstrafgesetz, Kommentar*, Zürich, 1946; HERNÁNDEZ OROZCO: *Notas sobre el Derecho penal militar suizo*, REDM, núm. 18, 1964, esp. págs. 84-85.

tiende hoy a desaparecer totalmente en la mayor parte de los países, desde el momento en que todos los miembros de la Nación deben participar en la defensa de la misma. Pero éstos, no obstante las obligaciones particulares del servicio militar, no deben dejar de beneficiarse de aquellos derechos y libertades compatibles con el servicio, pues «el Ejército no ha sido creado al margen de la sociedad nacional..., sino que es un aspecto particular de esta sociedad» (170).

Finalmente, creo que no puede dejar de considerarse que el ordenamiento jurídico militar está inserto en el ordenamiento jurídico estatal, y debe fundarse, igualmente, en la dignidad de la persona humana y en el respeto a los derechos garantizados por las leyes fundamentales.

IV

El Derecho penal militar está hoy integrado por el conjunto de normas que plasman, principalmente, en el CJM, promulgado el 17 de junio de 1945, que vino a modificar las disposiciones de los anteriores CJM de 25 de junio de 1890 y CP de la Marina de Guerra de 24 de agosto de 1889.

El vigente Código castrense, que contrariamente al CJM de 1890 —y siguiendo el ejemplo del de la Marina— tiene parte general completa, con pretensión de independizarse del CP, especifica que sus preceptos son aplicables a la jurisdicción militar de los Ejércitos de tierra, mar y aire (art. 1.º CJM) (171).

Ha de reconocerse previamente cómo en la elaboración de los preceptos del CJM han influido, sin duda, muchos de los principios fundamentales mantenidos en el Derecho penal común, cuya progresiva evolución y más avanzada técnica se han ido imponiendo paulatinamente en el Derecho penal militar, traduciéndose, en buena parte, en la sucesiva formación de los Códigos penales militares. Esto ha supuesto, sin duda, la modificación de las arcaicas disposiciones y crueles penalidades existentes en las viejas ordenanzas militares, que debieron sufrir también el influjo del movimiento codificador (172). Pero, además, el Derecho penal común viene a constituir derecho supletorio cuando

(170) ROGGEN: *Una doctrine de la justice militaire belge*, en «Revue de droit pénal militaire et droit de la guerre», vol. 2.º, 1966, pág. 348.

(171) Vd. DÍAZ-LLANOS: *Leyes penales militares*, 1968. Nota 2 al Tratado Primero del CJM, Exposición de motivos, págs. 15 y 16.

(172) V. g., el horadar la lengua con un hierro candente al blasfemo que reincidía, el imponer la pena de muerte al que robare alguna cosa dentro del cuartel, casa de oficial o dependencia del Ejército; la pena de horca para el que cometía sodomía, quemando después al reo, etc., Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. E., pág. 1077, nota 5.

no haya regla concerniente al caso presentado (art. 257, párrafo 2.º CJM) (173).

Consecuentemente, el CJM se rige, en principio, por el *nullum crimen sine previa lege penale*, como el CP (arts. 181 y 182 CJM), y sólo se reputan penas las impuestas por los tribunales militares en virtud de procedimiento judicial (art. 207) (174), sin que pueda ejecutarse pena alguna, sino en virtud de sentencia firme (art. 241); y finalmente, el CJM consagra el principio de irretroactividad de la ley penal militar, salvo en lo favorable (art. 208).

La naturaleza militar del delito viene, en definitiva, atribuida en el CJM por su inclusión y castigo en el mismo (art. 181 CJM), según hemos expuesto con anterioridad (175). Pero es necesario señalar, sin embargo, la peculiaridad en nuestro Derecho penal militar de que al lado de la ley en sentido estricto aparecen, con rango igual a ella, los llamados bandos militares, en calidad de leyes de emergencia dictadas por determinadas autoridades militares (art. 6.º, núm. 7, 53 y 54 CJM y 39 LOP), quienes, en ciertas circunstancias consideradas como excepcionales, asumen unas facultades equiparadas en lo penal a las legislativas (art. 181, párrafo 2.º, CJM). Ciertamente que en los bandos no pueden establecerse nuevas especies de penas, debiendo ajustarse éstas al repertorio de las que ya están legalmente establecidas (art. 39, número 3, ap. d), LOP), pero fuera de esto y de la limitación formal establecida en el artículo 11 CJM no existen otras. Por consiguiente, en los bandos se pueden definir nuevos delitos, estableciéndose las correspondientes penas, modificando plazos, elevando la pena de los delitos ya existentes, aunque no estén previstos en el CJM, y añadir nuevas causas de agravación o de responsabilidad criminal. Aunque lo normal es que los bandos no instituyan nuevas figuras de delito, sino enumeración de hechos que se consideran comprendidos en las existentes con anterioridad, por este procedimiento se han extendido muchas veces éstas (176). Un tal sistema, especialmente en aquellos casos en que se equiparan conductas comprendidas en los bandos a otras existentes con anterioridad y cuya denominación jurídica se toma tan sólo de pantalla —prescindiendo de la naturaleza jurídica de tales conductas—, no solamente puede suponer un grave defecto de técnica jurídica, sino un quebrantamiento del principio de legalidad, del cual ni puede ni debe prescindirse en los bandos. Pensemos. v. g., en aquellos hechos que al amparo del núm. 5 del artículo 286 CJM pueden equipararse al delito de rebelión militar porque así se declare, sin más, en

(173) Vd. HERNÁNDEZ OROZCO: *Los delitos militares*, cit., pág. 256.

(174) Sobre el problema que plantea el artículo 207 CJM, en relación a la naturaleza penal o disciplinaria de las faltas militares a las que se sanciona con los denominados «correctivos», vd., *supra*, esp. notas 77, 79 y 85.

(175) Vd., *supra* págs. 29 y 41. Vd., además, HERNÁNDEZ OROZCO: *Los delitos militares*, cit., pág. 255.

(176) Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 89.

los bandos por las autoridades militares (177). Con razón se ha dicho que no se ha dado un criterio ordenador suficiente que sirva de guía al ejercicio de tan delicada función legislativa, delegada en funcionarios administrativos, suponiendo que lo sean las autoridades militares (178).

Considerando, por otra parte, que los bandos son leyes delegadas, nada impide el que los órganos legislativos ordinarios, al otorgar legalmente a las autoridades militares el poder de dictar leyes para afrontar determinadas situaciones de emergencia, puedan precisar y poner límites a las atribuciones de aquéllas, v. g., a la imposición de la pena de muerte (179). De todos modos la quiebra que la falta de límites en los bandos suponga para el principio de legalidad podría también ser subsanada, al menos en parte, con la solución, ya empleada en otros países, de crear Códigos penales o disposiciones especiales para tiempo de guerra con carácter permanente, donde pudieran quedar catalogadas, siquiera sea un buen número de conductas realizables en situaciones de excepción.

Creo, finalmente, que debiera distinguirse entre tiempo de guerra y estado de guerra, pues, particularmente en este último caso, no me parece puedan crearse delitos, sino someter los existentes al fuero marcial (180).

2. El artículo 181 del CJM define el delito militar diciendo que son delitos y faltas militares las acciones y omisiones penadas en el mismo, añadiendo en su párrafo 2.º que lo son igualmente los comprendidos en los bandos que dicten las autoridades competentes. La noción parece discrepar, sin embargo, de la contenida en el artículo 1.º del Código penal, porque en ella se prescinde de la palabra «voluntarias». Consecuentemente ello da base para afirmar que al abandonar la voluntariedad el CJM renuncia a la exigencia de la culpabilidad, lo que, en definitiva, equivaldría a decir que la responsabilidad criminal, en estos casos, se fundamenta tan sólo en la producción del resultado. Todo lo cual supondría una supervivencia en el Derecho castrense de épocas harto tiempo superadas. La posición citada tiene su

(177) Sobre la cuestión, en relación al Decreto de 21 de septiembre de 1960, vd., el agudo artículo de BARBERO SANTOS: *Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo*, en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Universidad de Salamanca, 1971, págs. 152 a 156. Vd., además, en relación al problema de los bandos, en general, en nuestro derecho, RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. G., págs. 31 y nota 84 y 138 a 140; ídem, en *Derecho penal*, cit., P. E., pág. 1078, nota 9; ídem., *Bandos penales militares*, REDM, núm. 3, 1957, pág. 157 y ss.

(178) APARICIO GALLEGO: *Derecho penal militar y Derecho penal común*. Comunicación presentada a las *Primeras Jornadas de Derecho penal militar y Derecho de la guerra*, Valladolid, 1961; cit., además, por RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., pág. 14.

Sobre el problema del funcionario militar, vd. CARRIÓN MOYANO: *El militar como funcionario público*, REDM, núm. 18, 1964, págs. 37 y ss.

(179) Cf. VENDITTI, ob. cit., pág. 38.

(180) Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., II, 2.ª ed., pág. 1402.

base en que el Derecho penal militar, esencialmente utilitario, señala como punibles actos en que la voluntad no podría demostrarse, precisando castigos en circunstancias determinadas para individuos cuya participación en hechos concretos no se justifica. Prueba de ello sería el acto de dormirse un centinela (arts. 362 y 363 CJM) y la sedición cuando no se acredita quien fuera el autor de los gritos en que consista (art. 296 CJM) (181). En el primer caso, cuando se impone la pena al centinela o escucha que se halle dormido no se tendría en cuenta si el sueño tiene o no una causa patológica, ni si es o no irresistible: en el segundo caso, cuando se dispone que si en el acto no se descubre al que dio la voz sufrirán la pena los seis individuos que los jefes allí presentes conceptúen más próximos al lugar de donde hubiera salido aquélla, se viene a castigar a personas inocentes, respecto de la sedición, sin más causa que la ejemplaridad, o sea, la intimidación general, en virtud de que la ejecución de la pena se lleva a cabo sin consideración a la voluntaria participación de los elegidos en la forma indicada para el delito de sedición (182). Podría objetarse, sin embargo, que de los ejemplos indicados no se deduce necesariamente que la culpabilidad no pertenezca al concepto del delito militar, puesto que en el artículo 185 se reconocen las causas de inimputabilidad y también el caso fortuito, que se caracteriza por la falta de culpa e intención, y que eximen de responsabilidad también en los delitos militares, por lo que a *sensu contrario* deben concurrir en éstos el dolo y la culpa (182 bis). Ahora bien, el argumento no resuelve por sí sólo el problema de la no admisión en el CJM de determinadas causas de inculpabilidad que no suponen necesariamente la inimputabilidad, como v. g., el miedo insuperable, particularmente en los casos del párrafo 2.º del núm. 10 del artículo 185. Menos aún convencen las razones procesales o la presunción de coautoría que se ha alegado en el caso de los

(181) Posición que tiene su base en la antigua opinión del comentarista del CJM de 1890, CONEJOS D'OCÓN: *Observaciones para la aplicación del Código de justicia militar*, Valencia, 1895, pág. 291, y que aún sigue siendo mantenida por algunos de los comentaristas más tradicionalistas, como v. g., DÍAZ LLANOS: *Leyes penales militares*, Madrid, 1968, 9.ª ed., pág. 166, nota 356. En sentido contrario, sin embargo, entre otros, RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. E. página 1081 y TEJEDOR y FERREIRO: *Derecho militar*, Valladolid, 1940. A esta opinión se adhiere también QUINTANO: *La culpa en el Derecho penal militar*, REDM, núm. 4, 1957, pág. 10, quien, por análogas razones a las manifestadas por RODRÍGUEZ DEVESA, se muestra contrario a la intrascendencia del factor subjeivo en el delito militar.

(182) Sobre el llamado «problema de la voluntariedad» en el Derecho militar, vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Delito militar*, cit., NEJ, págs. 595-96, para quien las consideraciones a que acabamos de aludir, mantenidas por una parte de la doctrina, no pueden fundamentar una supuesta falta de voluntariedad en el Derecho militar. En relación a la cuestión, vd., además, JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., III, 3.ª ed., pág. 81.

(182 bis) Argumento utilizado por RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho penal*, II, cit., pág. 518; ídem., en RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. E., cit., pág. 1081.

gritos sediciosos (183). No creo, sin embargo, que de la omisión de la voluntariedad en la noción formal del delito del artículo 181, ni de los ejemplos indicados haya de deducirse claramente la no necesidad de la culpabilidad en el Derecho militar. En primer término porque el artículo 181 no prejuzga nada, máxime si se estima que la acción, ontológicamente considerada, pueda llevar implícita la voluntariedad, que la teoría finalista llega a considerar incluso de un modo concreto (184). Tampoco necesariamente de los ejemplos indicados. Pero tanto en el primero de los casos aludidos, en el que se ha llegado a afirmar la existencia de una *actio liberae in causae*, a mi juicio impropriadamente, como en el segundo, en el que se aduce un delito de «sospecha» (185), se trata de presunciones de culpabilidad que deben ser desterradas de un derecho voluntarista, como es el punitivo (186).

(183) A que alude RODRÍGUEZ DEVESA: *Delito militar*, cit., NEJ, pág. 596. Para DÁVILA y GARICANO GOÑI, ob. cit., pág. 254, en los casos aludidos, a los que agregan el contemplado en el artículo 338 CJM, no deja de existir el elemento intencional, lo que me parece desorbitado, pues el mismo QUINTANO, ob. citada, pág. 12, quien trata de paliar el objetivismo que dimana de los artículos señalados, con un supuesto —aunque no convincente— acoplamiento de dichos preceptos a «una hermenéutica de lo culposo», pone de manifiesto, sin embargo, por lo que al artículo 296 se refiere, cómo esta figura «es seguramente la más ardua de encuadrar en una sistemática culpabilista, por ser condiciones de culpabilidad actos independientes, no ya de la intención, sino hasta de la voluntad del sujeto: los de no saberse ni haberse logrado averiguar el autor del grito subversivo, ya que conseguido esto, los seis vecinos de formación quedan exentos de pena». De otro lado, en relación al artículo 362, y al 363, aun cuando QUINTANO trata de demostrar que en determinadas circunstancias el objetivismo del tipo puede mostrar una neta afinidad con lo culposo —a mi juicio, sin éxito— afirmando que requiere un mínimo de voluntad, se cuida muy bien de precisar que hay que dar «por descontado» la «ausencia de malicia», «pues existiendo ésta —continúa el citado autor— preordenada a un fin, de favorecer incursiones enemigas o sediciosas, es claro que desaparecerían las tipicidades específicas para dar lugar a las dolosas de traición, rebelión o sedición» (pág. 15). En cuanto a la presunción de coautoría o de encubrimiento a que aluden DEVESA y DÁVILA y GARICANO GOÑI, respectivamente, respecto del artículo 296, la falta de intención de cooperar es manifiesta, pues, como afirma el propio QUINTANO, ob. y revista cit., pág. 14, en este supuesto, probada la confabulación, no sería ciertamente aplicable este tipo, sino el correspondiente a la sedición misma.

(184) Vd. WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., Berlín, 1969, páginas 33 y ss.; MAURACH: *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, 3.ª Aufl., Karlsruhe, 1965, págs. 131 y ss. Afirma RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. E., cit., que «el Derecho sólo se ocupa y puede aspirar a regular los actos humanos, y no hay acto humano cuando falta la libertad de la voluntad (la voluntariedad en el sentido de la exposición de motivos), con la consecuencia de que no puede entonces hablarse de acciones previstas en el Código, porque falta precisamente tal acción» (pág. 1081).

(185) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., pág. 16. Y en el sentido de la *actio liberae in causa*, respecto del artículo 362, parece manifestarse también RUBIO TARDÍO: *Las causas de exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal militar*, en *Primeras Jornadas de Derecho penal militar y Derecho de la guerra*, Valladolid, 1961, pág. 149.

(186) Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 191, nota 1.

GÓMEZ CALERO: *El «versari in re illicita» en el Código de Justicia militar*, REDM, núm. 23, 1967, págs. 29 a 31, señala cómo los delitos previstos en los

aun más repudiables las del Derecho militar, cuyo mayor cariz utilitario y objetivista es patente (187), que puedan serlo las establecidas en el Código penal, en el caso, v. g., de la riña tumultuaria (art. 408), del raptó (art. 442) o de las detenciones ilegales (art. 483). Son, en definitiva, vestigios de responsabilidad objetiva, que no se justifican en absoluto en la hora actual y abocados a desaparecer totalmente del ámbito del derecho punitivo (188).

Es de señalar, además, la restricción existente en el CJM, por lo que se refiere a las causas de inculpabilidad. Así, v. g., el miedo insuperable no sólo no se admite en el caso de los militares, sino ni siquiera en el de los paisanos sometidos a la ley castrense cuando se trate de delitos de traición, espionaje, rebelión y sedición (párrafo 2.º del núm. 10, del art. 185), lo que revela algo más que una falta de coordinación legislativa. Pues aunque se pase, lo que ya es discutible,

dos números del artículo 362 —así como otros análogos, v. g., arts. 279, 288, 361 y 399, entre otros— del CJM, son delitos cualificados por el resultado, pues, aun supuesta la «posibilidad objetiva de prever» (la previsión como «posible» —dice, en la nota 83, el citado autor— no engendra culpa penal), «...una cosa es que exista la 'posibilidad objetiva de prever', y otra muy distinta que la ley requiera, para tipificar y sancionar el delito, la 'previsibilidad subjetiva del resultado'». Ninguno de los preceptos indicados —continúa el autor, predicho— requiere para la punibilidad del resultado más grave, eventualmente sobrevenido, la infracción de un deber de previsión o diligencia por parte del sujeto activo del delito. La responsabilidad de tales resultados se vincula al autor del acto ilícito inicial, no en base a imprevisión o culpa de éste, sino en base a un proceso de causalidad adecuada (pág. 31). Sobre el problema del «versari in re illicita», en general, vd., el excelente artículo de CEREZO MIR: *El «versari in re illicita» en el Código penal español*, ADPCP, 1962, págs. 47 y ss.

(187) El mismo QUINTANO, ob. y rev. cit., pág. 11, pone de relieve cómo es forzoso reconocer que en el CJM abundan con inusitada frecuencia, al lado de infracciones por imprudencia, perfectamente caracterizadas, otras que sólo lo son a título un tanto sutil y subrepticio, si se les atribuye tal cualidad por la vía de culpa presunta o *culpa in re ipsa* que al ser *ius et de iure*, equivale prácticamente a una postura de descarnada responsabilidad objetiva.

(188) Podría afirmarse aquí con el propio QUINTANO, ob. rev. y pág. cit.; que «la trascendencia del resultado y las consabidas razones prácticas de mantener la ejemplaridad, y con ella la disciplina a toda costa, son las explicaciones más plausibles; disculpas, más bien, encaminadas a justificar tan graves derogaciones del dogma del *nullum crimen sine culpa*». Palabras perfectamente aplicables a los casos que nos ocupan y en los que no podemos encontrar siquiera esa «brizna» de culpa a la que pretende asirse, a mi juicio, sin mucha convicción, el ilustre autor; el cual, por otra parte, no parece muy consecuente en sus consideraciones, en cuanto que, aparte de que considera la palabra «voluntarias» empleada en el artículo 1.º del CP como comprensiva de las dos formas de culpabilidad (dolo y culpa) (*Comentarios al Código penal*, Madrid, 1963, pág. 16), en su *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, 1963, pág. 272, refiriéndose al Derecho militar en la concreta figura del art. 292 CJM, afirma textualmente: «Mal parado queda en estas situaciones de responsabilidad el dogma de la culpabilidad, digno de ser enunciado en el aforismo complementario del legalista como *nullum crimen sine culpa*, que ningún argumento utilitario podría remplazar». Nuestro pleno acuerdo con estas últimas consideraciones es evidente, pero ellas no parecen ser muy congruentes con sus anteriores afirmaciones acerca de una posible incriminación a título de culpa de las conductas a que se refieren.

por la no admisión de la eximente —supuesto que no contradiga el principio de que no hay pena sin culpabilidad, habida cuenta de la aplicabilidad al miedo del principio de la no exigibilidad de otra conducta, como hacía Rodríguez Muñoz (189)— para los militares, porque para ello reciben una instrucción física y una adaptación mental especiales en las que se cultiva y desarrolla el sentido del cumplimiento del deber militar aun a riesgo de la vida (190), ello no explica ni justifica la traslación de la responsabilidad a los no militares no obstante admitirse la existente en el CP. El argumento objetivizante empleado de que el mal que para la patria suponen estos hechos nunca puede considerarse igual o menor a cualquier otro que pudiera resultar al sujeto al infringir las prescripciones penales (191), no convence en absoluto, ya que en análogas circunstancias podrían encontrarse todos los reos de los citados delitos y otros análogos contra la seguridad del Estado, supuesta la aplicación del CP. La incongruencia legislativa entre el texto legal castrense y el Código penal común es aquí evidente.

En algunos otros puntos se demuestra, además, cómo el CJM se ha quedado atrás en relación al CP común. Pensemos v. g., respecto de las causas de inimputabilidad, en la técnica que emplea al mantener imputabilidad condicionada por el discernimiento para la minoría de edad (art. 185, núm. 2.º) y la no admisión de la embriaguez, ni siquiera como atenuante, si bien aquí se alude solamente a los militares (art. 186, circ. 9.ª, pfo. último) (192).

Por el cariz de este artículo no podemos entrar ahora en pormenores respecto de otras posibles causas de exención de responsabilidad en el derecho militar. Aludiré muy brevemente a la obediencia debida.

(189) Vd. RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Notas al MEZGER: Tratado de Derecho penal*, Madrid, 1957, págs. 16, 17 y 217. Para una mejor comprensión del problema de la no exigibilidad de otra conducta, vd. SÁINZ CANTERO: *El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de «no exigibilidad»*, en ADPCP, 1960, páginas 419 y ss.

(190) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. E., cit., pág. 1083; RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. G., cit., pág. 533; RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., pág. 16.

(191) Argumento aducido por RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. E., cit., página 1083.

Es de señalar que la jurisprudencia anterior al vigente CJM, entre la que cabe citar la Sentencia de 26 de enero de 1944, aplicó la eximente de miedo insuperable en algunos supuestos de delito de rebelión perpetrado por paisanos. Pero con el nuevo Código se modificó el anterior criterio (vd. DÍAZ LLANOS: *Leyes penales*, cit., pág. 175, nota 390).

Algunos autores propugnan, sin embargo, por dejar al arbitrio judicial la admisión del miedo insuperable, aún tratándose de militares, en determinados casos, teniendo en cuenta las circunstancias de la persona y hecho, y los móviles perseguidos por el culpable (Cf. RUBIO TARDÍO, ob. cit., pág. 160).

(192) Téngase en cuenta, además, que en el núm. 1.º del art. 199 CJM se incluye todavía la receptación como forma de participación por encubrimiento, cuando en el CP constituye una figura autónoma de delito, desde la Ley de 9 de mayo de 1950 (art. 546 bis).

De las figuras de desobediencia establecidas en el CJM en las que no aparece excusa alguna por razón de la ilegalidad de la orden, al modo que puede verse en el CP (art. 369), se deduce que el deber de obediencia es más riguroso para los militares que para los funcionarios judiciales y administrativos. Pero no deja de ser extraño que, no obstante la amplitud del ámbito de la obediencia en el derecho militar, para la apreciación de la eximente en el CJM, haya de tenerse en cuenta por los tribunales el que la obediencia se haya prestado con malicia o sin ella. La solución, que de todas formas está en pugna con el criterio más amplio de la legislación civil y no resuelve plenamente los arduos problemas que plantea la eximente, produce el resultado paradójico de que al ser la malicia en nuestro derecho equivalente al dolo, la obediencia en la que no medie malicia sería excluyente del dolo, esto es, de la culpabilidad, según el derecho militar (193).

En orden a la antijuricidad los tipos han sido configurados en el derecho militar con miras a la protección de los intereses fundamentales de las fuerzas armadas, si bien éstas serán casi siempre un sujeto pasivo de segundo grado, pues en primer término está, al menos en una gran parte de los casos, una persona física (194). Aquí las diferencias, aparte de algunos casos especiales, no destruyen totalmente la identidad entre el derecho militar y el común. En ambos se da la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (195).

Por lo que se refiere a la negligencia, aparte el *nomen iuris*, debe significarse cómo frente al sistema de incriminación genérica del CP, el CJM adopta el de incriminación específica y, en su virtud, las figu-

(193) Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 274. Vd., también RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Notas al MEZGER*, cit., pág. 442. Contrariamente, RODRÍGUEZ DEVESA: *La obediencia debida en el Derecho penal militar*, REDM, núm. 3, 1957, páginas 29 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. G., cit., pág. 457. El problema ha sido tratado ampliamente en el IV Congreso Internacional de Derecho penal militar y de derecho de la guerra. Dada la índole del presente trabajo es imposible abordar aquí los múltiples problemas que plantea la eximente. Pero debe señalarse que RODRÍGUEZ DEVESA, en la *Exposición de síntesis*, cit., presentada al citado Congreso (pág. 454) precisa que hay que reconocer que la orden de cometer un delito no es nunca obligatoria y, en consecuencia, no puede alegarse como causa de justificación o excusa para el que obedece, ya que si se admite esto no podría establecerse ninguna diferencia entre un ejército y una partida de bandidos. Pero los ejércitos modernos están fundados en el Derecho y, por ello, obligados a respetar el ordenamiento jurídico. Ello no quiere decir—continúa el citado autor— que quien comete un delito en cumplimiento de órdenes superiores no quede nunca exento de responsabilidad, como es el caso en que medie un error esencial o invencible. Mas aun cuando ello supone llevar el problema a la falta de culpabilidad, para RODRÍGUEZ DEVESA, la exención de culpabilidad en el que obedece radica no en el hecho de haber cumplido una orden, esto es, no por obediencia debida, sino por error; lo que no acertamos a comprender demasiado. Ciertamente el mismo autor constata que estas ideas precisan de ulteriores estudios para encontrar fórmulas técnicas satisfactorias.

(194) Vd. HERNÁNDEZ OROZCO: *Los delitos militares*, cit., pág. 254.

(195) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., pág. 18.

ras delictivas culposas aparecen directa e individualmente tipificadas a lo largo de su articulado, incluso hasta fuera del Capítulo de la negligencia (art. 388 a 402), en el que, por cierto, ésta cobra una especial importancia por la severidad de las sanciones impuestas, no sólo en razón del espíritu del Ejército, sino de las consecuencias que tales conductas pueden acarrear (196).

3. En cuanto a las penas, éstas tienen nomenclatura, extensión, graduación y aplicación diferente de las comunes. Es de señalar, en comparación al CP, la amplitud de los períodos de duración, la mayor indeterminación y gravedad, así como el mayor número de casos en que se aplica la pena de muerte, frecuentemente como única. Ciertamente aquí podría encontrarse una diferencia, en relación a los fines, con las establecidas en el CP, pues en el CJM es mucho más acusado el fin intimidatorio. Si bien el CJM ofrece (art. 192) un mayor arbitrio al juzgador que el CP —y aun cuando hoy, con el sistema seguido por los Códigos europeos más modernos, se trata de no mecanizar los efectos de las circunstancias modificativas (197)—, también se corre el riesgo de caer en el extremo opuesto. Esto es, de que el tribunal pueda disponer de la pena, que, a veces, queda prácticamente indeterminada (198). También aquí la técnica de la individualización de la pena es distinta, con mayor peligro, por el rigor de las sanciones, en el CJM.

4. Finalmente, otras diferencias las tenemos en el artículo 183, en la propuesta al Gobierno por parte del Tribunal para el caso de que la pena impuesta sea notoriamente excesiva, cuya sentencia se ejecutará no obstante, salvo el caso de pena de muerte hasta que el Gobierno no decida sobre ello. Pero no se permiten observaciones sobre hechos punibles, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 2.º del Código penal común.

(196) Los artículos 388 a 402 (Trat. II, tít. XII, cap. VIII), del CJM vigente castigan las diversas infracciones que en ese capítulo figuran con penas que van desde la separación del servicio hasta la muerte (Vd. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., V, 2.ª ed., págs. 721 y 722). Para GÓMEZ CALERO: *La culpabilidad en los delitos de «negligencia» del Código de Justicia militar*, REDM, núm. 25 y 26, 1968, pág. 61, la «negligencia» en el CJM constituye, simplemente, una denominación objetiva que da nombre a un grupo de delitos, pero que no implica ni prejuzga una forma de culpabilidad.

(197) Vd. ANCEL: *La défense sociale nouvelle*, París, 1966, 2.ª ed., págs. 193 y ss., 230 y ss. y 372; JEAN GRAVEN: *Droit pénal et défense sociale*, SwZSt (RPS), 1955, págs. 41 y ss.; PHILIPPE GRAVEN: *La répression pénale selon l'optique de la défense sociale*, SwZSt (RPS), 1970, pág. 67; NÚÑEZ BARBERO. *Suspensión condicional de la pena y «probation» (Problemática acerca de su naturaleza jurídica)*, Salamanca, 1970, págs. 48 y ss. y 83 y ss.

(198) La influencia del Derecho penal militar, por lo que se refiere a la enorme extensión de la pena, en otras leyes especiales en las que la competencia es atribuida a la jurisdicción militar, como en el Decreto de bandidaje y terrorismo de 1960, es notoria. Vd., en relación al Decreto citado BARBERO SANTOS: *Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo*, cit., pág. 152: vd., también, RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. E., cit., pág. 1119, nota 13. Sobre el problema, en general, vd. BRICOLA: *La discrezionalità nel diritto penale*, I, Milano, 1965, pág. 361.

V

1. Si se recorre el catálogo de los delitos sancionados en el CJM (Títulos VIII al XV del Tratado II) (199) se puede observar fácilmente cómo junto a figuras delictivas que sólo pueden ser cometidas por militares y que tienen, por consiguiente, un marcado carácter disciplinario, sin perjuicio de que a la par lesionen otros bienes jurídicos, existen otras de las que pueden ser responsables como autores quienes no ostentan la condición de militar, sin que desde el punto de vista del CJM dejen, por ello, tales infracciones, de constituir delitos militares. Tal ocurre v. g., con muchas de las formas de traición, rebelión militar o fraudes al Ejército, y en que parecen tener fundamental importancia tanto la defensa nacional como la del Ejército. Esto significa, en suma, que los paisanos o civiles pueden ser sujetos activos de diversos delitos militares comprendidos en el CJM, no ya sólo como partícipes secundarios en los delitos estrictamente militares, sino incluso como autores, cómplices o encubridores en los delitos militares impropios (200). En los mismos epígrafes del Título VIII (delitos contra la seguridad de la patria) y del IX (delitos contra la seguridad del Estado y de los Ejércitos) se observa, además, que a las leyes penales militares está encomendada la seguridad exterior o interior del Estado en coincidencia con el CP, lo cual da lugar a concursos de disposiciones legales que suelen resolverse siempre en favor de las autoridades militares, sea por razón de la especialidad, sea en virtud de pena mayor. Por consiguiente, el radio de acción de la jurisdicción militar se ha extendido hasta tal punto que su misión es triple, no solamente refuerzo de la disciplina, sino defensa del Estado y la Nación (201).

Cuestión distinta es la relativa a la desmesurada extensión de la jurisdicción militar, a la que se otorga competencia para la aplicación de determinadas leyes especiales de carácter común, ya que si bien la aplicación permanente del CJM, prescindiendo ahora de la excesiva amplitud de su contenido y ámbito de aplicación, se fundaría en ser necesarios particulares conocimientos para juzgar de ciertos delitos, en la ampliación a la jurisdicción militar de los casos aludidos de leyes especiales (v. g., accidentes ferroviarios, Ley de 18 de febrero de 1941; Decreto de 21 de septiembre de 1960, sobre bandidaje y terrorismo) son motivos oportunistas y transitorios los que llevan al legislador a prefe-

(199) Los títulos VII al XIV del Tratado II del CJM se refieren a los delitos; el título XV se refiere a las faltas; distinguiéndose, en lo relativo a los delitos, entre: delitos contra la seguridad de la Patria; seguridad del Estado y de los Ejércitos; disciplina militar; honor militar y fines y medios de acción del Ejército; intereses del Ejército y reincidencia en faltas.

(200) Vá: HERNÁNDEZ OROZCO: *Los delitos militares*, cit., pág. 255.

(201) Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 86.

rir una jurisdicción que puede proceder sumarísimamente con mayor rigor con el hábito enérgico de la disciplina (202).

2. En consecuencia, hemos de poner ahora de manifiesto el grave problema de la pluralidad legislativa que, particularmente en una gran parte de los delitos contra el Estado, se plantea en nuestro derecho positivo en orden a la interpretación y consiguiente aplicación de la ley, precisamente en tan graves delitos como son algunos de los que vamos a señalar a continuación.

Este acrecentamiento de la pluralidad legislativa culmina con la promulgación de la Ley de seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, cuyos preceptos fueron en gran parte incorporados al CP de 1944 —que absorbió de este modo una serie de tipologías creadas por aquélla en circunstancias de emergencia— (203), y con el vigente CJM que suprime la dualidad de una ley penal para el Ejército y otra para la Armada (204).

Siendo imposible, por las características de este artículo, analizar todos los preceptos que, con especial referencia a la seguridad del Estado o a la defensa nacional, son susceptibles de plantear un gran número de problemas jurídicos de diversa índole, me limitaré a corroborar mis afirmaciones con algunos ejemplos típicos.

El primer delito contenido, tanto en el CP como en el CJM, es el de traición. En el primero se engloba el de espionaje, que en el segundo tiene, por cierto, distinta rúbrica. Por consiguiente, los que en aquél tienen tal carácter quedan consignados en el CJM entre los de espionaje.

Son descritos en ambos Códigos, v. g., el inducir o concertarse con potencia extranjera para declarar la guerra a España (arts. 120 del Código penal y 258, párrafo 2.º del CJM); facilitar al enemigo la entrada en la nación, toma de una plaza, puesto militar, buque del Estado o almacenes de boca o guerra del mismo (núm. 1.º del art. 121 del CP), descripción a la que, con algunas adiciones, se corresponde el número 5 del artículo 258 CJM; tomar las armas contra la patria bajo banderas enemigas (núm. 1.º del art. 259 CJM y núm. 1.º del art. 122 CP), si bien en el texto legal común se añade «sediciosas o separatistas». El CP considera como delito de traición los ultrajes a la nación española o al sentimiento de su unidad, símbolos o emblemas (art. 123), que en el CJM se concreta en ultrajes a la nación, bandera o himno nacional, dentro de los «delitos contra la seguridad del Estado y de los Ejércitos» (art. 316). La tentativa para pasar a país enemigo mediando prohibición del Gobierno está contenida tam-

(202) Vd. ANTÓN ONECA: ob. cit., pág. 85; BARBERO SANTOS: *Los delitos de bandolerismo...*, cit., págs. 159-160.

(203) Vd. MONTULL, ob. cit., pág. 37.

(204) Cf. TERUEL CARRALERO: *La pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado*: ADPCP, 1963, pág. 20.

bién en ambos Códigos (art. 266 CJM y 135 CP), si bien en el militar se encuadra dentro de los delitos de traición y en el común entre los que comprometen la paz y la independencia del Estado. Otros muchos casos podrían señalarse. De *lege lata*, sin embargo, comparto la opinión de Montull de que en aquellos preceptos como los artículos 121, núm. 3 y 122, núm. 1.º del CP, en que se habla de banderas enemigas, sediciosas o separatistas, los dos últimos casos en que las banderas sean sediciosas o separatistas no están previstos en el CJM. El delito sería común y la jurisdicción competente debería ser la ordinaria, salvo, por supuesto, el caso del agente aforado (205).

Si se toman otros delitos, los de espionaje, v. g., encontramos formulaciones comunes en ambos Códigos en el suministro al enemigo, con los fines señalados, de armas, planos de fortalezas, terrenos, etcétera, del núm. 4 del artículo 122 CP y núm. 2 del artículo 259 CJM, con algunos añadidos típicos, como los de «santo, seña, contraseña», órdenes recibidas, etc.; y en el mantenimiento de relaciones de cualquier tipo con gobiernos extranjeros a fin de comprometer la dignidad o los intereses del Estado español, del artículo 129 CP, análogo al del artículo 274 CJM.

Entre los delitos que comprometen la paz y la independencia del Estado formulados en ambos Códigos están: el violar tregua o armisticio (art. 130 del CP y 279 del CJM), si bien éste se refiere al militar que ejecute actos de manifiesta hostilidad y los condiciona arcaicamente a la declaración de guerra. El comprometer la neutralidad de España, del artículo 128 del CP, tiene su correlativo en el artículo 12 de la Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante.

Los delitos contra el derecho de gentes tienen una triple e impropia rubricación en el CP, en el CJM y en la LPMM, con el correspondiente confusionismo. Los tipos del artículo 136 CP, relativos a la protección de los Jefes de Estado extranjero, no se corresponden con los del CJM que, sin embargo, contiene el rompimiento de tregua (art. 279) y que el CP encuadra entre los de traición.

Respecto de la piratería, el CP no define el delito, limitándose a establecer la pena para los casos que señala, por lo que hay que acudir a la LPMM de 1955 (art. 9) y a la LPPrNA de 1964 (art. 11). La primera repite los casos de agravación específica estructurados en el CP.

Por lo que a los llamados delitos contra la seguridad interior del Estado se refiere, me limitaré a señalar que la rebelión, v. g., está prevista como delito en los artículos 214 del CP y 286 del CJM. Prescindiendo ahora de la casuística enunciada en uno y otro artículo, parece existir, en principio, cierta diferenciación en cuanto que el Có-

digo penal refiere la rebelión al alzamiento público y en abierta hostilidad contra el Gobierno (206) y el CJM —que lo denomina rebelión militar— a que tal alzamiento sea con armas, formulando sus fines con mayor amplitud que el artículo 214 del Código penal. Pro la verdad es, sin embargo, que resulta difícil concebir una rebelión sin que encaje en alguno de los supuestos del artículo 286 CJM. No parece concebible que se alzen en armas, v. g., menos de diez hombres y sin estar organizados militarmente para destituir al Jefe del Estado o derribar al Gobierno. Menos aún imaginar la existencia de la rebelión sin hostilizar a las fuerzas defensoras del régimen que se trata de derribar (207). Es, en consecuencia, sumamente difícil, yo diría imposible, que una rebelión se realice de otro modo que no quede encuadrada en alguna de las hipótesis previstas en el artículo 286 del CJM (208).

En el CP, aparte del que puede considerarse como delito tipo, el de rebelión, coexisten las dos formas de delito de sedición y desórdenes públicos, considerados por la doctrina dominante como una rebelión y una sedición en pequeño, respectivamente, tanto por las finalidades perseguidas como por las obtenidas (arts. 218 CP y 295 CJM) (209). Teruel Carralero hace radicar, sin embargo, quizá con

(206) Vd. JASO, en RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho penal*, cit., pág. 75.

(207) Vd. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., II, 3.^a ed., pág. 1363.

(208) «El Código penal del Ejército de 1884 —dice BARBERO SANTOS: *Los delitos de bandolerismo...*, cit., pág. 153— crea, por primera vez en nuestra legislación, el delito de rebelión militar como especialidad puramente militar siempre que lo cometan individuos del Ejército. La evolución posterior se caracteriza por la paulatina absorción de la rebelión común por la rebelión militar, bien por la vía de la doble incriminación, bien por la ficción de equipatar a la rebelión militar conductas que nada tienen que ver con ella». Sobre el problema, vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *La Ley de 2 de marzo de 1943 y el delito de rebelión en el Código de Justicia militar*, «Rev. de Estudios penales», Valladolid, 1943; ídem., RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. E., cit., págs. 680 y ss., y espec. las 691 y 692, quien trata de delimitar unas y otras conductas. Aun cuando QUINTANO: *Curso*, cit., II, pág. 498, pretende realizar una discriminación entre las conductas constitutivas de rebelión militar y las de rebelión común en el plano sustantivo, advierte, sin embargo, cómo es imposible prácticamente que la rebelión pueda llegar a incriminarse por el Derecho común, por lo que afecta a lo jurisdiccional, dada la indubitada preferencia de la jurisdicción castrense, reconociendo, además, cómo en la práctica es difícilmente imaginable una rebelión que carezca de un mínimo sentido de organización militar, en lo que coincide con lo expuesto por nuestra parte, *ut supra*.

(209) PACHECO: *El Código penal comentado y concordado*, Madrid, 1848, II, páginas 196-97, estimaba la rebelión y sedición como delitos de clara analogía, estando tan sólo la diferencia «en los grados y en las circunstancias que ennegrecen o disminuyen la criminalidad». «La sedición es menos que la rebelión». Y VIADA Y VILASECA: *El Código penal reformado de 1870*, II, Madrid, 1890, página 188, considera la sedición como «una rebelión en pequeño». Tales consideraciones han sido generalmente aceptadas por la doctrina dominante. Estima, sin embargo, QUINTANO: *Comentarios*, cit., pág. 556, abogando por la sustantividad

razón, la naturaleza del delito de sedición en el rompimiento violento de un deber de obediencia y, en definitiva, de una relación de jerarquía, por lo que, siguiendo este criterio no parece fácil se pueda dar en la vida civil, al menos en el sentido tipificado en el CJM, como puede deducirse de la escasísima jurisprudencia existente sobre el mismo, a pesar de los avatares políticos (210). Los tipos relacionados con el artículo 222, relativos a las huelgas de obreros, no parecen poder coincidir con los del CJM, que, además, se refiere, en general, al militar, si bien con las excepciones de los artículos 301 y 302.

Por lo que se refiere al delito de desórdenes públicos, parece existir una cierta correlación, aunque muy relativa, entre los preceptos del Código penal y del CJM en cuanto que en el primero se encuadra dentro de este delito el dar gritos provocativos de rebelión y sedición en cualquier reunión o asociación o en lugar público (art. 248) y en el segundo, aunque dentro del delito de sedición, el levantar la voz en sentido subversivo o excitar de otro modo a la comisión de aquel delito (párrafo 1.º del art. 296), con la absurda sanción, a que ya hicimos referencia, para el caso de que no pueda determinarse quién dio la voz (211). Pero debe tenerse en cuenta que el CJM se refiere aquí al militar en el supuesto de que la tropa o marinería esté sobre las armas o reunida para tomarlas.

La cuestión del concurso de leyes entre los tipos relativos a los delitos comunes y militares, que sin duda debe plantearse en relación a aquellas zonas donde coinciden los tipos, se resuelve, sin embargo, al margen de la normativa ordinaria en la teoría del concurso, puesto que las normas de competencia atribuyen siempre a los tribunales

del delito de sedición, que «ni la sedición» es una rebelión «en pequeño», ni la rebelión una sedición «en grande», sino que «cada una tiene su objetivo propio, así como su tipicidad característica, que se basta para independizarlas». Si bien precisa que lo que emparenta a los delitos de rebelión y sedición no es en modo alguno el «quantum», ni menos la finalidad, que es lo que los diversifica, sino la condición formal de colectividad y hostilidad. Cabe señalar, no obstante, que el citado autor en el *Curso*, cit., pág. 494, no parece estar muy de acuerdo con la separación, aduciendo que las diferencias entre rebelión y sedición son de menor entidad, puramente cuantitativas, por lo cual aboga por la resolución del problema en un tipo único, atemperando la gravedad de las penas a las del acto perpetrado, de acuerdo, en este punto, con una gran parte de la legislación comparada. Por su parte JASO, en RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho penal*, cit., págs. 77-78, no renuncia a encontrar una diferencia sustancial entre ambas clases de delitos, aun reconociendo sus muchas analogías. Partiendo de su concepto de la rebelión como «acción de levantarse colectivamente faltando a la obediencia debida a los órganos que encarnan las funciones primarias de legislar y gobernar» (pág. 75), estima que estas funciones han de ser complementadas con las de administrar y juzgar, con lo cual queda patente cuál es el objeto de protección que la sedición supone. Si bien ésta debe representar la forma más grave de dichos ataques.

(210) Cf. TERUEL CARRALERO, ob .y rev., cits., pág. 28.

(211) *Supra*, págs. 42 y 43.

militares el conocimiento de los delitos comprendidos en el CJM, por lo cual la zona común pertenece siempre al Derecho militar (212).

3. He tratado de poner de manifiesto el confusionismo imperante en cuanto a la prevención y represión de determinados delitos estructurados en ambos Códigos penales, común y castrense, resaltando algunos de ellos, particularmente graves, entre los delitos contra el Estado. No creo pueda justificarse, en absoluto, ese absurdo *mare magnum* en la distribución de los delitos, en las tipologías e incluso en las rúbricas, que, a veces, siendo distintas, tienen, sin embargo, contenido análogo y viceversa. Siendo necesario, por ello, poner fin a tan anómala situación legislativa. Es de señalar cómo el profesor Rodríguez Devesa pone de relieve el absurdo de que dentro de un mismo ordenamiento la misma conducta tenga penas distintas con dos leyes diferentes. Máxime cuando la diversidad de penas depende de la jurisdicción que aplique la Ley penal, rebasando el absurdo toda medida cuando se dictan preceptos penales de índole decorativa —como sucede en muchos de los casos que acabamos de analizar—, por ser siempre competente, en caso de dualidad en la regulación, la jurisdicción militar, quedando las disposiciones del CP convertidas en letra muerta (213).

Esa diversidad legislativa tiene su explicación en el inmoderado afán de atraer al conocimiento de la jurisdicción militar, por razón de la materia, determinados delitos contra la seguridad del Estado cuando son cometidos por no militares. Operando el legislador por la vía indirecta, mediante leyes fundamentalmente procesales (Ley de Unificación de Fueros de 1868, Ley de Bases de 1882, artículo 7.º del CJM de 1890, Ley de Jurisdicciones de 1906 y, más recientemente, la Ley de seguridad del Estado de 1941) e incluso por la directa, si se comprueba cómo en el CJM de 1945 se extiende desmesuradamente el catálogo de los delitos contra el Estado, se viene a militarizar una serie de delitos sin más antecedente que la Ley penal común, de donde fueron extraídos, precisamente por razones excepcionales y transitorias, y, por tanto, sin un fundamento histórico ni técnico-jurídico, como ha puesto acertadamente de manifiesto Montull (214). Por consiguiente, tampoco desde este punto de vista puede justificarse jurídicamente la persistencia de una situación surgida en tales circunstancias, si se pretende la normalidad política.

Es evidente que tanto la confusión como el caos legislativo de la punición, con sus consecuencias de inseguridad jurídica y falta de intimidación, de que hablaba Teruel Carralero (215) dimana, sobre todo,

(212) CÍ. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. E., cit., pág. 692.

(213) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. E., cit., pág. 531. Vd., además, QUINTANO: *Curso*, cit., II, págs. 463 y 498.

(214) Cf. MONTULL, ob. y rev. cit., págs. 52-53.

(215) TERUEL CARRALERO, ob. y rev. cits., pág. 33.

de la inserción y apurada distribución que en los Códigos común y militar se hizo de los preceptos contra la seguridad del Estado de la Ley de 1941, convirtiéndose así en permanente una ley nacida de circunstancias excepcionales y transitorias, con un carácter, además, marcadamente procesal, más que sustantivo (216).

El resultado del examen comparativo de ambos textos legales, militar y común, es, como hemos visto, concluyente. Hay, sin duda, en el CJM, tipos no previstos en la Ley penal común. De otro lado, preceptos del CJM no encuentran expresión correlativa en el Código penal. Pensemos, v. g., en la no aplicación de la circunstancia eximente del número 10 del artículo 185 CJM (miedo insuperable) a los delitos de traición, espionaje, rebelión y sedición, aun cuando no sean militares los culpables, mientras que en el CP se beneficiarían de la correspondiente eximente. Pero estas observaciones nos demuestran, sin embargo, el eventual trato desigual, según se aplique uno u otro texto punitivo.

Desde el punto de vista del Derecho comparado puede apreciarse, sin duda, cómo, en los delitos contra la defensa nacional, una gran parte de las más modernas legislaciones suelen remitirse a los tipos exclusivos de Derecho común (v. g., *Wehrstrafgesetz* de 1957), atribuyendo la competencia a la jurisdicción castrense tan sólo en el caso de que sean cometidos por miembros de las fuerzas armadas (217). Siendo, además, la tendencia general la de que estos delitos tengan su lugar propio en el Derecho común (218), sin perjuicio de una mayor

(216) Cf. MONTULL, ob. y rev., cit., pág. 50. Vd., además, BARBERO SANTOS: *El bandolerismo en la legislación vigente*, ADPCP, 1970, págs. 255.

(217) La *Wehrstrafgesetz* alemana de 1957 no incluye estos delitos dentro de los configurados en la misma, remitiéndose, en consecuencia, al Derecho común (parágr. 3.º, 1). La ley se aplica, en general, tan sólo a los soldados del Ejército federal (parágr. 1.º, 1), salvo los casos de instigación o auxilio a actos penales militares (Vd. *Die Militärischen Straftaten...*, cit., págs. 149 y ss.; ídem. RODRÍGUEZ DEVESA: *La Ley penal militar alemana de 30 de marzo de 1957*, REDM, número 4, 1957, págs. 69 y ss.). En el Derecho francés, después de la creación de la *Cour de Sécurité de l'Etat*, parece evidente la distinción entre los intereses de la Nación y los intereses del Ejército. Una infracción que perjudica a la Nación es deferida a esta Corte, la cual, por otra parte, puede juzgar las infracciones militares conexas, excepto en tiempo de guerra, estado de sitio, o de urgencia; las jurisdicciones militares no conocen más que de las infracciones que afectan al orden militar interno (Cf. MILLIOT, ob. cit., pág. 298). Ya hemos visto con anterioridad *supra*, pág. 38), cómo los delitos contra la seguridad del Estado, incluidos, en general, en el *Code pénal*, son, en tiempo de paz, de la competencia de la *Cour de Sécurité de l'Etat*, y en tiempo de guerra de la competencia de las jurisdicciones armadas (Vd. LAMBERT: *Traité*, cit., pág. 823).

(218) Cf. PAUCOT, ob. cit., pág. 70. Parece lógico, siguiendo al citado autor, que la protección de la defensa nacional, de sus instalaciones, de sus secretos, permanezca en el campo del Derecho penal común. Y si se ha estimado que esto era cierto en el pasado, con mayor razón habrá de considerarse así en el momento actual, en que el militar no tiene ya el privilegio del secreto y en el que el técnico civil tiene tanto o más conocimiento que el soldado de los secretos de la defensa nacional.

agravación de las conductas y de la competencia de la jurisdicción militar, respecto de los miembros de las fuerzas armadas (219).

De *lege ferenda*, y en relación a nuestro Derecho positivo, podría llegarse a la conclusión de que aquellas conductas relativas a los delitos contra el Estado, a que hemos hecho alusión, y que pueden ser realizadas, indistintamente, por militares y civiles, deberían ser encuadradas en su lugar propio, la Ley común, en cuanto que ésta protege, en general, los intereses del Estado en orden a su propia seguridad externa e interna; dejando reducido el catálogo de los delitos castrenses, en tiempo de paz, a aquellos que afecten directamente a la existencia y funcionamiento eficaz de las fuerzas armadas. Lo cual no obsta a que se pueda atribuir la competencia a la jurisdicción militar por razón de la persona, que es un problema distinto. Siendo la defensa del Estado uno de los fundamentales fines de las fuerzas armadas, las posibles conductas delictivas realizadas por sus miembros contra dichos fines implican una mayor gravedad, lo que, sin duda, habrá de traducirse en una más grave sanción de las mismas (220).

(219) La legislación italiana, por lo que a estos delitos se refiere, tanto en lo relativo al tiempo de paz como al tiempo de guerra, se remite, en general, al Derecho penal ordinario o común, con agravación para los militares. (Sobre el problema, vd. RICHIELO: *I Codici penali militari di paci e di guerra*, Piacenza, 1971, pág. 133; ídem., Lo CASCIO, ob. cit., pág. 86; ídem. RODI, ob. cit., páginas 345 y ss.) Vd., arts. 241, 242, 276, 277, 283, 284, 285, 288 y 289, entre otros, del CF y 77 del CP militar italiano para la paz.

(220) En este sentido, acertadamente, para los delitos de traición, MONTULL, ob. y rev. cit., pág. 51, si bien no me parece totalmente correcto singularizar el tiempo de guerra. En el sentido de MONTULL, aunque, al parecer, con un alcance más general, se manifiesta también BARBERO SANTOS: *El bandolerismo...*, cit., rev. cit., págs. 285-86, quien suscribe las palabras del primero.

TERUEL CARRALERO, ob. y rev. cit., pág. 33, aparte de abogar porqué la rubricación en ambos Códigos sea unánime, abandonando, además, el equívoco término de seguridad, procedente del *Code pénal* francés —el cual, por cierto, ha suprimido la distinción entre seguridad exterior e interior (Vd. LAMBERT: *Traité*, cit., pág. 778)—, estima que la descripción y punición de los delitos contra el Estado, que pueden ser cometidos lo mismo por militares que por civiles, debiera hacerse en un solo cuerpo legal, inclinándose —al parecer por razones de generalidad y no por otra causa— en favor del CP común, pero añadiendo, no obstante, que el CJM debería prevenir aquellos delitos que puedan ser cometidos por militares solamente o establecer penas distintas cuando los que puedan ser cometidos por otras personas, lo sean por aquéllos. Con ello se amplía y se hace un tanto complejo su criterio, aceptable tan sólo en un sentido más restringido y en las condiciones más arriba señaladas. Por su parte, RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., págs. 27 y 28, a los efectos de delimitar adecuadamente el contenido de las leyes militares, propugna la tesis de reservar a las comunes todas aquellas conductas delictivas cuya valoración no está supeditada a la realidad criminológica militar, debiendo radicarse las duales (traición, espionaje) en un solo cuerpo legal, dentro de nuestras leyes penales, y estimando que el lugar propio de las mismas debería ser la Ley común; pero aboga, después, por una solución subsidiaria para el caso del supuesto en que no se acepte el que la competencia de los Tribunales no deba estar influida por la topografía de la Ley, la de que desaparezcan del CP estas figuras para permanecer en el CJM. Solución esta última, a nuestro modo de ver, totalmente insatisfactoria.

El que, en ciertas circunstancias o incluso de manera permanente, se instituyan determinadas, reglas de competencia, otorgando el conocimiento de estas infracciones a las jurisdicciones militares, es concebible, pero, como ya hemos afirmado repetidas veces, es éste un problema distinto y que no concierne a la naturaleza de las infracciones en cuestión (Cf., además, PAUCOT, ob. cit., pág. 70).

SECCION LEGISLATIVA

LEY 42/1971, DE 15 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE ADICIONAN DETERMINADOS ARTICULOS AL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR (*)

("B. O. E." núm. 274, de 16 de noviembre de 1971)

La defensa del Estado, en su unidad, integridad territorial, orden institucional y seguridad, en relación con las actividades terroristas que puedan producirse, no de modo episódico e individual, sino como acciones que provienen de grupos u organizaciones con carácter de mayor permanencia, debe encomendarse a la Jurisdicción Militar, de conformidad con la misión que a las Fuerzas Armadas de la Nación señala el artículo treinta y siete de la Ley Orgánica.

La rapidez y ejemplaridad necesarias para la persecución y sanción de delitos de tanta importancia y trascendencia, obligan a evitar competencias que dificultarían aquellos propósitos.

A los mencionados fines, y en tanto se practica la reforma general en estudio del Código de Justicia Militar, se incorporan al texto vigente del mismo los artículos doscientos noventa y cuatro bis, a); doscientos noventa y cuatro bis, b), y doscientos noventa y cuatro bis, c), que contemplan las tres manifestaciones más características del terrorismo: la alteración de la paz pública por medios capaces de provocar grandes estragos, los ataques a las personas y los ataques a la propiedad.

Se adicionan también los artículos doscientos noventa y cuatro bis, d), y

(*) De los proyectos y materiales en torno a la reforma penal de noviembre de 1971 he dado una pequeña nota informativa con la finalidad de facilitar la búsqueda en los boletines de las Cortes a los estudiosos, en el fascículo II del número XXIV de 1971. *Vide Sección Legislativa* de ese fascículo, págs. 465 y ss., asterisco.

Asimismo, se da cuenta en este número del *Decreto de indulto de 23 de septiembre de 1971* y de dos Ordenes complementarias, destinadas a desarrollar el mismo en el ámbito de la Jurisdicción de Contrabando y de la Jurisdicción Especial de Delitos Monetarios. Por otro lado, existe una *Circular número 2/1971, de 9 de octubre* de ese mismo año, de la F.T.S., dirigida a los señores Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales, dando "normas para la aplicación del Decreto de indulto".

Se inserta también en este fascículo el *Proyecto de ley sobre modificación del artículo 85 de la Ley 209/66, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea*, en el momento en que ha sido ya aprobada y promulgada en el B. O. E. núm. 51, martes, 29 de febrero de 1972, pág. 3567. El *Dictamen de la Comisión* acerca del citado proyecto, convertido ya en ley, se encuentra en B. O. de las Cortes Españolas, núm. 1.188, de 23 de febrero de 1972, página 28938. Por último, en el fascículo 1.º del tomo XXV (1972) daremos información legislativa acerca del *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves*, cuyo texto del proyecto aparece en B. O. de las Cortes Españolas, núm. 1.177, de 14 de enero de 1972, págs. 28687 y ss.; El *Dictamen de la Comisión*, en B. O. de las Cortes Españolas, núm. 1.188, 23 de febrero de 1972, págs. 28936 y ss.; *Convenio aprobado en la Sesión Plenaria de las Cortes del 25 de febrero de 1972* (B. O. de las Cortes Españolas núm. 3, X. Legislatura, pág. 2). (Pedro-Luis YÁÑEZ ROMÁN).

doscientos noventa y cuatro bis, e), en los que se contienen las aludidas normas sobre competencia y procedimiento.

El lugar en que se han situado los nuevos preceptos, dentro del título IX del Tratado segundo—delitos contra la seguridad del Estado y de los Ejércitos—, y tras los correspondientes a la rebelión, resulta el más adecuado dentro de la normativa del Código de Justicia Militar.

En su virtud, y de conformidad con la Ley aprobada por las Cortes Españolas, vengo en sancionar:

Artículo primero.—Se incluye en el texto vigente del Código de Justicia Militar un capítulo I bis, del título IX, Tratado segundo con la rúbrica de “terrorismo”, y que estará integrado por los artículos doscientos noventa y cuatro bis, a); doscientos noventa y cuatro bis, b); doscientos noventa y cuatro bis, c); doscientos noventa y cuatro bis, d); y doscientos noventa y cuatro bis, e), redactados en los términos siguientes:

CAPÍTULO PRIMERO BIS.—TERRORISMO

Artículo doscientos noventa y cuatro bis, a). Los que, perteneciendo o actuando al servicio de organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de atentar contra la unidad de la Patria, la integridad de sus territorios o el orden institucional, alterasen la paz pública mediante la provocación de explosiones, incendios, naufragios, descarrilamientos, perturbación de comunicaciones, derrumbamientos, inundaciones o voladuras u otros hechos análogos o emplearen cualesquiera medios o artificios que puedan ocasionar graves estragos, serán castigados:

Primero.—Con la pena de treinta años de reclusión a muerte, si resultare la muerte, mutilación o lesiones graves de alguna persona.

Segundo.—Con la pena de reclusión, en los demás casos.

Artículo doscientos noventa y cuatro bis, b). Los que, perteneciendo o actuando al servicio de las organizaciones o grupos a que se refiere el artículo anterior que, con los mismos fines o con propósitos intimidativos o de represalia para favorecerlos, atentaren contra las personas, incurrirán:

Primero.—En la pena de treinta años de reclusión a muerte, si causaren la muerte, violación o secuestro de alguna persona.

Segundo.—En la pena de reclusión, en los demás casos.

Artículo doscientos noventa y cuatro bis, c). Los que, con la finalidad de allegar fondos a las organizaciones o grupos señalados en los artículos precedentes o con el propósito de favorecer sus fines, atentaren contra la propiedad, serán castigados:

Primero.—Con la pena de treinta años de reclusión a muerte, si se produjera la muerte, mutilación, secuestro o lesiones graves de alguna persona.

Segundo.—Con la de reclusión, en los demás casos.

Artículo doscientos noventa y cuatro bis, d). Cuando por razón de las circunstancias de los hechos, cualquiera que sea su entidad, decida la autoridad Judicial Militar que no se dan las condiciones específicas para su inclusión en los artículos anteriores, se inhibirá en favor de la Jurisdicción ordinaria.

Artículo doscientos noventa y cuatro bis, e). Las causas en que se persi-

gan delitos comprendidos en este capítulo, se tramitarán con arreglo a los preceptos de este Código. La acusación estará siempre a cargo del Ministerio Fiscal Jurídico Militar, y podrán intervenir como defensores dentro de las circunscripción jurisdiccional en que se siga la causa.

Dada en el Palacio de El Pardo a quince de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

FRANCISCO FRANCO

El Presidente de las Cortes Españolas,

ALEJANDRO RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL

Y NEBREDA

LEY 43/1971, DE 15 DE NOVIEMBRE, MODIFICANDO LOS ARTICULOS 226, 707 y 709 DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

(“B. O. E.” núm. 274, de 16 de noviembre de 1971)

De la actual redacción del Código de Justicia Militar derivan ciertos problemas que, en razón a su entidad, reclaman una solución urgente y son susceptibles de ella sin alterar sustancialmente la ordenación general hoy vigente, sujeta, por otra parte, a ponderado estudio que sobre la organización y procedimiento en la Justicia Militar se propone el Gobierno realizar.

Una de dichas cuestiones se refiere a los efectos especiales que para el militar produce la imposición de penas comprendidas en la Ley común y, entre ellas, la de arresto mayor.

Dichos efectos especiales se concretan, en el párrafo cuarto del artículo doscientos treinta y uno del citado Código, en la suspensión del empleo militar, con la secuela de pérdida de puestos en el Escalafón, según así previene el artículo doscientos veintiséis del mismo Cuerpo legal, con lo que aquella penalidad se agrava notablemente en relación con los funcionarios no militares, que sufren tan sólo la citada suspensión sin alteración alguna en su escalafonamiento.

El otro problema surge de la aplicación por parte de los Juzgados o Tribunales ordinarios de las disposiciones legales en orden a la retención de sueldos o haberes de los militares para pago de alimentos, que el Código de Justicia Militar, en sus artículos setecientos siete y setecientos nueve, regula de forma notoriamente insuficiente para que, sin mengua del obligado decoro en la presentación y relaciones sociales del militar condenado al pago, se ofrezca una mayor protección a su familia.

En su virtud, y de conformidad con la Ley aprobada por las Cortes Españolas, vengo en sancionar:

Artículo primero.—Los artículos doscientos veintiséis, setecientos siete y setecientos nueve del Código de Justicia Militar quedan redactados de la siguiente forma:

“Artículo doscientos veintiséis.—La pena accesoria de suspensión de empleo privará de todas las funciones propias del mismo y producirá el efecto de que el condenado a ella pierda el número de puestos que proceda dentro de su categoría, con arreglo a las disposiciones administrativas aplicables.

Quedan exceptuados del efecto especial de pérdida de puestos aquellos a quienes se impongan la suspensión de empleo como consecuencia de penas de arresto mayor.

El tiempo de la suspensión no será de abono para el servicio, y durante el transcurso de aquélla sólo percibirá el suspenso la parte de sueldo que en concepto de pensión alimenticia se establezca con ese fin por disposición administrativa de carácter general”

“Artículo setecientos siete.—Cuando haya de disponerse el embargo de sueldos o haberes personales para asegurar las responsabilidades civiles que puedan resultar en los procedimientos militares, se observarán las reglas siguientes:

Primera.—Si el presunto responsable fuese paisano, se decretará la retención en la cuantía establecida en la Ley Procesal común.

Segunda.—Si fuese General, Almirante, Jefe, Oficial, Suboficial o asimilado o de análoga consideración, en activo, reserva o retirado, se le embargará la cuarta parte de sus haberes líquidos o lo que le faltare para llegar a ella, si estuviere ya sujeto a otra retención anterior. A este efecto, se computarán como haberes, además de los sueldos, las gratificaciones y cuantos devengos perciba por todos conceptos.

Tercera.—A los individuos y clases de tropa o marinería y asimilados no se les podrán embargar en ningún caso sus haberes. Únicamente podrán ser objeto de retención los créditos, gratificaciones, alcances o premios que perciban.

Cuarta.—En todo caso serán inembargables las gratificaciones de gran mutilación y las pensiones anexas a la Cruz Laureada de San Fernando.”

“Artículo setecientos nueve.—Las disposiciones contenidas en los precedentes artículos de este título serán observadas por los Juzgados o Tribunales ordinarios o especiales en todos los casos en que hayan de decretar el embargo de haberes o sueldos de militares por causa de delincuencia, alimentos y demás obligaciones no derivadas de contrato.

No podrán ser objeto de embargo los haberes personales de los militares para hacer efectivas responsabilidades procedentes de contratos celebrados, o de las costas producidas para su reclamación.

En el caso de que se promoviera la tercera, en el Juzgado civil, el Ministerio Fiscal de la Jurisdicción ordinaria representará en el procedimiento a la Militar para sostener el embargo, sin perjuicio de la intervención del perjudicado por el delito.

A efecto, y para que así se tenga presente por el Juzgado, se consignará esta prevención en el Decreto de la autoridad judicial y se insertará en el testimonio”

Artículo segundo.—Esta Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación.

Dada en el Palacio de El Pardo a quince de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

FRANCISCO FRANCO

El Presidente de las Cortes Españolas,
ALEJANDRO RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL
Y NEBREDÁ

LEY 44/1971, DE 15 DE NOVIEMBRE, SOBRE REFORMA DEL CODIGO PENAL

("B. O. E." núm. 274, de 16 de noviembre de 1971)

La necesidad, por una parte, de acomodar nuestras Leyes penales a lo establecido en otras Leyes internas de reciente promulgación, a lo convenido en Tratados internacionales suscritos por España y, en general, a la realidad social siempre en evolución, y la conveniencia, por otra, de perfeccionar, en lo posible, el sistema, han determinado una nueva reforma parcial del texto vigente del Código Penal que, en esta ocasión, afecta a los extremos siguientes: Protección penal de la persona y derechos del sucesor a la Jefatura del Estado, delito de genocidio, tráfico de estupefacientes, delitos contra la libertad religiosa, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, protección penal del trabajador, delitos de terrorismo, emisión de cheques en descubierto y rehabilitación del penado.

Uno. Designado, por Ley sesenta y dos/mil novecientos sesenta y nueve, de veintidós de julio, y de conformidad con lo que disponen la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de veintiséis de julio de mil novecientos cuarenta y siete y la Ley Orgánica del Estado de diez de enero de mil novecientos sesenta y siete, el sucesor, en su día, del Jefe del Estado, se hace necesario establecer la protección jurídico-penal de la persona y derechos de quien ostenta tal alta condición. Con ello, a la par que se reanuda la tradición histórica de nuestros Códigos penales en este punto, se completa la protección a los órganos e instituciones fundamentales del Estado.

A tal fin, siguiendo en lo fundamental esa tradición, se configuran, en defensa del sucesor a la Jefatura del Estado, los mismos delitos que ya lo están en el texto vigente, respecto del Jefe del Estado, conminándolos con idénticas penas, si bien, con objeto de dejar a salvo la debida proporcionalidad, se faculta al Tribunal para degradar aquéllas si las circunstancias concurrentes al hecho o en el culpable lo aconsejan, en cualquiera de los delitos de la Sección.

Dos. En cumplimiento del Convenio de nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho sobre prevención y sanción del genocidio, al que se adhirió España en trece de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho, se hace indispensable incluir estos delitos entre los que atacan al derecho de gentes.

A esta necesidad obedece el artículo ciento treinta y siete bis, que responde a lo declarado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución noventa y seis, de once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, y a lo que, en términos más específicos, concreta el artículo II del Convenio. Las conductas enumeradas en este artículo han sido recogidas en el precepto que ahora se incorpora al texto del Código, si bien acomodándolas previamente a nuestra técnica y disponiendo las penas de modo proporcional entre sí y en relación con otros delitos previstos en aquél. Si no se hace especial mención de las que señala el artículo III, es porque tanto la asociación para cometer el delito de genocidio como la instigación, la tentativa o la complicidad, resultan ya penadas por otros preceptos del Código, de aplicación general.

Tres. Como en el caso del delito de genocidio, la ratificación por España en tres de septiembre de mil novecientos sesenta y seis del Convenio único de treinta de marzo de mil novecientos sesenta y uno, elaborado por la Conferencia de las Naciones Unidas, ha determinado la modificación del artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código. Pero la reforma en este punto viene impuesta no sólo por el compromiso internacional, sino por la necesidad de disponer los medios legales precisos para atajar con eficacia el problema que entraña el tráfico y consumo ilícito de drogas tóxicas y estupefacientes que, día a día, se agrava en numerosos países y en el que el nuestro se ve implicado con cierta frecuencia por hechos de importancia, en cuanto se refiere al tráfico ilícito principalmente. En nuestro sistema, estos medios han de pertenecer a dos órdenes diversos: Al Código Penal compete la prevención y castigo de las conductas de elaboración, tenencia o tráfico de drogas y todo género de favorecimiento o difusión de su uso; a la ley especial que configura los estados de peligrosidad social corresponde ordenar las medidas de seguridad convenientes para procurar la curación del drogadicto, sin perjuicio de otros objetivos afines, y es claro que al logro de lo primero se orienta la nueva redacción del artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código, que, por impreciso tal vez, en su versión anterior resultaba insuficiente.

El nuevo texto, siguiendo las líneas del Convenio, castiga, de modo expreso, la tenencia, elaboración y tráfico de sustancias estupefacientes, antes sólo tipificadas indirectamente, así como todo acto de favorecimiento o promoción a su uso, a la par que completa el sistema con otros preceptos relativos a la prescripción facultativa de dichas sustancias, al arbitrio del Tribunal en la determinación de la pena y a la equiparación de las sentencias de Tribunales extranjeros a las nacionales para la apreciación de la reincidencia.

Cuatro. La Ley cuarenta y cuatro/mil novecientos sesenta y siete, de veintiocho de marzo, regulando el derecho civil a la libertad en materia religiosa, promulgada con fundamento en el nuevo texto que el artículo sexto del Fuero de los Españoles diera la Ley Orgánica del Estado de diez de enero de mil novecientos sesenta y siete y, de modo concreto, lo dispuesto en el artículo primero de aquélla, según el cual "el Estado español reconoce el derecho a la libertad religiosa fundado en la dignidad de la persona humana y asegura a ésta, con la protección necesaria, la inmunidad de toda coacción en el ejercicio legítimo de tal derecho", ha impuesto una revisión pormenorizada de la sección tercera, capítulo II, título II, libro II, del Código Penal, que hasta ahora venía referida exclusivamente a la religión católica.

Con este fundamento, el nuevo texto protege penalmente, ante todo, el derecho mismo a la libertad en materia religiosa, que la Ley establece, de todo ataque por medios violentos o engañosos, lo mismo respecto de la captación o desviación de adeptos que con referencia a un acto aislado de culto, cuya práctica sólo puede reconocerse determinada por la propia conciencia de modo rigurosamente libre; en segundo término, se conserva la especial protección que a la Religión Católica Apostólica Romana corresponde como religión del Estado y, por último, se extiende la protección penal de que sólo gozaba ésta, en sus actos, ceremonias, manifestaciones, ministros, etc., a las demás.

confesiones reconocidas por la Ley y en la medida que tal reconocimiento determina.

Cinco. La preocupación, muy difundida en el ámbito social, por los denominados delitos económicos, ha aconsejado una revisión de las "maquinaciones para alterar el precio de las cosas", con objeto de adecuar las figuras y las sanciones a las necesidades actuales, dando de este modo un primer paso en pro de la instauración de aquellos delitos en nuestro sistema, siquiera limitada a un mínimo aspecto de los mismos. Por otra parte, parece indicado, por obvias razones, incluir de modo definitivo en el texto del Código lo establecido por la Ley de veintisiete de abril de mil novecientos cuarenta y seis, en materia de percepción de primas por arrendamiento y subarriendo de viviendas.

En cuanto a la emisión de cheques en descubierto, la experiencia, desde su implantación en el Código, por Decreto número ciento sesenta y ocho/mil novecientos sesenta y tres, de veinticuatro de enero, ha demostrado que su colocación sistemática entre las defraudaciones ha producido dificultades en la práctica, porque no siempre el libramiento de un cheque en descubierto tiene finalidad defraudatoria, aunque, en todo caso, compromete la seguridad del tráfico jurídico mercantil, que merece siempre una enérgica protección.

Por estas razones, ha parecido conveniente separar, por un lado, la emisión de cheques sin cobertura metálica que se emplea, como medio engañoso, con una finalidad defraudatoria, y tiene indudable parentesco con la modalidad de estafa prevista en el número uno del artículo quinientos veintinueve, y, por otro, el mismo libramiento cuando no tiene la finalidad apuntada, que ataca simplemente a la seguridad del tráfico mercantil.

Con la nueva ordenación también se busca solución a otros problemas técnicos que el vigente artículo quinientos treinta y cinco bis había planteado; así, se cierra el paso a la posibilidad de la comisión culposa de este delito, por razones obvias, cuando el libramiento se hace con fin de defraudar y se suprime del tipo el requisito de "dar en pago" que tantas dificultades de prueba ha venido planteando.

Por lo que se refiere a la protección penal que, en las condiciones de trabajo, seguridad social, estabilidad en el empleo, etcétera, se otorga a los trabajadores frente a las defraudaciones de que, con frecuencia, son objeto, la experiencia aportada por la vigencia del Decreto-ley de quince de febrero de mil novecientos cincuenta y dos, aconseja la incorporación al Código Penal del artículo cuatrocientos noventa y nueve bis, elevando de rango la naturaleza de la infracción y, con ello, la energía del castigo.

Seis. Razones también de orden técnico han impuesto una revisión detenido y, a consecuencia de ella, algunos leves retoques en los artículos diecisiete, ciento setenta y tres, doscientos cincuenta y uno, doscientos sesenta, doscientos sesenta y uno, doscientos sesenta y dos, doscientos sesenta y tres y doscientos sesenta y cuatro del Código, algunos de ellos prácticamente en desuso por efecto de leyes especiales. Con ello se han adaptado los preceptos a las necesidades actuales, con la mira puesta en la derogación de leyes especiales, cuya pervivencia ya no es necesario ni procedente, comprendiendo la represión penal por parte del Código los actos terroristas realizados individualmente o por grupos no organizados ni estables y la simple pertenencia a éstos.

Al ser atribuido el nocimiento de las causas criminales por los delitos a que tales artículos se refieren a los órganos de la jurisdicción ordinaria, es claro que, en razón de su naturaleza, ese conocimiento debe atribuirse al Tribunal de Orden Público. Esta es la causa de que, muy levemente también, se haya modificado la Ley de dos de diciembre de mil novecientos sesenta y tres que lo regula.

Siete. El artículo ciento dieciocho del Código Penal, en su redacción de mil novecientos cincuenta y dos —Ley de veinte de diciembre—, determinaba una consecuencia, en cierto modo injusta, porque el tenor literal de su párrafo cuarto retrasaba la aplicación del tradicional beneficio de rehabilitación a los condenados que obtuvieron antes la remisión condicional de la pena impuesta, al señalar como punto de origen para el cómputo de los plazos que establece el cumplimiento del que fija el artículo noventa y dos para la suspensión de la pena. De tal modo se perjudicaba, a efectos de la cancelación de sus antecedentes penales, a quienes por ser delincuentes primarios no declarados rebeldes y responsables de infracciones de escasa entidad penal, obtienen la condena condicional, en relación con aquellos otros que, por no tener a su favor tales requisitos, han de cumplir efectivamente la pena impuesta. Con la nueva redacción del precepto se elude de modo expreso el inconveniente señalado, estableciéndose una equiparación absoluta a los efectos del cómputo de los plazos de rehabilitación previstos entre pena cumplida y pena remitida.

Por otra parte, el muy frecuente uso que actualmente se hace de los certificados negativos de antecedentes penales, ha puesto de manifiesto que el beneficio resulta dilatorio y difícil de obtener en exceso, lo que comporta unos efectos secundarios de la pena que, si bien son lógica consecuencia del delito, en cierta medida no deben prolongarse en demasía. Para obviar esta dificultad se han simplificado los requisitos y se han limitado los plazos que establecía el artículo que se reforma.

En su virtud, y de conformidad con la Ley aprobada por las Cortes Españolas, vengo en sancionar:

Artículo primero

Uno. Se modifican las rúbricas correspondientes al Capítulo primero del Título II del Libro II y a la Sección primera de dicho Capítulo, así como el artículos ciento cuarenta y ocho, todos del Código Penal, que quedarán redactados en los términos siguientes:

CAPITULO PRIMERO

Delitos contra el Jefe del Estado, su sucesor, altos Organismos de la nación, forma de gobierno y Leyes Fundamentales

SECCIÓN PRIMERA. DELITOS CONTRA EL JEFE DEL ESTADO Y SU SUCESOR

Art. 148. Los delitos previstos en los artículos precedentes de esta sección, cometidos contra el sucesor del Jefe del Estado o el heredero de la Corona serán castigados con las penas que los mismos establecen para cada caso.

Dos. Se adiciona el artículo ciento cuarenta y ocho bis al texto mencionado con el siguiente contenido:

Art. 148 bis. Los Tribunales, apreciando las circunstancias del hecho y del culpable de cualesquiera de los delitos comprendidos en esta sección, así como su condición social y situación económica, podrán imponer, además de las penas señaladas, las de multa de 10.000 a 500.000 pesetas e inhabilitación absoluta o especial.

Igualmente podrán los Tribunales, atendidas las mencionadas circunstancias del hecho y del culpable, rebajar en un grado las penas establecidas en los artículos correspondientes.

Artículo segundo

Uno. Se adiciona al Capítulo III del Título I del Libro II del Código Penal el artículo ciento treinta y siete bis, redactado en los términos siguientes:

Art. 137 bis. Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, social o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1.º Con la pena de reclusión mayor o muerte, si causaren la muerte de alguno de sus miembros.

2.º Con la reclusión mayor, si causaren castración, esterilización, mutilación o bien alguna lesión grave.

3.º Con la de reclusión menor, si sometieren al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud.

En la misma pena incurrirán los que llevaren a cabo desplazamientos forzados del grupo o sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro.

Artículo tercero

Se modifica el artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código Penal, que quedará redactado en los términos siguientes:

Art. 344. Los que ilegítimamente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general, de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso, serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de 5.000 a 250.000 pesetas.

El facultativo que con abuso de su profesión prescribiere o despachare tóxicos o estupefacientes será castigado con las mismas penas e inhabilitación especial.

Los Tribunales, atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior o superior en un grado, según proceda.

En los casos de extrema gravedad y cuando los hechos se ejecuten en establecimiento público, los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del culpable, podrán decretar la medida de clausura del establecimiento de un mes a un año.

Las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en este artículo producirán ante los españoles los mismos efectos que las de éstos en cuanto a lo establecido en el número 15 del artículo 10 de este Código.

Artículo cuarto

Se modifica la rúbrica y contenido de la Sección tercera, Capítulo II, Título II, Libro II del Código Penal, que pasará a tener la siguiente redacción:

SECCIÓN 3.^a DELITOS CONTRA LA LIBERTAD RELIGIOSA, LA RELIGIÓN DEL ESTADO Y LAS DEMÁS CONFESIONES

Art. 205. Incurrirán en las penas de prisión menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas:

1.^o Los que, por medio de amenaza, violencia o cualquier apremio ilegítimo, obligaren a otro a asistir o practicar un acto religioso o le constriñeren al cumplimiento de un deber del mismo carácter y los que, por los mismos medios, se lo impidieren, coartando la libertad reconocida por las Leyes.

2.^o Los que emplearen amenaza, violencia, dádiva o engaño, con el fin de ganar adeptos para determinada creencia o confesión o para desviarlos de ella.

Si el culpable de los hechos mencionados fuera autoridad o funcionario público, será sancionado además con la pena de inhabilitación especial.

Art. 206. Los que ejecutaren cualquier clase de actos encaminados a abolir o menoscabar por la fuerza, como religión del Estado, la Católica Apostólica Romana, serán castigados con la pena de prisión menor.

Si el culpable estuviere constituido en autoridad y con abuso de ella comete el hecho se impondrá la pena en el grado máximo.

Art. 207. El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de la religión católica, o los autorizados de las demás confesiones legalmente reconocidas, será castigado con la pena de prisión menor, si el hecho se hubiere cometido en lugar destinado al culto, y con la de arresto mayor, si se realizare en cualquier otro lugar.

Art. 208. El que ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados, será castigado con la pena de prisión menor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas.

Se impondrá esta pena en su grado máximo si los hechos previstos en el párrafo anterior fuesen realizados en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias del mismo, oficialmente autorizadas, siempre que este requisito fuese necesario.

Cuando el hecho revistiere suma gravedad o relevante trascendencia, se aplicará la pena superior en grado.

Art. 209. El que de palabra o por escrito hiciere escarnio de la religión católica o confesión reconocida legalmente, o ultrajare públicamente sus dogmas, ritos o ceremonias, será castigado con la pena de prisión menor si reali-

zare el hecho en actos de culto, o en lugar destinado a celebrarlos, y con arresto mayor en los demás casos.

Art. 210. Al que maltratase de obra a un Ministro de la religión católica o de otro culto que esté inscrito en el registro establecido al efecto cuando se hallare cumpliendo los oficios de su ministerio o con ocasión del mismo, se le impondrá la pena de prisión menor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas. El que ofendiere en iguales circunstancias con palabras o ademanes, será castigado con la pena de arresto mayor.

Art. 211. El que en lugar religioso ejecutare actos que, sin estar comprendidos en ninguno de los artículos anteriores, ofendieren el sentimiento religioso de los concurrentes, incurrirá en la pena de arresto mayor.

Art. 212. Los que cometieren los delitos de que se trata en los artículos anteriores, incurrirán, además de las penas en ellos señaladas, en la de inhabilitación especial para el ejercicio de la enseñanza pública o privada.

Artículo quinto

Uno. Se da nueva redacción a los artículos quinientos cuarenta y quinientos cuarenta y uno del Código, que quedarán redactados en estos términos:

Art. 540. Serán castigados con las penas de presidio menor y multa de 5.000 a 250.000 pesetas los que, difundiendo noticias falsas o tendenciosas, empleando violencia, amenaza o engaño, o usando de cualquier otra maquinación, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, monedas, títulos o valores, o cualesquiera otras cosas, muebles o inmuebles, que fueren objeto de contratación.

Art. 541. Se impondrán las penas señaladas en el artículo anterior, en su grado máximo:

1.º Cuando, cualquiera que fuere la forma de determinación del precio, las conductas previstas en él recayeren sobre sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas u otros objetos de primera necesidad.

2.º Cuando se haya perpetrado el delito con abuso de la condición de beneficiario de alguna concesión, subvención o protección públicas.

Dos. Se modifica la designación del artículo quinientos sesenta y tres bis del Código, que pasará a ser, con el mismo contenido, el artículo quinientos sesenta y tres bis a) y se introduce en el texto de aquél, dentro de su Título XIII, del Libro II, un nuevo capítulo, que con la designación de IX bis y bajo la rúbrica "Del cheque en descubierto", estará integrado por el artículo quinientos sesenta y tres bis b), redactado en la forma que se establece a continuación:

CAPITULO IX bis

Del cheque en descubierto

Art. 563 bis b). Será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas:

1.º El que librare, con cualquier finalidad, cheque o talón de cuenta corriente sin que en la fecha consignada en el documento exista a su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo..

2.º El que, habiendo librado un cheque o talón con provisión, retirase los fondos o parte de ellos, impidiendo su pago.

3.º El tomador del efecto que lo entregare a otro con cualquier fin, a sabiendas de su falta de cobertura.

No obstante lo dispuesto en los números anteriores, quedará exento de responsabilidad penal el librador del cheque o talón que hiciere efectivo su importe en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de su presentación al cobro.

Lo ordenado en este artículo deberá entenderse salvo el caso previsto en el artículo 529, número 1 de este Código.

Artículo sexto

Uno. Se modifican los artículos diecisiete, ciento setenta y tres, ciento setenta y cuatro, doscientos cincuenta y uno, doscientos sesenta, doscientos sesenta y uno, doscientos sesenta y dos, doscientos sesenta y tres y doscientos sesenta y cuatro del Código Penal en la forma que a continuación se señala:

Art. 17. La circunstancia segunda del número 3.º quedará redactada en los términos siguientes:

2.º La de ser delincuente reo de traición, homicidio contra el Jefe del Estado o su sucesor, terrorismo, parricidio, asesinato o reo conocidamente habitual de otro delito.

Art. 173. Sus números 2.º y 5.º se redactan en la forma siguiente:

2.º Los grupos o asociaciones constituidos dentro o fuera del territorio nacional, para atacar en cualquier forma la unidad o independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional.

5.º Las formaciones con organización de tipo militar que tengan por fin algunos de los señalados en el número 2.º de este artículo o que se hallen prohibidas expresamente por las Leyes.

Art. 174. Los párrafos 3.º y 4.º del número 1.º y el 1.º del número 2.º se entenderán redactados del modo siguiente:

Si la asociación tuviere por objeto la subversión violenta, la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado, el ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional, serán castigados con la pena de reclusión menor, los fundadores o Directores, y con la de prisión menor, los meros afiliados o participantes.

Cuando los hechos sancionados en el párrafo anterior carecieran de gravedad o la asociación no hubiera llegado a constituirse, el Tribunal podrá imponer a los meros participantes la pena inferior en un grado.

2.º Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase favorecieren la fundación, organización o actividad de las asociaciones, grupos, organizaciones, entidades y formaciones mencionadas en el artículo anterior..

Art. 251. Se adiciona entre sus párrafos 2.º y 3.º uno nuevo con el siguiente contenido:

También tendrán esta consideración el uso de símbolos o emblemas propios de organizaciones declaradas fuera de la Ley.

Art. 260. El párrafo 1.º y número 3.º de este artículo se modifica en estos términos:

El que, con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios, la unidad nacional, el orden institucional o el orden público, ejecutare actos encaminados a la destrucción o deterioro de edificios públicos, o privados, vías y medios de comunicación o transporte, conductores de energía eléctrica u otra fuerza motriz u otros hechos análogos, será castigado:

3.º Con la reclusión menor, cuando fuera cualquier otro el efecto producido por el delito o no llegara a producirse efecto alguno. Los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el hecho o el culpable y la entidad del resultado y el estado de alarma producido por el delito, podrán imponer la pena inferior a la señalada en uno o dos grados.

Art. 261. Las mismas penas del artículo 260 se aplicarán, en sus respectivos casos, al que con propósito de atemorizar a los habitantes de una población o a clases o sectores determinados de la misma, o de realizar venganzas o represalias, de carácter social o político, utilizare sustancias explosivas o inflamables o armas que normalmente sean susceptibles de causar daño grave en la vida o en la integridad de las personas, o cualquier otro medio o artificio para producir graves daños, u organizar accidentes ferroviarios o de otros medios de locomoción o de comunicación.

Art. 262. Los que con alguno de los fines señalados en el artículo 260 ejerciesen coacción o amenaza contra alguna persona, serán castigados con la pena de prisión menor.

Art. 263. Serán castigados con la pena de prisión menor los que, actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden, causando lesiones o vejación a las personas, produciendo desperfectos en las propiedades, obstaculizando las vías públicas u ocupando edificios, salvo que al hecho corresponda pena más grave en otro precepto de este Código.

Art. 264. El depósito de armas y municiones y la tenencia de sustancias o aparatos explosivos, inflamables u otros homicidas, así como su fabricación, transporte o suministro, de cualquier forma y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios artificiales adecuados con los propósitos a que se refieren los artículos 260 y 261, será castigado con la pena de reclusión menor.

Los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el culpable y en el hecho y la gravedad de éste, podrán rebajar en uno o dos grados la pena a que se refiere el párrafo anterior.

Artículo séptimo

Se modifica el número 1.º del artículo quinientos veintinueve del Código Penal, que quedará redactado en la forma siguiente:

Art. 539. Número 1.º El que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, aparentando bie-

nes, crédito, saldo en cuenta corriente, comisión, empresa o negociaciones imaginarias o valiéndose de cualquier otro engaño semejante que no sea de los expresados en los casos siguientes.

Artículo octavo

Se introduce, dentro del Título XII del Libro II, un nuevo capítulo que con la designación del "Capítulo VIII", y bajo la rúbrica "De los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo", estará integrado por el artículo cuatrocientos noventa y nueve bis, redactado en la forma que se establece a continuación:

CAPITULO VIII

De los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo

Art. 499 bis. Será castigado con pena de arresto mayor y multa de 5.000 a 10.000 pesetas:

1.º El que usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos imponga a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales.

2.º El que por cesión de mano de obra, simulación de contrato, sustitución o falseamiento de empresa o de cualquier otra forma maliciosa suprima o restrinja los beneficios de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales.

3.º El que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra o intervenga en migraciones laborales fraudulentas, aunque de ello no se derive perjuicio para el trabajador.

El que en caso de crisis de una empresa hiciere ineficaces maliciosamente los derechos de los trabajadores incurrirá en las penas previstas en el artículo 519 de este Código.

Cuando los hechos previstos en los números anteriores fueren realizados por personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que los hubieran cometido o que, conociéndolos y pudiendo hacerlo, no hubieren adoptado medidas para remediarlos. En su caso procederá la responsabilidad civil subsidiaria de la Empresa.

Artículo noveno

Se modifica el texto del artículo ciento dieciocho, que se entenderá redactado en estos términos:

Art. 118. Los condenados que hayan cumplido su pena o alcanzado la remisión condicional de ella podrán instar y obtener del Ministerio de Justicia la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del Juez o Tribunal sentenciador.

Para obtener este beneficio serán requisitos indispensables:

1.º No haber delinquido durante los plazos de rehabilitación que se señalan en el número tercero.

2.º Tener satisfechas, en lo posible, las responsabilidades civiles provenientes de la infracción.

3.º Haber transcurrido el plazo de seis meses para las penas leves; dos, para las de arresto mayor, condenas por delito de imprudencia y penas no privativas de libertad; tres, para las de presidio y prisión; cinco, para las de reclusión, y diez años, en todos los casos de reincidencia o de rehabilitación revocada.

Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la condena, si ésta se cumplió efectivamente, o en que hubiera quedado extinguida, si el condenado obtuvo los beneficios de remisión condicional. En este último caso se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena impuesta el día siguiente al del otorgamiento de dicha remisión.

La cancelación de una inscripción de antecedentes penales en el Registro Central producirá el efecto de anular la inscripción sin que pueda certificarse de ella, excepto cuando lo soliciten los Jueces y Tribunales, en causa criminal para apreciar la reincidencia o reiteración.

Sin necesidad de declaración especial, quedará sin efecto la cancelación otorgada y recobrará plena eficacia la inscripción cancelada si el rehabilitado cometiera, con posterioridad, nuevo delito.

DISPOSICION FINAL

El Gobierno, en el plazo de un año contado a partir de la entrada en vigor de esta Ley, publicará un texto refundido del Código Penal.

DISPOSICION ADICIONAL

Se adiciona el apartado a) del artículo tercero de la Ley de dos de diciembre de mil novecientos sesenta y tres la expresión "Capítulo II. De la tenencia y depósito de armas y municiones y de los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos", y Capítulo XIII, en su caso, disposición común, que deberá entenderse colocada a continuación de la expresión "propagandas ilegales" que figura en el texto.

DISPOSICIONES DEROGATORIAS

Uno. Quedan derogados los artículos quinientos treinta y cinco bis del Código Penal y la Ley de veintisiete de abril de mil novecientos cuarenta y seis sobre percepción de primas por el arrendamiento y subarriendo de viviendas.

Dos. Se derogan igualmente: El Decreto de veintiuno de septiembre de mil novecientos sesenta, número mil setecientos noventa y cuatro/mil novecientos sesenta, así como las Leyes que el mismo refunde, de dos de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, y Decreto-ley de dieciocho de abril de mil novecientos cuarenta y siete; el Decreto-ley de dieciséis de agosto de mil novecientos sesenta y ocho, número nueve/mil novecientos sesenta y ocho; la Ley de nueve de febrero de mil novecientos treinta y nueve, salvo lo dispuesto en su artículo segundo, que se declara expresamente vigente; la Ley de uno de marzo de mil novecientos cuarenta; la Ley de veintidós de diciembre de mil

novecientos cuarenta y nueve; los artículos primero y segundo de la Ley de dos de diciembre de mil novecientos sesenta y tres, número ciento cincuenta y cuatro/mil novecientos sesenta y tres, y el artículo segundo del Decreto-ley de quince de febrero de mil novecientos cincuenta y dos.

Dada en el Palacio de El Pardo a quince de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

FRANCISCO FRANCO

El Presidente de las Cortes Españolas,
ALEJANDRO RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL
Y NEBREDÁ

DECRETO 2.326/1971, DE 23 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE CONCEDE INDULTO CON MOTIVO DEL XXXV ANIVERSARIO DE LA EXALTACION A LA JEFATURA DEL ESTADO

("B. O. E.", núm. 235, de 1 de octubre de 1971)

Entre las prerrogativas atribuidas al Jefe del Estado es la concesión de gracia con carácter general, una de las que se ha hecho uso con mayor generosidad, fiel a la idea de promover la concordia y la convivencia pacífica de los españoles anticipando la reincorporación de la vida familiar y social de aquellos que, por unas u otras causas, cumplen condena.

Esta política seguida a través de una decena de indultos generales, concedidos en ocasiones singulares, se ha manifestado útil a la finalidad preventiva de nuestro sistema penal y compatible con la recta aplicación de la Ley por los Tribunales de Justicia.

Al cumplir el XXXV aniversario en la Jefatura del Estado, he dispuesto hacer uso, una vez más, de la prerrogativa de gracia, concediendo un amplio indulto general, que es total para las penas de arresto y las pecuniarias no satisfechas y con la escala que se señala para las restantes penas privativas de libertad, impuestas o que puedan imponerse, por hechos cometidos desde el 21 de julio de 1965, fecha del último indulto general, hasta el día 23 de septiembre de 1971.

En su virtud, en ejercicio de las facultades que me concede el artículo 6.º de la Ley Orgánica del Estado y el apartado II de la primera de sus disposiciones transitorias, dispongo:

Artículo 1.º Se concede indulto de las penas y correctivos de privación de libertad y pecuniarias, impuestas o que puedan imponerse, por delitos y faltas previstos en el Código Penal ordinario, Código de Justicia Militar y Leyes y Preceptos Penales especiales cometidos desde el día 21 de julio de 1965 hasta el 23 de septiembre de 1971, con el alcance que a continuación se expresa:

- a) La totalidad en las penas y correctivos de privación de libertad hasta seis meses, y en las pecuniarias cualquiera que fuere su cuantía.
- b) La mitad en las penas de privación de libertad superiores a seis meses, sin exceder de dos años, con reducción mínima de seis meses en todo caso.

c) Una cuarta parte en las penas de privación de libertad superiores a dos años, sin exceder de doce.

d) Una sexta parte en las penas de privación de libertad superiores a doce años, con excepción de aquellas condenas en que se hubiera conmutado la pena capital.

Art. 2.º Quedan exceptuadas del indulto a que se refiere el artículo anterior:

1. Los que durante el cumplimiento de su condena o condenas hubieren incurrido en una falta muy grave o en dos o más graves, acreditadas en su expediente personal penitenciario, mientras no fueren invalidadas.

A estos efectos, las Juntas de Régimen de los Establecimientos Penitenciarios revisarán las notas acreditadas, procediendo a la invalidación de aquéllas en que fuere procedente, atendida la calificación actual de conducta de los inculpados y sin sujeción a los plazos reglamentarios.

2. Los declarados procesalmente rebeldes que no se presentaren en el término de treinta días, a contar desde el siguiente a la publicación de este Decreto en el *Boletín Oficial del Estado*.

3. Los condenados por delitos sólo perseguibles a instancia de parte, si ésta en el término de treinta días a partir del siguiente a la fecha de publicación de este Decreto, manifiesta por escrito ante el Tribunal o Juzgado competente su oposición a la gracia de indulto. Este plazo se contará en las causas pendientes desde la fecha del auto de firmeza de la sentencia condenatoria.

Art. 3.º En las causas en que las penas pedidas en trámite de calificación por el Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras estén comprendidas en el apartado a) del artículo 1.º, se aplicará la gracia sin necesidad de que se celebre juicio oral ni, en consecuencia, se dicte sentencia. En tales supuestos, el Tribunal, previo dictamen del Ministerio Fiscal y sin más trámites, dictará el auto de sobreseimiento prevenido en el número 3.º del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La responsabilidad civil, en su caso, sólo podrá ser exigida mediante el procedimiento de tal clase que corresponda, con aplicación de lo establecido en la disposición adicional segunda A) de la Ley 3/1967, de 8 de abril, para hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil, derivados del uso y circulación de vehículos de motor.

Art. 4.º Con independencia de lo dispuesto en el artículo 1.º, a los condenados a penas privativas de libertad por hechos realizados con antelación al 23 de septiembre de 1971, que ininterrumpidamente hayan cumplido o cuando cumplan veinte años de reclusión efectiva, incluida la prisión provisional y sin cómputo de beneficios penitenciarios, se les concede indulto total del período que exceda de dichos veinte años, se trate de una o varias condenas y cualquiera que sea la jurisdicción que las hubiere impuesto.

Art. 5.º Por los Ministros de Justicia, Ejército, Marina y Aire se dictarán las disposiciones complementarias que se requieran para la debida ejecución de lo dispuesto en el presente Decreto.

Así lo dispongo por el presente Decreto, dado en el Palacio de El Pardo el día 23 de septiembre de 1971.

FRANCISCO FRANCO

ORDEN DE 18 DE OCTUBRE DE 1971 POR LA QUE SE HACE EXTENSIVA A LA JURISDICCION DE CONTRABANDO LA APLICACION DEL INDULTO CONCEDIDO POR DECRETO 2.326/1971, DE 23 DE SEPTIEMBRE

(“B. O. E.”, núm. 250, de 19 de octubre de 1971)

El Decreto 2.326/1971, de fecha 23 de septiembre, por el que se concede indulto con motivo del XXXV Aniversario de la Exaltación a la Jefatura del Estado, determina en su artículo primero que dicho indulto se refiere a las penas y correctivos de privación de libertad y pecuniarias, impuestas o que puedan imponerse por delitos y faltas previstos en el Código Penal ordinario, Código de Justicia Militar y Leyes y preceptos penales especiales, cometidos desde el día 21 de julio de 1965 hasta el 23 de septiembre de 1971, con el alcance que expresa.

El vigente texto de la Ley de Contrabando, adaptado a la Ley General Tributaria —aprobado por Decreto de 16 de julio de 1964— establece en su artículo 51 que la jurisdicción para conocer de las infracciones de contrabando será exclusivamente administrativa, y esta circunstancia determina que, en principio, los beneficios concedidos en aquel Decreto no sean de aplicación a las sanciones impuestas por tales infracciones fiscales. Notorias razones de equidad aconsejan extender la aplicación de la gracia a los infractores que estén cumpliendo o hayan de cumplir la sanción subsidiaria de prisión por insolvencia, dados el memorable motivo y los generosos principios que inspiran el referido Decreto.

A tales fines, habida consideración de las amplias facultades que a este Ministerio confieren los artículos 121 y 123 de la vigente Ley de esta jurisdicción para conceder la suspensión condicional del cumplimiento de la aludida sanción subsidiaria, se estima, como en anterior ocasión, que una concesión general y excepcional de dicha gracia es el medio más adecuado para lograr la misma finalidad que ha inspirado las disposiciones del Decreto de 23 de septiembre último.

En virtud de lo anteriormente expuesto, este Ministerio se ha servido disponer:

Primero.—Los Presidentes de los Tribunales de Contrabando que hubieren conocido o conozcan, en única o primera instancia, de un expediente seguido por la Comisión de infracciones que sanciona la vigente Ley de esta jurisdicción, acordarán, con carácter general y de excepción, los beneficios de la suspensión condicional de la sanción subsidiaria de prisión por insolvencia a favor de los que resulten o hayan resultado sancionados en dichos expedientes, siempre que las infracciones que motivaron o motiven las sanciones de referencia se hubieren cometido desde el día 21 de julio de 1965 hasta el 23 de septiembre de 1971.

Segundo.—La aplicación de este beneficio se hará de oficio en los expedientes en que no hubiera recaído resolución firme. En los demás casos se aplicará previa petición de los sancionados dirigida al Presidente del Tribunal de Primera Instancia.

Tercero.—Los beneficios de la suspensión de sanción a que se refiere el párrafo anterior serán los siguientes:

a) Sanciones subsidiarias de privación de libertad hasta seis meses: Se remitirán en su totalidad.

b) Sanciones subsidiarias de privación de libertad superiores a seis meses sin exceder de dos años: Se remitirán en su mitad, con reducción mínima de seis meses en todo caso.

c) Sanciones subsidiarias de privación de libertad superiores a dos años, hasta cuatro años: Se remitirán en su cuarta parte.

Cuarto.—Quedan exceptuados de la aplicación de los beneficios regulados en la presente Orden todos aquellos sancionados que no se encontraran actualmente a disposición del Tribunal sancionador, o que no se presentasen personalmente en el plazo inexcusable de treinta días, contados a partir del siguiente a la fecha de publicación de esta Orden.

Quinto.—Los beneficios ahora regulados quedarán automáticamente sin efecto si los favorecidos incurrieran en una posterior infracción de esta naturaleza durante los plazos de prescripción establecidos en la Ley de la Jurisdicción. En tales supuestos el responsable cumplirá la sanción subsidiaria suspendida condicionalmente y además la correspondiente a la nueva infracción.

Madrid, 18 de octubre de 1971.— *Monreal Luque.*

ORDEN DE 25 DE OCTUBRE DE 1971 SOBRE APLICACION DEL INDULTO CONCEDIDO POR EL DECRETO 2.326/1971, DE 23 DE SEPTIEMBRE, POR LA JURISDICCION ESPECIAL DE DELITOS MONETARIOS

(“B. O. E.” núm. 256, de 26 de octubre de 1971)

El artículo 1.º del Decreto 2.326/1971, de 23 de septiembre, concede indulto de las penas y correctivos de privación de libertad y pecuniarias, impuestos o que puedan imponerse, por delitos y faltas previstos en el Código Penal ordinario, Código de Justicia Militar y Leyes y preceptos penales especiales cometidos desde el día 21 de julio de 1965 hasta el 23 de septiembre de 1971, con el alcance que a continuación expresa. La generosa amplitud del indulto otorgado por Su Excelencia el Jefe del Estado con motivo de cumplirse el XXXV Aniversario de su Exaltación a la Jefatura, y traducida en los expresos términos del precepto transcrito, alcanza a los infractores de la Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios; pero la especialidad de esta Jurisdicción y sus peculiaridades sustantivas y procesales exigen dictar normas adecuadas que faciliten su aplicación.

En su virtud, este Ministerio, haciendo uso de la facultad que le confiere la disposición final primera de la Ley de 24 de noviembre de 1938, ha tenido a bien disponer:

Primero. Por la Jurisdicción Especial de Delitos Monetarios se procederá a la aplicación del indulto concedido por el Decreto 2.326/1971, de 23 de septiembre, en la materia de su competencia y con el alcance definido en dicho

Decreto, respecto a las penas de privación de libertad y pecuniarias impuestas o que pudieran imponerse a los reos de delitos monetarios, con carácter principal o subsidiario por insolvencia.

El indulto de las penas pecuniarias no comprenderá en ningún caso la devolución de las cantidades satisfechas.

Segundo. Quedan exceptuados del indulto:

1. Los que durante el cumplimiento de su condena o condenas hubieran incurrido en una falta muy grave o en dos o más graves, acreditadas en su expediente personal penitenciario mientras no fueren invalidadas. A tal fin, al proceder a la aplicación del Decreto, se solicitará del correspondiente Establecimiento Penitenciario certificación con referencia a lo dispuesto en el número 1 del artículo 2.º del Decreto.

2. Los declarados procesalmente rebeldes que no se presentaren en el término de treinta días, a contar desde el siguiente a la publicación de esta Orden en el *Boletín Oficial del Estado*. Para la aplicación del indulto la presentación ha de ser personal ante el órgano de la jurisdicción que tenga actualmente la competencia del asunto, y el interesado ha de quedar a su disposición hasta que por éste se dicte la resolución que proceda según el alcance del indulto en relación con la pena correspondiente.

Tercero. Por el Tribunal Económico-Administrativo Central en pleno en materia de delitos monetarios y por el Juzgado Especial de Delitos Monetarios, en sus respectivas competencias, se adoptarán en cada caso las resoluciones que procedan para aplicar el indulto concedido.

Madrid, 25 de octubre de 1971.—*Monreal Luque*.

PROYECTO DE LEY SOBRE MODIFICACION DEL ARTICULO 85 DE LA LEY 209/66, DE 24 DE DICIEMBRE, PENAL Y PROCESAL DE LA NAVEGACION AEREA

(“B. O. de las Cortes Españolas”, núm. 1.174, de 23 de diciembre de 1971, páginas 28581 y s.)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES ESPANOLAS

Por acuerdo del Consejo de Ministros ha sido remitido a esta Presidencia el proyecto de ley de modificación del artículo 85 de la Ley 209/66, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea, el cual, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Constitutiva de las Cortes Españolas, es de la competencia del Pleno de las mismas.

En su consecuencia, se ordena su envío a la Comisión de Defensa Nacional para su estudio, así como su publicación en el “Boletín Oficial de las Cortes Españolas”, con arreglo a lo preceptuado en el número 2 del artículo 63 del vigente Reglamento.

Los Procuradores, cualquiera que sea la Comisión a que pertenezcan, podrán en uso del derecho que les confieren los artículos 7.º y 67 del referido Reglamento, presentar las enmiendas que estimen pertinente formular a la

totalidad o al articulado del proyecto, en el plazo de veinte días, contados a partir de la fecha siguiente a esta publicación.

Palacio de las Cortes, 20 de diciembre de 1971.

El Presidente,
ALEJANDRO RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL
Y NEBREDÁ

La Ley número 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea, desarrolló las bases 21, 22 y 23 de la Ley de 27 de diciembre de 1947, relativas a los aspectos penales y procesales de dicha navegación, encontrando, asimismo, su razón de ser en el artículo 9.º, apartado c), del Código de Justicia Militar, que al fijar la competencia de la Jurisdicción Militar Aérea, previó la posibilidad de exceptuar de su rigorismo las actividades de la navegación aérea mediante una Ley especial que estableciera tipos delictivos y penalidades distintas, acomodados a la naturaleza, complejidad y rango de los intereses protegidos.

Las mismas razones aconsejan dar intervención en el procedimiento establecido por la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea al acusador particular y al actor civil, intervención que, por otra parte, tiene precedentes en la Jurisdicción Militar en relación con el enjuiciamiento de los delitos y faltas comprendidos en la Ley número 122/1962, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, y en el Decreto de 17 de diciembre de 1964, sobre adaptación a la Jurisdicción Militar de las normas orgánicas y procesales de dicha Ley.

De la misma forma debe concederse posibilidad de personación y defensa en el procedimiento a aquellas terceras personas a las que pueda alcanzar una responsabilidad civil subsidiaria derivada de la del responsable penal, máxime cuando esta responsabilidad subsidiaria aparece admitida por el artículo 12 de esta Ley, que se remite a las normas del libro primero del Código Penal, en que la misma aparece proclamada.

Por último, es necesario igualmente arbitrar los medios de personación y defensa de aquellas Entidades, Sociedades o Empresas que puedan ser objeto de la medida de seguridad de suspensión establecida en el número 3 del artículo 7.º de esta Ley, vedando al Tribunal Aeronáutico la adopción de dicha medida cuando no se haya brindado la posibilidad de defensa, supuesto en el que sólo podrá recomendar que se sigan los trámites que la propia Ley establece para tomar esta medida fuera del procedimiento penal.

En su virtud, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Aire, somete a la deliberación de las Cortes el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.º El artículo 85 de la Ley número 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea, queda redactado de la siguiente forma:

“Art. 85. Todo lo concerniente a organización, atribuciones y modo de actuar de los Tribunales y sus elementos auxiliares, así como el procedimiento aplicable para el trámite y resolución de los asuntos e incidencias de ello en

la Jurisdicción Penal Aeronáutica, se regirá en primer lugar por lo dispuesto en esta Ley, y en lo no previsto en la misma por los preceptos pertinentes en cada caso de los tratados primero y tercero del Código de Justicia Militar.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la intervención de los perjudicados y de las terceras personas responsables civilmente con carácter subsidiario como consecuencia de la responsabilidad penal derivada de los delitos o faltas previstos y penados en esta ley en los procesos a que su aplicación dé lugar, se regirá por lo dispuesto en el título IV del libro I y del título X del libro II y demás disposiciones concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto al ejercicio de cuantas acciones, excepciones y facultades de defensa puedan corresponderles, tanto con carácter penal como civilmente.

Cuando al ser calificado el procedimiento por el Ministerio Fiscal se solicite la aplicación de la medida de seguridad de suspensión de Entidades, Sociedades o Empresas, a que se refiere el número 3 del artículo 7.º de esta Ley, dichas personas o Entidades podrán personarse para su defensa en la misma forma y por los mismos trámites que en el párrafo anterior se señalan para los terceros responsables civiles subsidiarios. Si dicha posibilidad de personación no se ha producido, el Tribunal, en su sentencia, no podrá adoptar la indicada medida de seguridad, debiendo llamar la atención de la autoridad judicial, si lo estima justo, para que por los trámites del capítulo 3.º, título único del libro II de esta Ley, resuelva lo procedente.”

Art. 2.º La presente Ley entrará en vigor en la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” y será de aplicación a los procedimientos en curso que se encuentren en período de sumario y a cuantos se inicien con posterioridad.

Jurisprudencia procesal penal

(Sala 2.^a del Tribunal Supremo)

Primer cuatrimestre de 1970

FERNANDO GISBERT CALABUIG

Del Instituto de Derecho Procesal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A. Naturaleza de las normas procesales. B. Principios generales del proceso penal: *a*) Principio de la «reformatio in peius». *b*) Principio de lealtad procesal.—II. PARTE GENERAL: 1. *Sujetos del proceso*: A. Organismo Jurisdiccional: *a*) Jurisdicción: Contenido: Principio de territorialidad. *b*) Límites: Delimitación con la Jurisdicción Militar. *c*) Competencia territorial: Casuística. B. Partes: *a*) Legitimación en delitos privados. *b*) Pluralidad de partes: Litisconsorcio pasivo. 2. *Objeto del proceso*: A. Acción en delitos privados. B. Acumulación de procesos. 3. *El proceso penal «strictu sensu»*: A. Prueba: *a*) Alcance de la «pertinencia». *b*) Protesta por denegación en tiempo hábil. B. Crisis procesales: Conformidad del acusado: Acto propio. C. Terminación: *a*) Anormal: Sobreseimiento e instrucción por acusación falsa. *b*) Sentencia: Planteamiento de la tesis. 4. *Impugnación del proceso*: Recurso de casación: *a*) Escrito de preparación: Cómputo de plazo «pro reo». *b*) Adhesión improcedente. *c*) Motivación en el de infracción de Ley: *a*') Al amparo del núm. 1.º del artículo 849: Infracción de precepto penal sustantivo. *b*') Al amparo del núm. 2.º del artículo 849: Documento auténtico. *d*) Motivación en el de quebrantamiento de forma: *a*') Al amparo del núm. 3.º del artículo 850: Prohibición de prestar testimonio. *b*') Al amparo del núm. 4.º del artículo 850: Desestimación de preguntas capciosas. *c*') Al amparo del inciso 1.º del núm. 1.º del artículo 851: Falta de claridad en los hechos probados. *d*') Al amparo del inciso 3.º del núm. 1.º del artículo 851: Predeterminación del fallo. *e*') Al amparo del núm. 3.º del artículo 851: No resolución de todos los puntos objeto de debate. *f*') Al amparo del núm. 4.º del artículo 851. Punición por un delito más grave. *e*) Inadmisión de cuestiones nuevas *f*) Resolución del recurso, previa reclamación de la causa.—III. EJECUCIÓN: Competencia para acumulación de penas.

I. INTRODUCCION

A. *Naturaleza de las normas procesales*: Las normas procedimentales dictadas para la buena marcha de los procesos evitan actuaciones anárquicas y si siempre han de ser de obligado y riguroso acatamiento como garantía eficaz del orden público procesal, en el recurso de casación por su extremado formalismo, por sus esenciales limitaciones han de ser observadas con mayor rigor si cabe en lo relativo a la preparación, formalización y ámbito de los temas que pueden ser planteados en la casación. (Auto 17 febrero 1970.)

B. *Principios generales del proceso penal*: a) *Principio de la «reformatio in peius»*: La preponderancia del principio acusatorio en nuestro ordenamiento procesal penal, salvo estrictas limitaciones, en conexión con la prohibición de la «reformatio in peius» vedan a esta Sala discrepar agravatoriamente, tanto de la sentencia recurrida como del voto reservado, pues aunque no se estima acertada la calificación de simples lesiones alevosas, ni la de homicidio frustrado, pues los hechos probados pudieron ser calificados de asesinato cualificado por la alevosía según después se razonará en cuanto a la concurrencia de esta circunstancia en el hecho incriminado, que por lo anteriormente expresado había que mantener por el criterio de «pena justificada» para que cuando sea sancionado, aunque por la inexplicable calificación del Tribunal Provincial se le haya imputado un delito e impuesto una pena, notoriamente inferior en gravedad al realmente cometido y a la pena que correspondía imponer. (S. 9 marzo 1970.)

b) *Principio de lealtad procesal*: Deberes esenciales de lealtad procesal obligan, en términos generales, a plantear para su oportuno debate las cuestiones en la instancia. (S. 2 marzo 1970.)

II. PARTE GENERAL

1. SUJETOS DEL PROCESO: A. *Organo Jurisdiccional*:

a) *Jurisdicción. Contenido. Principio de territorialidad*: Como emanación de la soberanía de los Estados Nacionales, por la coordinación indispensable de su imperio y de los diferentes regímenes existentes en la Comunidad Internacional, y por la incisión o agravio más directo que el delito causa en el orden público interno del país donde se actúa, se impone con indudable prevalencia en los distintos derechos positivos penales, el principio básico de la territorialidad de la ley sancionadora, para las infracciones cometidas dentro del espacio geográfico a que llega su manda, cualquiera que sea la nacionalidad del delincuente y de la persona ofendida, y este sistema de «forum delicti commissi», que se apoya en el «ius solis», es recogido como principio fundamental, en los artículos 8 del Código civil y 333 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al ordenar el primero, que las leyes penales, de policía y de seguridad pública, obliguen a todas las personas que habiten en territorio español, y al mandar el segundo, juzgar a los extranjeros que delinquieren dentro del mismo, por los Jueces que

tengan competencia para ello, por razón de las personas o del territorio. Dicho prevalente principio de la territorialidad, con su sistema soberano, localista y geográfico, se deja sin efecto, de forma subordinada y siempre excepcionalmente, por razones de justicia y solidaridad internacional, al dar vigencia al principio de la personalidad o nacionalidad, que impone la aplicación de la ley del Estado, para sancionar los delitos cometidos por el ciudadano propio, cualquiera que fuere el lugar de la Comisión y concretamente la efectuada en el extranjero, estableciendo un imperio ultraterritorial, que de manera «uti singularis», tiene acogida en la normativa española, contenida en los artículos 339, 340 y 341 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial, al regular dos hipótesis de personalidad: disponiendo la competencia de los Tribunales nacionales, para juzgar a los españoles que delincan en el extranjero contra españoles, o contra extranjeros, estableciendo para este último supuesto, que es el que interesa examinar, los siguientes requisitos constituyentes y de perseguibilidad: A) Que el delincuente español que en país foráneo, delinquiera contra extranjero, se halle en territorio español; B) Que el Delito tenga la consideración de grave según el Código penal español; C) Que la conducta de que se trate, merezca la calificación de delito en el país extranjero donde se consumó; D) Que se querelle el ofendido, o cualquiera de las personas que puedan hacerlo con arreglo a las leyes; y E) Que el sujeto activo no haya sido absuelto indultado o penado en el extranjero, y en este último caso, cumplido la condena.

Partiendo de la admisión a examen del primer motivo del recurso de casación, que alega la infracción de los referidos artículos 8.º del C. civil y 339 y 340 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues sin ser estrictamente normas sustantivos penales, están a ellas asimiladas a efectos de la censura, por ser determinantes de la competencia de los Tribunales, cuestión de orden público, que no puede quedar a extramuros de la revisión de esta jurisdicción; y partiendo también, de la imposibilidad de aceptar que se trata de una cuestión nueva que sin manifestación de instancia, se formula «ex novo», en casación pues claramente así no consta, y porque se trata de un problema de soberanía competencial que afecta a intereses superiores y en definitiva al castigo posible o imposible de una persona, que siempre debe ser examinado y aún con mayor razón en favor del reo, es de toda evidencia, que de los presupuestos antes consignados, que es preciso examinar, por proyectarse sobre ellos el «dubio» del recurso, deben excluirse por notorios y aceptados, los de que el reo se encuentra en España —A)—, que el ofendido se querelló en nuestro país, iniciando el proceso penal —D)—, y que éste es francés, la procesada española y el delito se consumó en Francia, donde se produjo el apoderamiento del dinero.

El delito castigado, es según el Código Penal español grave, porque esta gravedad exigida en el artículo 340 de la Ley Orgánica, tenía su causa, de ser en la división tripartita del cuerpo punitivo de 1870, y que el actual, en su artículo 6 reduce al bipartidismo de delitos y faltas, estando todos aquéllos sancionados con penas graves según el artículo 27, por lo que la consecuencia que debe obtenerse es, que actualmente todos los delitos son o merecen la calificación de graves, y muy particularmente, por su notoria entidad, la apropiación indebida penada en el artículo 528 número 1.º, con la sanción del presidio mayor, sin que nada

signifique, que por error la sentencia pusiere a la mujer condenada, seis años y un día de prisión «menor», pues tenía que ser «mayor» según la intrínseca extensión temporal —artículo 30— de la pena, no pudiéndose deducir ninguna consecuencia de este «lapsus calamiti».

Aunque carezca de la estimación de derecho interno, las normas extranjeras penales u ordenamiento jurídico sancionador de otro país, no pueden estimarse sea «quaestio facti», sometida a la prueba de las partes, como si se tratara de un derecho de su única disposición, sino que por afectar a derechos públicos co-interés preponderante, la precisión de su existencia, vigencia y aplicabilidad corresponda de oficio a los Tribunales de lo penal, en defecto de la actividad de aquéllos, siempre posible, en virtud del conocido principio «iura novit curia», pues la existencia de las infracciones no puede quedar sometida a las iniciativas particulares, por relacionarse estrechamente con el orden público; razón por la que ha de estimarse cumplido el requisito C, puesto que el artículo 408 del Código Penal de Francia, según su reforma por Decreto de 8 de agosto de 1935, estima como abuso de confianza, con mayor extensión en lo personal y en lo normativo que nuestro artículo 535 definidor de la apropiación indebida al que equivale, pues castiga «a quien despoja o disipa en perjuicio del propietario, poseedor o detentador, los efectos, dinero, etc., que no le hayan entregado más, que a título de ... depósito, mandato ..., con la obligación de devolverlos o presentarlos, o de hacer de ellos un uso o empleo determinados», y agrava en el párrafo 4.º la penalidad imponiendo la más elevada sanción de reclusión, si el agente es un doméstico, o empleado u obrero a sueldo, pena que según el artículo 7 número 6.º, es aflictiva o infamante, dentro de la primera escala, y tiene una duración según el artículo 21, de cinco a diez años, lo que determina la plena aplicación de estas normas al caso de examen, que acogen indudablemente la conducta de la procesada y la reprochan típicamente, por apoderarse de 20.800 francos nuevos o 268.360 pesetas que a ella como cocinera y doméstica de un hotel de París, entregó su patrón, en depósito bajo recibo, para que se los guardase durante tres días por estar los Bancos cerrados, adueñándose de su importe y partiendo súbitamente para España.

A su vez, no consta demostrado por la parte procesada, a quién beneficiaba la justificación, que haya sido absuelta, indultada o penada en Francia, lugar del delito, y en este caso, cumplido la condena, lo que no puede presumirse porque al cometerlo se radicó en España, y no ha podido ser juzgada, y de serlo en rebeldía, no haya podido cumplir la sanción, resultando en todo caso prevalente el cumplimiento de la pena acordada en la sentencia recurrida que la que pudiera imponerse en el país extraño, es cuestión cuya decisión se determinaría en otro momento; razones todas que por determinar la existencia de tal excepcional principio de la personalidad, antes expuesto, conducen a la repulsa de dicho primer motivo de recurso, al producirse todos los requisitos constituyentes, y de perseguibilidad examinados y haberse aplicado rectamente, aunque de manera implícita, los preceptos indicados y que sin razón se dijeron infringidos (S. 10 abril 1970)

b) *Límites: Delimitación con la Jurisdicción Militar:* La especial contendiente entiende que por figurar interviniendo en delito de hurto de uso de vehículo de motor un soldado con otras dos personas desconocidas, es la jurisdicción ordi-

naria la llamada a conocer de lo que se ofrece como materia punible por virtud de lo dispuesto en la meritada regla competencial; y no es de aceptar esta tesis. no ya solamente porque de las actuaciones remitidas para la decisión del conflicto no existen indicios racionales de haber intervenido en el hecho inculcado otros sujetos a más del investido de la condición de militar en activo, sino porque no identificados aquéllos e imprecisada, pues, su cualidad de aforados o de no aforados falta el presupuesto fáctico necesario para la aplicación de la repetida regla, a más de que la jurisdicción común quedaría de hecho limitada a enjuiciar a la única persona conocida que, por ser aforada, debe ser juzgada por la especial militar con arreglo a lo establecido en los artículos 5.º y 13 del Código Castrense, sin perjuicio de que si llegaran a ser identificados los individuos que se dice acompañaban al soldado y carecieran de fuero, acreditándose, por otra parte, su participación en el delito, pueda promoverse de nuevo cuestión de competencia para que sea la jurisdicción ordinaria la que enjuicie a todos. (Auto 15 enero 1970.)

Al frenar bruscamente el conductor del automóvil para facilitar el adelantamiento del turismo a un camión que marchaba en dirección contraria y evitar que chocara con el suyo, fue alcanzado por el automóvil oficial P. G. C. 10.252 que, conducido por un Guardia Civil, iba detrás, produciéndose los daños y las lesiones que las diligencias instruidas indican; y así los hechos, según de lo actuado resultan, es indudable que el conocimiento de los mismos corresponde a la jurisdicción ordinaria por lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y regla 2.ª del artículo 19 del Código Castrense, pues aparece indicada responsabilidad para persona aforada y para otra excluida de fuero, con infracción por ellas, respectivamente de los artículos 99 y 30, ap. a), del Código de la Circulación. (Auto 17 enero 1970.)

Se plantea el problema de determinar si ha de entenderse como lugar de la comisión del hecho aquel en que se realiza la acción, o bien aquel otro donde el resultado se produce y aunque en el terreno doctrinal parece prevalecer el lugar del resultado lo es por razones de facilidad para la práctica de pruebas y en atención al lugar donde el orden jurídico ha sido perturbado, ninguna de las cuales, en este caso concreto, es suficiente para determinar la competencia de la jurisdicción castrense, con olvido de que la ordinaria por su fuerza atractiva debe ser llamada a conocer en todos aquellos casos que, como en éste ocurre, no tengan un expreso y perfecto encuadre en la especial contendiente, por lo que por aplicación del artículo 10 de la L. E. Crim., debe declararse competente para entender de los hechos la jurisdicción ordinaria y dentro de ella el Juzgado de Instrucción número 2 de los de Valencia y, eventualmente, la Audiencia de dicha Ciudad, solución que está de acuerdo con lo que ya resolvió este Tribunal en Sentencia de 14 noviembre 1906, en supuesto análogo al presente. (Auto 5 febrero 1970.)

b) *Competencia territorial: Casística:* Se desconoce el lugar donde la falsificación del documento se llevó a efectos que, determinaría la competencia del Juez de Instrucción del Partido correspondiente, establecida la regla 2.ª del artículo 14 de la L. E. Crim. y ante esa imposibilidad, es preceptivo acudir a las reglas de carácter supletorio del artículo 15 de dicha Ley, por el orden de pre-

lación en él fijado, la primera de las cuales atribuye la preferencia a los jueces del Partido en que se hayan descubierto las pruebas materiales del delito, lo que se realizó ante el Juzgado de Santa Coloma de Farnés el día 3 de agosto de 1967, al ser presentado el documento tachado de falso en unos autos civiles mientras en el Juzgado número 14 de Barcelona, no fue presentado hasta el día 9 de dicho mes y año, lo que demuestra ser el primero, a quien compete la investigación sumarial de la falsedad, precisamente por el carácter subsidiario, establecido en el párrafo penúltimo del mismo, también impugnado como no aplicado, cuando lo ha sido correctamente, sin tener tampoco aplicación los artículos 17 y 18 de la repetida Ley, por referirse a delitos conexos, ajenos a la cuestión debatida y porque en definitiva se desembocaría en la misma conclusión. (S. 20 abril 1970.)

Más que atender exclusivamente, para determinar cuándo se comete un delito, el lugar donde desarrolla su actividad criminal, el sujeto activo, o por lo contrario, el instante donde se realiza el resultado externo de la actividad dinámica de la infracción criminal, ha de estimarse que la correcta interpretación de la expresión «comisión» que emplea el artículo 14 núm. 2 de la L. E. Crim., permite estimarlo efectuado, en cualquiera de los lugares en que se manifiesten alguno de los actos o resultados exigidos normativamente en el tipo de que se trate, al no deberse seguir un criterio rígido, uniforme y teóricamente vinculante, en atención a la circunstanciabilidad cambiante de la «praxis», y a la diversidad de presupuestos de cada tipo y de su jerarquía axiológica, por lo que ha de valorarse en cada caso, la condición específica de cada infracción, bien en sus estructuras jurídicas y técnicas, bien en las dinámicas, de acuerdo con el matiz expresivo y singular del supuesto discutido, que por lo general, debe calificarse, con el empleo de un criterio de absoluta relatividad, que conduzca a la solución más adecuada.

En el caso concreto, dando efectividad a la doctrina acabada de exponer, es evidente que tanto el lugar de la actividad creadora delictual en lo material, falsedad de los documentos, como el sitio local donde se generó el resultado, si se ha de creer a la apreciación probatoria hecha, sin posible modificación para esta Sala la vía usada para el recurso, del núm. 1.º del art. 849 en el motivo tercero, pues no fueron admitidos los dos anteriores que se apoyaban en el número 2 de igual norma, ha sido realizada en Madrid, al asegurarse «que la elaboración o preparación de los documentos estimados como falsos, para solicitar del Ministerio de Comercio determinadas licencias de importación, fue hecha en Madrid, y en esta capital tuvieron efecto y fueron presentados en tal Ministerio», y como esta afirmación es inalterable, toda la argumentación de dicho motivo, que no respeta en absoluto tal hecho probado, y pretende alterarlo por la sola voluntad del recurrente, sin posibilidad técnica alguna, no puede ser tomada en cuenta, pues la precisión de que las mutaciones de verdad se hicieron en Mador (Marruecos) y en Málaga, no respetan la apreciación psicológica del Tribunal, único capacitado para efectuarla, y debe rechazarse confirmando el auto que estimó la competencia de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, pues aunque se quisiera en hipótesis admitir aquella infundada aseveración, lo cierto sería, que el lugar del resultado habría de ser el realmente

trascendente, en el delito de falsedad con proyección económica buscada y esto ocurrió en Madrid, al ser presentados para surtir efectos en organismos de esta capital, pues la alteración de la verdad, tendía a conseguir efectos sobre la importación de coches, que representaba la finalidad propuesta y el beneficio material pretendido; razones por las que debe inadmitirse tal motivo, al respetar la resolución recurrida el núm. 2.º del citado artículo 14 de la ordenanza procesal y la doctrina antes señalada máxime cuando el lugar de la actividad delictual que sin razón aduce el recurso se localiza esencialmente en una nación extranjera, y la efectividad de dinamismo, se producía únicamente en Madrid, gozando este lugar de una preponderante significación, a la que es necesario atender. (S. 26 enero 1970.)

El hecho perseguido en las actuaciones sobre qué versa esta competencia consiste en no haber sido satisfecho en Alicante el importe del alquiler del auto taxímetro contratado en Toledo para trasladarse el presunto inculpado desde esta última capital a la de Alicante; y de ello se concuye que de acuerdo con lo dispuesto en los núms 2.º y 3.º del artículo 14 de la L. E. Crim. la competencia para la instrucción de la causa y el conocimiento de la misma corresponde a los Tribunales de lo Criminal de la referida capital de Alicante por ser ese el lugar de la comisión del delito, ya que por tal hay que entender, según viene declarando esta Sala, aquel en que el delito se consuma, no donde se inicia; y en el caso contemplado, al tratarse de un delito de estafa que precisa de la conjunción de dos requisitos, engaño y lesión patrimonial, allí donde tuvo lugar esta lesión es donde se consumó el delito, que fue Alicante. sitio en que debió ser satisfecho el importe del servicio, pues si sólo se atendiera al factor engaño prescindiendo del otro requisito habría que reputar el delito frustrado como sostiene el Ministerio Fiscal de este Tribunal al propugnar la competencia de Alicante; por eso cuando no se trata de delitos de ejecución instantánea sino de los que en su ejecución precisan de un *iter criminis* el momento inicial no puede atraer la competencia, porque en aquel entonces no puede saberse si el delito llegaría o no a su perfección; y sin que esta doctrina, que es la seguida por esta Sala en los llamados delitos patrimoniales, se oponga a lo declarado al resolver una competencia en delito de cheque en descubierto, que el Juez de Alicante invoca para declinar su jurisdicción, porque este último delito, fuera del supuesto del último caso del artículo 535 bis del Código penal es de tipo formal que se consuma en el acto de la entrega del documento sin provocar desplazamiento de patrimonio por entregarse en pago de una deuda o solución de una obligación preexistente. (Auto 20 enero 1970.)

Suscitada cuestión de competencia por los Jueces de Instrucción de Antequera y núm. 8 de los de esta capital por rehusar conocer de los hechos que originaron las diligencias que incoó el primero al recibir una carta en la que se suponen calumniadas e injuriadas otras Autoridades, ha de ser resuelta, de conformidad con la doctrina expuesta en resolución de esta Sala de 4 julio 1942, 26 febrero 1952 y 6 marzo 1958, entre otras, en el sentido de señalar competente al primero de los Jueces nombrados por lo dispuesto en el artículo 14, número 2.º, de la L. E. Crim., porque entendiéndose a los solos efectos de decisión del conflicto que el delito que pudiera haberse producido es el tipificado

en el artículo 244 del Código penal, fue en Antequera y no en Madrid donde aparece consumado por ser allí donde se recibió el escrito y en donde fue conocido su texto, sin que influya para pronunciarse de otra forma que se diga en él que otras Autoridades y cierta Agencia informativa domiciliada en esta ciudad recibieron cartas de idéntico contenido, pues ni existe un principio de prueba que apoye estas manifestaciones ni cabe atribuir competencia al Juez de Instrucción núm. 8, que ningún proceso instruye por igual motivo, sino que ha de ser el de Antequera quien debe continuar la tramitación del que incoó, sin perjuicio de las acumulaciones que fueran procedentes por razón de conexidad, si llegara a darse ésta. (Auto 2 marzo 1970.)

B. Partes: a) *Legitimación en delitos privados*: En el juicio oral el hoy recurrente no planteó esta cuestión de la legitimación activa que ahora extemporáneamente suscita, como enteramente nueva en la casación con olvido de que deberes esenciales de lealtad procesal obliga, en términos generales, a plantear para su oportuno debate las cuestiones en la instancia, pues mal puede ser resueltas por el Tribunal de Instancia, si oportunamente no se promovieron. A mayor abundamiento, la lectura de la causa evidencia la clara y obstensible voluntad denunciante de la ofendida ya que cuando su madre presenta la inicial denuncia, lo hace por su encargo, aportando una declaración denunciatoria de la misma, y que posteriormente la voluntad de denuncia y persecución de los hechos sumariales procede de la propia R., actitud, que mantiene en todas sus declaraciones a través de la causa sin que en momento alguno actuara contra el seguimiento del proceso, por lo que real y prácticamente aparece evidente que el impulso denunciador, partió de la estuprada con lo cual ha de entenderse literalmente cumplida la exigencia del artículo 443 del C. P., que no aparece infringido, sino correctamente aplicado, debiendo tenerse muy en cuenta las peculiaridades reducibles de este precepto en cuanto a la legitimación para denunciar por examen del párrafo 4.º del artículo 443 que en orden a la «*disposición del proceso*», no faculta para extinguir la acción penal ni por perdón expreso ni por el presunto a la ofendida que tenga menos de 23 años, y que incluso en el párrafo siguiente en el interregno que media, entre los 21 y 23 años de la ofendida, supedita la eficacia del perdón por ella otorgado a la aprobación por el Tribunal oído el Ministerio Fiscal, todo lo cual pone de manifiesto la indudable existencia de nuestro Derecho penal de una prolongación de la minoridad de edad en este tipo de delitos, a efectos penales y con el indudable propósito de una mayor protección sexual de la mujer, todo lo cual repercute también de forma indudable, en el ejercicio de la acción penal para esta clase de delitos, pues inexplicable sería que pudiendo iniciarse la causa por la denuncia de la propia ofendida mayor de 21 años y que después no tuviera capacidad para extinguirla por perdón antes de haber cumplido los 23 años. (S. 2 marzo 1970.)

El artículo 443 del Código penal, establece una «*legitimatio preceptiva*», determinante de la denuncia inicial que origine el proceso penal, por alguna de las personas, que en orden disyuntivo y gradualmente excluyente señala, y que opera como una condición suspensiva y objetiva de procedibilidad, que a su vez es requisito obligado de punibilidad, en razón a configurar los delitos que en tal

norma se nombre, como privados, en los que el interés personal de carácter familiar y el respeto a la fama individual, tienen preponderancia, sobre el general o social también lesionado, pues en la comparación valorativa de ambos ocupa este interés comunitario un segundo lugar por lo que se somete su punición, a la voluntad de tales personas establecidas nominativamente, y que han de hacerla patente, ante la Autoridad Judicial, de manera evidente, o cierta. Dicha condición objetiva de procedibilidad y punibilidad, sólo puede oponerse en entredicho ante el Tribunal de instancia, bien porque este proclama su tutela de oficio y señale negativamente su ausencia, o bien porque impugnada por el procesado, o Ministerio Fiscal su presencia, se produzca un «dubio», que requiera la oportuna resolución fáctica y jurídica de aquel órgano jurisdiccional, pero si se ha cumplido dicho artículo 443 y se denunció el delito por la persona que se encontraba con legitimación suficiente, y ni la Audiencia hubo de poner de relieve ninguna anormalidad, ni por fin las partes tampoco la acusaron ni denunciaron, es evidente, que por ausencia de necesidad, tal Tribunal no tiene por qué en los hechos probados, ni en otra parte de la resolución, hacer declaración obligada de cumplimiento de dicha norma, que puede sin embargo facultativamente establecer; mas de generarse ausencia de oposición, y de consiguiente declaración jurisdiccional, no es posible en buena técnica penal, permitir, que en casación se articule, una cuestión nueva, que poniendo de manifiesto con omisión que acusa una normalidad en el proceder, por no ser necesario el pronunciamiento, tienda a conseguir deslealmente dejar sin efecto el castigo de una conducta punible y bien perseguida, toda vez que, en la casación, con su finalidad revisoria, sólo pueden plantearse aquellas cuestiones, que fueron presentadas por las partes en la instancia y objeto de la resolución del Tribunal, pero no las no formuladas e incluso aceptadas por las mismas, que no requirieron por ello decisión alguna, y como «factum novum» no pueden ser traídas al ámbito de la casación, contrariando el principio de la contradicción primero, y el de la correlación entre la función decisoria inferior y la revisoria superior (S. 14 marzo 1970.)

b) *Pluralidad de parte: Litisconsorcio pasivo*: No es cierto que el artículo 450 del Código penal, que se considera infringido, no consienta otra solución que la de que ambos procesados se hallen presentes en el acto de juicio oral, para oír lo que se les acuse, y que simultáneamente puedan defenderse de ello, ya que es lo único cierto que tal precepto lo que ordena es que no pueda dirigirse la acción criminal contra uno de ellos prescindiendo del otro, pues el párrafo 2.º ordena que la querrela habrá de deducirse contra ambos culpables, de modo necesario, sin otras extensiones de carácter procesal, y en este caso así se dirigió la querrela contra ambos, y el supuesto co-autor fue procesado, y en tal situación fue declarado en rebeldía, y ante la imposibilidad de concurrir ambos al acto del juicio, señalando éste para concurrir tan sólo la mujer querrelada, el ejercitante de la acción penal nada instó en su momento oportuno, para hacer efectiva su creencia que ahora formula, de que la rebeldía o el fallecimiento de uno de los presuntos adúlteros, hace imposible la continuación del juicio, lo que en términos generales tampoco puede afirmarse. (S. 20 marzo 1970.)

2. OBJETO DEL PROCESO: A. *Acción en delitos privados*: «Instar» ante los Tribunales no es otra cosa que ejercitar la acción penal por medio de la correspondiente querrela, a diferencia de la denuncia que se limita a poner en conocimiento del Juez o Tribunal la perpetración de un hecho que se estima delictivo, cosa que se evidencia con la simple lectura de los artículos 259 y 270 con sus concordantes de la L. E. Crim. y especialmente de los artículos 275 y 278 entre otros que hablan de querrela a instancia de parte instar el procedimiento, etc. y quedan a conocer la sustancial diferencia entre una y otra manera de iniciar el proceso judicial penal, y la necesidad de circunscribir la locución discutida del artículo 94 a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por querrela del agraviado, no a los que no necesiten tal requisito, aunque no puedan reputarse públicos, sino semipúblicos, cuando esté limitada la facultad de denunciarlos a ciertas personas o entidades, que es lo que ocurre con el delito de abusos deshonestos que motiva el presente recurso, que no precisa de querrela para ser perseguido, por lo que cae fuera del ámbito del citado párrafo 2.º del mencionado artículo 94 del Código, sino de la mera denuncia según el artículo 443 del mismo, y no vinculada al ofendido o a sus parientes o representantes legales, sino extensiva al Ministerio Fiscal, Junta de Protección de Menores y Tribunal Tutelar de éstos al tratarse de menores de dieciséis años. que es el caso enjuiciado, porque como tiene declarado esta Sala, el patrimonio moral de esos menores es un bien jurídico de la sociedad que el Estado no puede dejar sin protección ante el posible abandono de sus guardadores o representantes legales; y de aquí que en el ejercicio de esa función tutelar del Estado, el citado artículo 443 precise que el perdón otorgado por esos representantes sea aprobado por el Tribunal, oído el Ministerio Fiscal, precepto que sería burlado, si, después de denegada esa aprobación, como consta acacéció en el caso que se examina, se dejara el cumplimiento de la pena en manos de unos padres que ya fueron rechazados por el Tribunal para salvaguardar el pudor de su hija; por eso ese mismo artículo habla no sólo de que continúe el procedimiento en caso de rechazar el perdón, sino también de la ejecución de la pena. (S. 22 enero 1970.)

B. *Acumulación del proceso*: En primer término es preciso resolver la cuestión planteada por el Ministerio Fiscal entendiendo que la resolución impugnada, denegatoria de la acumulación solicitada no es susceptible de recurso de casación porque expresamente la Ley así no lo dispone, por cuanto previniendo el artículo 848 de la L. E. Crim., que contra los autos definitivos dictados por las Audiencias sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de Ley en los casos en que la Ley lo autorice de modo expreso, sin que tal recurso aparezca conferido contra los autos denegatorios de la acumulación de proceso. Si se tratara de la aplicación de preceptos sustantivos penales y con ellos se intentara al aplicarlos analógicamente crear responsabilidades penales extensivas, la aplicación de tales criterios analógicos estaría prescrita; pero como la cuestión debatida es meramente procesal, razones de lógica obligan a tener en cuenta la modificación del artículo 889 de la L. E. Crim., llevada a cabo por la Ley de 8 abril 1967, que tolera, que no sólo las causas que no han sido juzgadas sino incluso cuando hayan recaído condenas firmes que

pueden hasta llegar a emanar de distintos Tribunales, sea posible solicitar y obtener en su caso si procediere, la acumulación, cabiendo contra el auto que resolviendo sobre la misma se dicte el recurso de casación, de cuyo precepto se infiere, sin lugar a duda, que por razones de economía procesal es mucho más lógico, que cuando las causas no están todavía falladas y puedan ser resueltas en la privativa función de la acumulación en un solo proceso y en una sola sentencia con plena y total unidad de criterio, razones obvias de simplificación permitan que el auto denegatorio de la acumulación dictado en trámite, pueda ser, por igualdad de supuestos y por plena analogía, susceptible del presente recurso de casación.

Basta examinar las tres causas, sus autos de procesamiento, las actas acusatorias, los hechos imputados a las circunstancias de ejecución, para advertir que estamos sin duda en un clarísimo supuesto de conexidad delictiva comprendido en el núm. 5.º del artículo 17 de la Ley que considera como tales delitos conexos «los que imputan a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos si tuvieran analogía o relación entre sí a juicio del Tribunal y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados», precepto que debe conectarse con el artículo 300 de la propia Ley que manda que los delitos conexos se comprendan en un solo proceso, y siendo idéntica la realización de los hechos, el imputado, la forma de ejecución, la proximidad de fechas, el bien jurídico violado no cabe dudar de la conexidad que hace procedente la acumulación solicitada, sin que obste la disparidad de sujetos pasivos porque sin prejuzgar la calificación que en definitiva merezcan los hechos perseguidos, cabe ya desde este momento entender que posiblemente nos encontramos ante un «delito masa» figura peculiar del «delito continuado» en que se parte de una unidad de ideación delictiva y de una serie de medidas de ejecución del unitario propósito criminoso en el que figuran como destinatarios y sujetos pasivos, una masa de personas en principio indeterminadas a las cuales con identidad de medios se intenta defraudar. El denegar la acumulación solicitada podría suponer cerrar las posibilidades de sancionar todas las actividades delictivas que se comprenden en las tres causas como un verdadero «delito masa» y excluir de antemano si se llegan a considerar delitos separados, la modificación introducida en la regla 2.ª, párrafo 2.º, del artículo 70 del Código penal, por la meritada Ley de 8 de abril 1967, y dar lugar a que la acumulación que hoy se deniega tuviera que concederse después cuando ya hubieran recaído sentencias distintas en las tres causas, con la evidente pérdida de tiempo y la falta de unidad de criterio que pudiera provenir del enjuiciamiento separado de los tres procesos, sin que se oponga a la acumulación razones de irretroactividad, porque de una parte: en el aspecto penal si llegara a aplicarse la meritada regla 2.ª del artículo 70 lo sería con un criterio más beneficioso para el reo que haría aplicable al artículo 24 del Código que impone la retroactividad de la Ley penal más beneficiosa; y en el aspecto procesal porque realmente no hay problema de retroactividad ya que la norma general es que se aplique a cada estadio del proceso salvo disposición expresa en contrario, el precepto procesal que rija también en cada momento y por consiguiente, si la modificación del artículo 17 aun siendo posterior a los hechos de autos, amplía el ámbito de aplicabilidad del apartado 5.º del ar-

título 17 ninguna razón hay para que la acumulación solicitada no pueda acordarse. (S. 6 febrero 1970.)

3. EL PROCESO PENAL «STRICTU SENSU»: A. *Prueba*: a) *Alcance de la «pertinencia»*: La facultad de pedir pruebas no es absoluto ni ilimitada en cuanto a su permisión y práctica y si bien el artículo 659 se limita a declarar que deben admitirse las diligencias probatorias pertinentes y rechazar las demás, aunque la Ley en este artículo no contiene directrices que permitieran conocer el criterio legal sobre qué diligencias son pertinentes y cuáles no, cabe inferirlo del artículo 311 y concordantes que mandan rechazar las diligencias probatorias que se consideran inútiles o perjudiciales; pudiendo afirmarse, en términos generales, que primero en la esfera instructoria y después en el plenario, son diligencias pertinentes las que tiendan a comprobar: de una parte, la existencia e inexistencia del delito; y de otra a la averiguación del delincuente, si estimándose existente base delictiva procedía la averiguación de su autor; debiendo entenderse por pertinentes aquellas diligencias probatorias que por venir correctamente propuestas, por tener relación con los hechos controvertidos; y poder ser eficaces para justificarlos, deben ser admitidas y practicadas, mientras que por el contrario deben ser rechazadas las que no se refieran a los hechos inculcados, o no puedan tener eficacia práctica para su justificación requiriéndose que las pruebas a practicar sean concordantes y congruentes, bien con los hechos que la parte que las haya propuesto hubiere sentado, en cuyo caso serán «corroborantes», o bien con las negaciones o hechos contrarios que se establezcan en las calificaciones en que se impugnan los acusatorios, en cuyo caso estaremos ante verdaderas «contrapruebas»; sirviendo también como criterio para resolver sobre la pertinencia, la finalidad que con las pruebas propuestas intente obtenerse, en función y relación con los problemas debatidos, en el procesc, de tal forma, que todo lo que no sea eficaz para tal esclarecimiento de los hechos controvertidos, o que no pueda tener influencia en el fallo definitivo, debe ser rechazado por notoriamente impertinente. (S. 21 marzo 1970.)

b) *Protesta por denegación en tiempo hábil*: Según expresa el apartado 4.º del artículo 659 de la Ley Procesal contra la denegación de la práctica de prueba, deberá prepararse el oportuno recurso (el presente de casación) con la correspondiente protesta, cosa que no realizó el aquí recurrente, limitándose a esperar el acto del juicio para hacer la tardía protesta, con lo que queda aclarado la inviabilidad de la práctica de la prueba en el acto del juicio, y en definitiva en este motivo de recurso de forma. (S. 27 enero 1970.)

B. *Crisis procesales: Conformidad del acusado: Acto propio*: La conformidad que los procesados pueden prestar en el acto del juicio con la anuencia de su Letrado defensor con la calificación delictiva y con la pena más grave de las solicitudes por las acusaciones, cuando tal pena no exceda de prisión menor, es un acto procesal de disposición que tiene el inmediato efecto de interrumpir la celebración del juicio y provocar que, sin más trámites, se dicte sentencia, si bien esta confesión no es en absoluto vinculante para el Tribunal sentenciador, que puede, a pesar de la misma, absolver si estima que los hechos no son delictivos; esta sentencia, si absuelve, puede ser recurrida por las partes acusadoras y, si

impone pena superior a la pedida, puede ser impugnada por el acusado, pero, si se dicta en absoluta coincidencia con el acta de acusación más grave, no puede ser recurrida ni por las acusaciones ni por el acusado, a quien no es dable ir contra sus propios actos dispositivos, porque, si aceptó ser autor del delito y estar conforme con la pena solicitada, no puede contradecir la sentencia perfectamente adecuada y congruente con su conformidad, pues esta sentencia no es consecuencia del juicio oral contradictorio a que se refiere el artículo 741, sino de un auténtico convenio, de un paladino reconocimiento de la responsabilidad contraída, que no cabe después contrariar, no siendo incluíble en el artículo 847 de la Ley, por lo que la impugnación que intenta combatir lo que antes consintió, incide en la causa de inadmisión 2.^a del artículo 884 de la Ley, como reiteradamente ha declarado la doctrina de esta Sala, entre otras, en la S. de 23 junio 1967 y el auto de inadmisión de 8 febrero 1966. (Auto 12 marzo 1970.)

C. *Terminación*: a) *Anormal: Sobreseimiento e instrucción por acusación falsa*: Considerando que versa el motivo del recurso sobre la condición objetiva de procedibilidad, impuesta en el párrafo 2.^o del artículo 325 del Código penal definidor del delito de acusación y denuncia falsas, porque dictado sobreseimiento provisional en él se mandó instruir la presente causa contra el ahora procesado; arguye el recurrente que no puede sancionarse pues no es firme el sobreseimiento anterior, doctrina cierta con carácter general, ya que únicamente son firmes la sentencia y el auto contra los cuales sólo proceda el recurso de revisión, más en la actual causa se observa que la Sala provincial dictó sobreseimiento provisional, cuando el procesado confesó que su denuncia se debió a confusión con otro coche robado y, en lugar de sobreseer libremente, según ordena el núm. 1.^o del artículo 637 de la L. E. Crim., desaparecidos los indicios de haberse perpetrado el hecho que había dado motivo a la formación del sumario, pues después de la confesión resultó en realidad inexistente, sin vida real, decretó sobreseimiento provisional: esta decisión judicial no impidió que el Tribunal originario mandase, conforme al artículo 638 de la mencionada Ley procesal y como en caso del libre que tampoco tenía acceso a la casación por no haber procesado, abrir el actual procedimiento, en el que ninguna de las partes objetó la falta de la aludida condición, y se presenta ahora como problema nuevo, no debatido y como cuestión de fondo en el motivo interpuesto por el núm. 1.^o del artículo 849, que ahora se desestima. (S. 27 abril 1970.)

b) *Sentencia: Planteamiento de la tesis*: Acusado el recurrente de un delito de parricidio con la agravante de alevosía, el Tribunal provincial sancionó por el mismo delito con la circunstancia de abuso de superioridad, sin emplear el artículo 733 de la L. E. Crim., precepto que no conculcó, pues no se usará de esta facultad excepcional, según el párrafo 3.^o de dicho precepto, para corregir los errores en la apreciación de las circunstancias modificativas ordinarias, ni su utilización puede revisarse por el núm. 4.^o del artículo 851 de la Ley procesal, a no ser cuando se pena un delito más grave que el acusado, y la circunstancia 8.^a del artículo 10, ordinaria, fue aplicada a un mismo delito de parricidio, no a otro más grave. (S. 18 febrero 1970.)

4. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO: *Recurso de casación*: a) *Escrito de preparación: cómputo de plazo «pro reo»*: El escrito preparando el recurso de casación, según el artículo 856 de la L. E. Crim., ha de presentarse ante la Audiencia, dentro del plazo preclusivo del ejercicio del derecho, de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia, so pena de incurrir en la causa de inadmisión decretada en el número 4.º del artículo 884 de la propia ordenanza procesal; pero esta repulsa no puede efectuarse en el caso de examen, porque teniendo la sentencia fecha 8 julio 1968, aparece notificada al Fiscal el mismo día, y en diligencias separadas a los Procuradores de las partes acusadora y defensora, resultando ilegible la fecha en la primera de éstas, y sin establecerse ninguna en la última, lo que produce la duda racional sobre el instante en que se efectuó la postrera notificación a partir de la cual arrancaba el plazo, que pudo ser posterior al referido día 8, en cuyo supuesto la apelación estaría dentro del mismo, debiendo así estimarse, ante la admisión realizada por la Audiencia, que debía vigilar su cumplimiento y que no puso de manifiesto ninguna anomalía, y por favorecer esta interpretación al reo, permitiéndole el acceso a la casación para revisar la sentencia, con la procedencia o improcedencia de su aflictiva condena en ella reprochada. (S. 10 abril 1970.)

b) *Adhesión improcedente*: La adhesión al recurso de casación que autorizan los artículos 861 y 873 de la L. E. Crim., de acuerdo a la misma de ese especial motivo de disentimiento de la resolución y de la jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta, no puede consistir en un nuevo recurso sin relación con el preparado, sino que debe referirse a éste, aun cuando se apoye en motivos diferentes, pues adherirse significa asociarse al recurso y unirse a él complementando los esfuerzos en pos de un común objetivo, dando nuevas razones que apoyen la tesis mantenida, dentro de los mismos fundamentos, pues de no ser así, y ejercitar contradictorias pretensiones, no se produciría adhesión, sino que se formalizaría un nuevo recurso, cuando el derecho para ejercitarle había caducado; doctrina la indicada que se ha establecido en sentencias múltiples de esta Sala, entre las que citar las de 3 de junio 1885, 2 marzo 1932, 1 febrero y 30 noviembre 1954, y 17 abril y 6 y 8 octubre 1958, y que produce la consecuencia de no poder admitir el único motivo de casación articulado por acusador privado, pues alegando emplear la vía de la adhesión al recurso, sin embargo, produce la paradoja de articular su motivo único antes de que lo hiciera la parte condenada y recurrente, sin conocer en qué se iba a fundamentar ésta y al margen del contenido del recurso de la misma, pues tiene su apoyo en infracción de la Ley y la inexistencia del delito o en su caso en la presencia de una falta, y el adherente pide a su favor a la agravación de la sentencia en el orden económico por la vía no utilizada antes del número 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim.; pero tampoco puede ser admitido tal motivo de recurso, por apoyarse fundamentalmente en un informe médico, como si se tratara de un documento auténtico, siendo así que no lo es, por no tener contenido de certeza, y sí de medio valorativo para el Tribunal, agregándose además en abstracto otros documentos justificantes de servicios médicos, que no precisa en qué folios se encuentran, ni su reconocimiento, y que carecen además por su esencia de las condiciones de autenticidad precisa el fin

propuesto, por lo que se incurre en las causas de inadmisión 4.º y 6.º del artículo 884 de la L. E. Crim. (Auto 8 abril 1970.)

c) *Motivación en el de infracción de Ley:* a') *Al amparo del número 1.º del artículo 849: Infracción de precepto penal sustantivo:* El recurso de casación por infracción de ley del artículo 849, número 1.º de la L. E. Crim., ha de fundarse indispensablemente, según su propia literalidad, en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo, u otra norma jurídica del mismo rango que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, sin que resulte posible sustituir la invocación de preceptos sustantivos incluidos en leyes de naturaleza penal, por la infracción de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, contenida en su sentencia, pues, a diferencia de lo que sucede en el orden civil, no se autoriza en el criminal, el recurso de casación por lesión de doctrina legal, por no existir en el derecho penal más fuente de derecho que la ley, aunque la jurisprudencia sirva de norma interpretativa, pero sin fuerza de obligar; por lo que, al articularse el primer motivo de casación por la vía citada y alegando la violación de la doctrina de dos sentencias de esta Sala, es visto que se incidió en la causa de inadmisión primera del artículo 884 de la ordenanza procesal indicada. (Auto 29 abril 1970.)

b') *Al amparo del número 2.º del artículo 849: Documento auténtico:* El documento auténtico de la Ley lo reconoce y le concede efectos casacionales, y sin embargo no lo define, ni lo enumera exhaustivamente o, al menos, «ad exemplum», y no hay que pensar que esta interrogante la dejó sin contestar por olvido, sino que lo hizo con la loable finalidad de que se pudiera proceder con elasticidad de criterio en cada caso concreto, para atribuirle o reconocerle esa privilegiada condición a aquellos que en lo externo la tengan por sí mismos y que en lo interno la merezcan, porque su contenido tenga fuerza suficiente para contradecir y destruir el relato probatorio y que ellos mismos no estén desvirtuados por las pruebas practicadas y más bien tengan puntos de apoyo en las mismas, de aquello que acreditan. (S. 6 febrero 1970.)

A efectos del recurso de casación entablado por la vía del número 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim., los documentos privados, sólo pueden ser estimados como auténticos, para sobre sus manifestaciones basar la existencia del error de hecho, demostrativo de la equivocación evidente del Juzador, cuando tal prueba preconstituida particular haya sido reconocida como legítima, íntegra e incondicionalmente por los otorgantes, tanto en su firma autorizante como en su contenido, y uno de ellos sea el presunto inculpado, y lo haya tenido en estima el Tribunal al valorado, debida o indebidamente, en su resolución, pero siempre que aquél contenido albergue sin duda expresiones de verdad, derivadas según su naturaleza, de resultar un documento decisivo, e indiscutible, que imponga por sí mismo, su manifiesto alcance, y el error primario cometido, por afirmarse cosa diversa a la exactitud que proclama, y condición de que otras pruebas no desvirtúen su autenticidad. (S. 20 febrero 1970.)

Una diligencia de reconstitución de hechos que tuvo por única base las manifestaciones del inculpado carece en absoluto de autenticidad, como también las conclusiones que el Instructor deduce, que no son verdades incontrovertibles sino

subejtivas apreciaciones del funcionario judicial que no tienen la calidad de verdades absolutas ni eran vinculantes para el Tribunal de Instancia, quedando sólo, con las características de auténticas, aquellas apreciaciones, puramente objetivas, de lo que el Juez vio y apreció por directa percepción sensorial, que se limitaron a una descripción fiel y auténtica de la topografía del terreno; de las circunstancias del muro en el que se apoyaron durante su lucha los contendientes, y del desnivel por el que cayeron durante la misma, todo lo cual se refleja en la resultancia probatoria y ha sido por consiguiente tenido en cuenta, sin que de los elementos, verdaderamente auténticos de la inspección ocular se deduzca nada que ponga de manifiesto el error que se denuncia. (S. 28 enero 1970)

d) *Motivación en el de quebrantamiento de forma:* a') *Al amparo del número 3.º del artículo 850; Prohibición de prestar testimonio:* Este número 3.º, sólo se refiere según su texto literal, a los testigos, pero no a los interesados o procesados, y así lo tiene reconocido esta Sala en su antigua sentencia de fecha 17 junio 1884, al decir que cuando la pregunta rechazada no ha sido dirigida a un testigo, sino al mismo procesado, la Ley no autoriza el recurso. (S. 24 enero 1970.)

b') *Al amparo del número 4.º del artículo 850: Desestimación de preguntas capciosas:* Conforme al texto del número 4.º, aunque se entienda que la pregunta en cuestión fuera capciosa, sugestiva o impertinente, no se autoriza que se haga precisamente a las partes, sino a peritos o testigos, y en el caso en que así se hiciera a las partes, se requiere que ella tuviere verdadera importancia para el resultado del juicio, lo que aquí no podía ocurrir, porque siendo objeto de examen los inculpados en el acto del juicio, y teniendo plena y absoluta libertad de expresar cuanto estuviera a tono con lo relativo a su actuación en los hechos, no tenían más que expresarse debidamente (pues no alegan falta de libertad de expresión en el juicio oral), y no pueden alegar indefensión alguna. (S. 24 enero 1970.)

c') *Al amparo del inciso 1.º número 1.º del artículo 581: Falta de claridad en los hechos probados:* El artículo 851, número 1.º, inciso 1.º de la L. E. Crim., otorga recurso de casación por quebrantamiento de forma, contra las sentencias incongruentes por falta de lo que debe ser su lógica redacción, al no expresar clara y terminantemente los hechos declarados probados, esenciales para el juicio de posterior calificación jurídica, y que integran la premisa menor de la resolución, defecto que prescribe la redacción confusa, oscura o ambigua, más o menos incomprendible, así como la que sea dudosa o ambivalente, por carecer de declaraciones concluyentes e imperativas; pero tal recurso, no autoriza a incluir dentro de su contenido, por su misma naturaleza y dimensión esencial, la omisión absoluta de cuestiones propuestas por las partes, que tienen su vía en el número 3.º de igual norma, ni siquiera su parcial complementación o aceptación de la tesis contraria propuesta, que exclusivamente puede solicitarse por el cauce del número 2.º del artículo 849 de la misma ordenanza procesal, si es que existen documentos auténticos en que poderla basar, pues de otra manera no es posible su formulación y acceso a la casación. (S. 23 febrero 1970.)

No se ataca falta de claridad, en modo alguna achacable al hecho probado, redactado con absoluta precisión, sino a no consignarse en él, la afirmación de

haber quedado casi parado el vehículo conducido por el inculpado en el mismo paso de peatones a consecuencia de la frenada efectuada, como se desprende del croquis levantado por la Agrupación de Tráfico, concepto que si no fue incluido en la resultancia fáctica, además de no restarle claridad, sin duda obedeció a que la Sala en uso de su libérrima libertad para la apreciación de la prueba, no lo estimó suficientemente probado, entre otras razones, por no constituir prueba plena de riguroso acatamiento el plano levantado por la Guardia Civil, no teniendo más valor que el de simple diligencia probatoria a conjugar por el Tribunal «a quo» con el resto de la practicada en autos. (S. 11 febrero 1970.)

La circunstancia de que el Tribunal de Instancia haya podido determinar, que entre las fechas que se indican —febrero de 1961 y 15 septiembre de 1965— se apoderó el recurrente e hizo suyas 650.233,47 pesetas de los fondos que como cajero tenía confiados, propiedad de la Campsa; y que no se haya podido concretar, por deficiencias probatorias, los apoderamientos parciales que llegaron a integrar la expresada suma totalizada y las respectivas fechas, no constituye la infracción formal de falta de claridad en los hechos probados que en el primer motivo se denuncia como comprendida en el número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., pues todo es claro en el resumen probatorio y se expresa lo que se ha podido concretar, sin que la imposibilidad de fijar la fecha y cuantía de las apropiaciones parciales suponga oscuridad ya que los Tribunales de Instancia no están obligados a lo imposible, y es perfectamente compatible que hayan podido precisar el todo apropiado, pero no los parciales y sucesivos apoderamientos ni en lo relativo al tiempo de cada uno, ni a la respectiva cuantía. No se ha cometido por consiguiente la infracción aducida. (S. 13 febrero 1970.)

d') *Al amparo del inciso 3.º del número 1.º del artículo 851: Predeterminación del fallo:* Para que no se confundan e imbrinquen, dos funciones, lógica y jurídicamente diferentes, dentro de la sentencia judicial, la primera, previa y expresiva de la conducta humana, cuyo contenido debe relatar, llana y circunstancialmente, y la segunda, posterior, que califique a la luz del derecho punitivo, su alcance en orden al reproche de culpabilidad, y con la finalidad de eludir la inicial predeterminación del fallo resultante, el artículo 852 núm. 1.º, inciso 3.º de la L. E. Crim., prohíbe, bajo el amparo del recurso de casación, que en los hechos probados, se empleen conceptos jurídicos, que anticipen el juicio final o decisión, extemporánea e indebidamente; pero según reiterada doctrina de esta Sala, lo que se repudia en tal norma y motivo, es el uso exclusivo en la premisa fáctica, de expresiones técnicas, de matiz sustantivo, y peculiares por su estricta juridicidad, sólo utilizadas por los especialistas del derecho, a quienes únicamente resulta su significado aprehensible, y que además sean mera repetición de las expresiones empleadas por el legislador, para proclamar la esencia o núcleo del tipo penal, no gozando de tal protección y efectos, las palabras, que empleadas en la norma, no sean técnico-jurídicas, sino de contenido vulgar, cuya significación gramatical y semántica, sea conocida por cualquier persona o cultura media. (S. 4 febrero 1970.)

Predeterminan en el fallo los conceptos de resistencia y deseos lúbricos, insertos en el resultando primero de la sentencia recurrida, como todos los hechos que han de ser valorados penalmente, pero no son estrictamente jurídicos: ele-

mento objetivo el primero expresado en término vulgar no utilizado por el legislador, y el segundo factor subjetivo necesariamente contenido en los mismos actos obscenos, no autorizado por conocimiento facultativo o judicial lascivos por naturaleza y movidos de este propósito; no ha lugar al quebrantamiento de forma. (S. 10 febrero 1970.)

Las expresiones «valido de las facilidades que su empleo le proporcionaba» y «se apoderó e hizo suyas en perjuicio de su entidad patronal» no son conceptos exclusivamente jurídicos aunque indudablemente tengan trascendencia en derecho, sino que se trata de vocablos de uso corriente, de fácil entendimiento, por medio de los cuales los Jueces de instancia relatan unos hechos integradores de la conducta inculpada, pues con éste o parecido léxico han de exteriorizar su versión de hecho referente a que el inculcado se prevalió de la facilidad de actuación que el desempeño de su empleo le deparaba, y también que su actuación consistió en apoderarse de cantidades confiadas a su custodia, pero sin que las frases utilizadas sean otra cosa que hechos, actos y conductas que adecuadamente se relatan para subsumirlos después, correctamente, en la tipicidad penal que los encuadra. (S. 13 febrero 1970.)

Se denuncia el empleo de conceptos jurídicos en la narración histórica de la sentencia, a los que se hacen consistir en que, con referencia a la gestión que había de llevar a efecto el procesado, se dice lo siguiente: «que en su ánimo no estaba el realizar, sino que, por el contrario, con intención de beneficiarse de las cantidades que había recibido...»; y no puede acogerse el motivo en cuestión, porque las expresiones utilizadas por el Tribunal «a quo» no llevan inevitablemente por conceptos jurídicos a los pronunciamientos de condena, pues ni pueden como tales valores por no formar en el tipo penal aplicado ni requerir su comprensión especiales conocimientos de Derecho, sino que se trata tan sólo de locuciones vulgares de frecuente uso y fácil entendimiento por persona de elemental cultura, las cuales consideró el juzgador oportuno consignar en su sentencia porque con ellas o con otras de significación análoga había de poner de manifiesto lo realizado por el recurrente para cumplir la misión de juzgar que le estaba encomendada. (S. 19 febrero 1970.)

Los conceptos jurídicos que predeterminan el fallo, a que se refiere el artículo 851, número 1.º de la L. E. Crim., que eliminan el mecanismo lógico argumental de la sentencia anticipando anacrónicamente la condena, han de estar constituidos por aquellas expresiones consignadas en los hechos probados, que tengan condición técnico-jurídica penal estricta, por constituir la esencia de la infracción criminal que se expresa en el tipo penal, resultando exclusivamente aprehensibles en su significación semántica a los juristas, y no también a las personas de cultura media, por no resultar de lenguaje común o vulgar, que es el que debe emplearse en la narración de las conductas a juzgar, no dando siquiera lugar al quebrantamiento de forma con la repetición de algunas palabras de la norma, si su significación no es sólo jurídica. (S. 20 febrero 1970.)

Se destaca la frase que aludiendo a la niña de... «la hizo objeto de tocamientos lúbricos, pues estima el recurrente que ello equivale a «tocamientos deshonestos» que constituyen la propia tipicidad del delito; y ha de ser desestimado porque de ser aceptada la tesis, con este juego de similitudes y equivalen-

cias de significados, que siempre podrían alegarse, dada la variedad de significados del extenso vocabulario español, se vieran los Tribunales de instancia la casi totalidad de las veces, imposibilitados de relatar los sucesos, sin incurrir en esta falta; y no es eso lo que quiere la Ley, pues lo que se trata de evitar es que una palabra o frase de eminente significado jurídico sustituya a la relación circunstanciada, en todo o en parte principal, de los hechos que han de servir de fundamento al fallo a través del razonamiento que lo justifique; que no es lo que aquí observamos, pues si se suprime la palabra «lúbricos», al mismo fallo condenatorio había de llegarse, ya que en sus tocamientos, expresa el relato, llegó el procesado a «restregar su pene en los muslos de la niña», acción cuya deshonestidad no puede ponerse en duda. (S. 20 marzo 1970.)

El mismo recurrente, al confesar que la figura del delito continuado no aparece en el C. P., inutiliza el número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., que en el inciso 3.º prohíbe la inserción en el fallo de conceptos jurídicos positivos, ya que el empleo de los vocablos de la jurisprudencia no está determinado por una nomenclatura prefijada y rigurosa, conceptos de lógica jurídica extraídos del conjunto del derecho; la unidad de intención es frase de psicología general que describe un hecho anímico y si, a la vez, sirve para unificar los actos parciales de una acción, está compuesta de palabras vulgares que no tienen sólo valor jurídico, son comprensibles a los no versados en derecho y resultan de la prueba practicada; son hechos bien colocados en el relato y predeterminan el fallo como todos los datos reales, sometidos seguidamente a la valoración para integrar el delito. (S. 20 marzo 1970.)

Incurrir en el defecto de predeterminación del fallo, previsto en el inciso 3.º del número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., la sentencia que omite la relación narrativa de los hechos con sus detalles y características punible para que sirvan de base a su acertada calificación jurídica y sintetizando, sustituye estos detalles fácticos por la palabra o frase que con exclusividad y matiz jurídico fue utilizada por el legislador para definir el delito o destacar las circunstancias que puedan ser aplicables en atención a las formas comisivas o a la persona del ejecutor; pues en este segundo supuesto priva al Tribunal de casación de poder hacer la censura de la sentencia impugnada, por haber quedado cubiertos los hechos por la espesa niebla producida por la síntesis que hizo el juzgador valiéndose de conceptos definidores del delito a cuya estimación y sanción conducen necesariamente. (S. 13 abril 1970.)

e') *Al amparo del número 3.º del artículo 851: No resolución de todos los puntos objeto de debate:* Si bien la sentencia en sus conclusiones definitivas, redactó los hechos según estimó habían sucedido, apreciando respecto de los mismos, la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal del número 9 del artículo 9, del C. P., el Tribunal al valorar la prueba, en uso de sus facultades soberanas en el resultado de hechos probados, no estimó probada la existencia de la atenuante y de ahí su no inclusión en el mismo, quedando embebida en el relato, con los argumentos suficientes para desvirtuarla, desestimándola implícitamente, sin necesidad de razonamiento posterior justificativo, limitándose a consignar como prueba de su constancia, en el tercer resul-

tando la petición de la defensa demostrando con ello haberse tenido en cuenta al efectuar la calificación legal de los hechos. (S. 27 enero 1970.)

Se atribuye a la sentencia el defecto de no resolver sobre el precepto penal infringido por el procesado y la agravante específica del párrafo 5.º del artículo 565 del C. P. de que acusó al Ministerio Fiscal, ni contener tampoco pronunciamiento sobre el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación cuya condena pedían las acusaciones; motivo que no puede ser acogido, a saber: el primer extremo, por carecer en absoluto de fundamento al estar en desacuerdo con el texto de la sentencia, pues en ésta se hace contar que el procesado fue acusado de un delito de imprudencia temeraria del artículo 566 párrafos 1.º y 5.º del citado Código, acusación que es acogida y razonada en el primer Considerando donde se dice que los hechos probados son constitutivos de ese delito, pero sin la agravante del párrafo 5.º y luego el Fallo, se hace el pronunciamiento adecuado condenando por un delito de imprudencia temeraria «sin la concurrencia de circunstancias modificativas»; o sea que resolvió explícitamente la cuestión propuesta sin tener que volver a citar en el fallo por no ser procedente el artículo infringido al constar ya en la parte adecuada de la sentencia, pues en los Considerandos y no en el Fallo, es donde se han de consignar los fundamentos doctrinales y legales según dispone el artículo 142 de la citada ley procesal; y el segundo extremo, porque aparte de la falta de legitimación del procesado para accionar en nombre de los perjudicados que son los únicos a quienes puede afectar la existencia de quien asegure la responsabilidad civil subsidiaria, ya que la directa del condenado no puede eludirse ni es afectada por la otra, el Fondo Nacional de Garantía es institución supletoria de las entidades aseguradoras para el caso de inexistencia del Seguro Obligatorio, y por tanto al contener la sentencia el pronunciamiento adecuado sobre la Sociedad Anónima que tenía concertado el Seguro —la Assicuratrice Italiana— no tenía que hacer pronunciamiento alguno sobre aquel Organismo. (S. 27 enero 1970.)

Se alega no resolver la sentencia todos los puntos objeto de la acusación y defensa, al no referirse a la conclusión definitiva de éste, apreciando la existencia del caso fortuito o alternativamente ser los hechos constitutivos de una falta prevista en el artículo 586 número 3.º del C. P., debe seguir la misma suerte desestimatoria del motivo anterior, por haber quedado dicha conclusión completamente resuelta, al estimarse en el primer Considerando los hechos, integrantes del delito de imprudencia temeraria, comprendido en el párrafo 1.º del artículo 565 del C. P. (S. 11 febrero 1970.)

Se atribuye a la sentencia los defectos de no resolver sobre la no existencia de domicilio conyugal al vivir el matrimonio en el de la madre de la procesada. ni hacer pronunciamiento sobre las costas, como había sido pedido por las acusaciones; motivo que no puede ser acogido:

a) Porque la cuestión referente al domicilio del matrimonio fue expresamente resuelto por la sentencia al declarar en los hechos probados que dicho domicilio existía en el lugar de Antes, parroquia de Arantón, Ayuntamiento de Santa Comba y que ese domicilio lo abandonó la recurrente quedando en él su marido; no pudiéndose declarar de manera más categórica la existencia del domicilio conyugal y del sitio de su emplazamiento; siendo indiferente a los fines de

este proceso que allí viviese también o no la madre de uno de los conyúges, y

b) En cuanto a la omisión de pronunciamiento sobre costas, porque el Tribunal pudo estimar innecesario hacerlo, al tratarse de sentencia condenatoria en la que las costas se entiendan impuestas por la ley según lo dispuesto en el artículo 109 del C. P. e ir por tanto implícita tal condena en el fallo declarando criminalmente responsable de un delito a la recurrente; y porque en todo caso este silencio sería favorable a la procesada, si estimaba que por ello no venía obligada a su pago, y como nadie recurre de lo que le favorece, carecería de acción al carecer de un interés jurídicamente protegido. (S. 18 marzo 1970.)

Se alega que el Tribunal de Instancia dejó de resolver la cuestión referente a si el delito imputado era frustrado, y la relativa a una singular tesis que mantienen poco menos que la existencia de «cosa juzgada» por pretender que los mismos hechos habían sido sancionados por la Autoridad Gubernativa. No ha incidido el Tribunal de Orden Público en estos vicios formales que se denuncian pues si calificó los hechos como constitutivos de un delito de propaganda ilegal consumado, implícitamente rechazó, con el mayor acierto, que tal delito de propaganda ilegal consumado, implícitamente rechazó con el mayor acierto, que tal delito lo fuera sólo en grado de frustración. Sobre este punto se volverá en la refutación de las motivaciones de fondo. En cuanto a la improcedencia cuestionada planteada tratando de interferir el ámbito de una verdadera y propia Jurisdicción por una actuación Gubernativa por entero independiente. aunque deseable hubiera sido algún razonar de la sentencia impugnada denegando esta supuesta duplicidad jurisdiccional, el hecho de que la Jurisdicción Ordinaria condene, y no poderse olvidar que los recursos se dan contra las partes dispositivas, implica y supone la denegación de cualquier pedimento obstativo a la condena, sin que quepa prescindir de la reiteradísima doctrina de esta Sala en referencia a que los fallos condenatorios o absolutorios resuelven todas las cuestiones planteadas. (S. 21 marzo 1970.)

La casación por quebrantamiento de forma que autoriza el número 3.º del artículo 851 de la L. E. Crim., se concede únicamente, cuando en la sentencia no se resuelve sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación o defensa de las partes procesales, han de ser trascendentes, e introducidas formalmente en las calificaciones definitivas, y no rechazadas de manera excluyente, por admitirse un supuesto, que haga repudiar de manera tácita, pero concluyente el opuesto, por ser entre sí plenamente contrarias en lo fáctico o en lo jurídico, ya que de emplearse tal sistema decisorio, la repulsa de una pretensión, va implícita en la aceptación de la opuesta, por lo que no se puede exigir la exposición fáctica o la resolución jurídica de todos los puntos de exculpación propuestos por la defensa, si se estimaron los que por su misma naturaleza, sentido y condición de la acusación los eliminaban, ante su radical incompatibilidad por la incapacidad de coexistir hipótesis contradictorias. Esta causa de inadmisión de tal motivo de casación, de resolución excluyente, es la que se produce cuando la Sala de instancia acepta en su descripción fáctica una conducta humana constitutiva de imprudencia en cualquiera de sus grados, y así la califica y pena, acogiendo la posición de la acusación, pues en tal supuesto de manera implícita, con un pronunciamiento indirecto, de «facto concludentis» o inequívoco, se decide sobre la

no presencia fáctica y jurídica de la eximente de caso fortuito, al omitirse los elementos constituyentes de hecho y de derecho, que se alegaron por la defensa del procesado, y que pretendían su absolución, atendiendo a que por su entidad, esa circunstancia, más que eliminar la punición de la conducta humana, por ausencia de antijuricidad o de culpabilidad, significa la oposición absoluta, sin eliminación, del delito de imprudencia, porque no puede reprocharse la actividad juzgada, al obrarse con la debida diligencia y causarse un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo; solución esta negativa, de que en caso de apreciarse imprudencia, deba resolverse directamente sobre el caso fortuito sin incurrir en el quebrantamiento de forma dicho, que ya fue dada por esta Sala en sus sentencias de 4 de diciembre 1957 y 7 diciembre 1959, para supuesto idéntico al objeto del recurso de forma aludido: (S. 13 abril 1970.)

f) *Al amparo del número 4.º del artículo 851: Punición por un delito más grave:* No se ha incidido en la infracción formal prevista en el número 4.º del artículo 851 de la Ley, pues dada la taxatividad estricta de los motivos de casación de una y otra clase, materiales y formales, no cabe ampliar su ámbito y alcance; y si el número 4.º del artículo 851 refiere expresamente al supuesto de que se haya penado un delito «más grave» que el que haya sido objeto de acusación; y si esta Sala con absoluta reiteración ha declarado: a), que los Tribunales Provinciales gozan de libertad para la calificación de los hechos perseguidos, salvo para imponer pena superior a la señalada por la Ley al delito imputado al receptor las acusaciones (S. de 21 enero 1957); b), que esta infracción requiere que se haya penado un delito más grave, que el que hubiera sido objeto de acusación (SS. de 5 julio 1954, 30 mayo 1949, 25 abril 1955 y 8 diciembre 1955); y c), que la finalidad de la prueba se contrae a acreditar la existencia de los hechos en su objetividad real, sin que predetermine la calificación jurídica de los mismos, y en su consecuencia, al estimar la Sala que los hechos son constitutivos de un delito menos grave que el que fue objeto de acusación Fiscal no se ha quebrantado las formalidades procesales (S. de 24 marzo 1941). Esta cuasi unánime doctrina jurisprudencial de la que son muestra las sentencias citadas, enteramente conforme al procepto regulador de esta motivación recurrente, no puede ser contrariada por aisladas y esporádicas declaraciones en diferente sentido. En el caso de autos no se ha penado un delito ni más grave y ni tan siquiera distinto, sino el mismo cuya comisión fue propugnada por el Ministerio Fiscal; se condena con base en una modalidad de este tipo delictual que figuraba en el acta de acusación Fiscal, y además por otra apreciada por el Tribunal de Orden Público en su libérrima facultad calificadora antes indicada, que no fue extralimitada al no ser impuesta pena superior a la solicitada; resultando también cierto en el derecho penal sustantivo y procesal, que las partes han de suministrar los hechos y el Tribunal impartir el derecho con la sola limitación punitiva anteriormente mencionada; sin que esta norma de congruencia impida variaciones calificadoras por parte de los Tribunales de instancia cuando éstas no sobrepasen ciertos límites, donde el principio acusatorio podría repercutir impeditivamente cuando se llegara a calificar los hechos como delitos absolutamente distintos y dispares y sin la menor semejanza o analogía entre aquellos que fueron objeto de acusación, y los que son objeto de condena. (S. 21 marzo 1970.)

e) *Inadmisión de cuestiones nuevas* El problema no exento de interés que plantea el Ministerio Fiscal, consistente en la posibilidad de encuadrar dentro del artículo 540 del C. P. por aplicación de la Ley de 27 abril 1946, dada para reprimir el tráfico ilícito de alquileres de viviendas, el hecho de vender a precio superior al autorizado viviendas legalmente protegidas no puede ser examinado en este recurso al ser cuestión nueva no sometida al Tribunal de instancia, pues habiendo versado el debate jurídico penal exclusivamente sobre la existencia o no del delito de estafa del número 1.º del artículo 529 del citado Código, y recayendo sobre ese supuesto delito el pronunciamiento adecuado, no es posible dentro del principio acusatorio de nuestro ordenamiento procesal trasladar el problema penal a campo distinto por la vía del recurso de casación de infracción de Ley, sosteniendo que el Tribunal obró acertadamente al no estimar constitutivo de estafa el hecho enjuiciado, pero que ese mismo hecho constituye otro delito, porque sería variar la calificación jurídica postulada por la acusación fuera del cauce señalado en el artículo 733 de la L. E. Crim., y se dictaría sentencia incongruente al recaer sobre cuestión no debatida y con manifiesta indefensión del reo que se vería condenado por un delito del que no fue acusado; y por eso, al no decirse en el recurso que la sentencia infringió por inaplicación el citado artículo 529 del Código punitivo que fue el único invocado ante el Tribunal sentenciador, el recurso interpuesto no puede ser acogido. (S. 14 febrero 1970.)

f) *Resolución del recurso, previa reclamación de la causa*: La misión encomendada a este Alto Tribunal para administrar justicia estableciendo doctrina interpretativa que, con base en los principios del derecho y de la equidad, ponga en situación de paralelismo los preceptos legales con los hechos reales de la vida, acoplando unos a otros, procurándose, cuando sea posible, la elasticidad equitativa de aquéllos para que puedan enmarcar la realidad evolutiva sin pausa hasta llegar a la vigente en cada momento, para todo lo cual era antecedente único y necesario el estudio y comprensión de la relación fáctica del suceso, a la que hubiese prestado el Tribunal de instancia la fuerza de verdad inmovible protegiéndole con su declaración probatoria, pero en la actualidad no es tan limitada la actuación de esta Sala, desde que el legislador introdujo en la casación penal, quizá desfigurándola, pero con intención elogiada, el posible error de hecho en la apreciación de la prueba, cuando éste resulte acreditado con documentos auténticos que muestren la evidente equivocación del juzgador y no estuviesen desvirtuados por otras pruebas, según previene el número 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim., para apreciar lo cual, implícitamente queda autorizada esta Sala para examinar la causa y poder compulsar si aquello que prueba el privilegiado documento, lo destruye alguna otra prueba de las practicadas, y es más, la Ley, previsoramente guiada por el primordial fin de que prevalezca la justicia en asuntos tan delicados como los de índole criminal que afectan a la integridad personal, a los bienes y muy principalmente al honor y buena fama de las personas, autoriza en su artículo 899, a la Sala el examen de la causa para la mejor comprensión de los hechos relatados por el Tribunal sentenciador, autorizaciones, una implícita y otra explícita, de las que si bien se hace uso con la mayor moderación,

ello no es obstáculo a que del examen efectuado a su amparo, se extraigan las procedentes consecuencias con sus debidos efectos en el relato fáctico y las derivadas en la calificación jurídica del suceso enjuiciado. (S. 6 febrero 1970.)

VII. EJECUCIÓN: *Competencia para acumulación de penas*: Al atribuir el conocimiento competencial, para la acumulación de penas, que concede el artículo 70, número 2.º, párrafo final del C. P., cuando exista conexión entre los diversos delitos, de manera tal que pudiera haber sido enjuiciados en un solo proceso, el párrafo 3.º del artículo 988 de la L. E. Crim., determina que corresponderá «al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia», por lo que con adecuada interpretación lógica, referida a la materia regulada, que es la de conexión entre las resoluciones que lo sean ha de referirse este órgano jurisdiccional, al que hubiere emitido la última resolución, de entre aquellas que puedan ser objeto de la acumulación de penas, por su conexión intrínseca, porque concedérsela al que emitiera la postrera decisión judicial, sin que ésta «prima facie», pueda ser acumulable, sería tanto como hacerle decidir sobre algo para lo que no tuvo antes jurisdicción, y por ello ahora tampoco la tiene; sin que pueda cohibir esta hermenéutica, el argumento de que con ella se prejuzga la procedencia de la acumulación y se anticipa el juicio, ya que existiendo datos para hacer un juicio previo, pero exacto, no debe incurrirse en la inconsecuencia, de atribuir en tal estado inicial la competencia para instruir, y luego producir una inhibición, por ser otra la competencia para decidir, o perpetuar una competencia en quien no la tiene, pues las decisiones de acumulación deben ser siempre otorgadas, por el último de los órganos jurisdiccionales que se pronunció por uno de los delitos conexos, pero no por quien juzgó delitos al margen de la conexidad misma. (Auto 12 marzo 1970.)

REVISTA DE LIBROS

ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION: «Commemoración del centenario de la Ley provisional sobre Organización del poder judicial y del Código penal de 1870». Madrid, 1970.

Consistió la conmemoración en doce conferencias: seis dedicadas al Código penal y las restantes a la Ley Orgánica. Se dieron alternadas; pero aquí las trataremos separando los dos grupos: primero las referentes al Código penal; luego, las que versan sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial.

CASTEJON, Federico (Catedrático y Magistrado): «Las ideas penales de la época del Código penal de 1870».

Remontándose a la época de la Ilustración, cita a Voltaire, Beccaria, Lardizábal, Feuerbach, Romagnosi, Bentham, el Código penal de 1822. A continuación se ocupa del Proyecto de Sáinz Andino, el eclecticismo de Pacheco y el «fenómeno insólito del correccionalismo» iniciado por la filosofía krausista y la traducción por Giner de los Ríos de la obra de Röder: *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*. Madrid, 1870. Esta teoría empezaba a imperar cuando se promulgó el Código del 70 y en los años inmediatos posteriores. La reforma de aquella fecha adaptó el Código a los principios liberales de la Constitución de 1869; pero tuvo también el designio de frenar el ejercicio de los derechos individuales, como dijo Montero Ríos en su discurso de apertura de tribunales. Concluyó el Sr. Castejón con estas palabras: «La defensa social como parte del contexto social más amplio del país, debe necesariamente formar parte de la planificación social. Es la nueva fase del Derecho penal que precisa fomentar y aplicar en la sociedad actual».

COBO, Manuel (Catedrático de Derecho penal): «El sistema de penas y el arbitrio judicial en el Código penal de 1870».

Expresión de las ideas liberales de la época, fue este cuerpo legal restrictivo del arbitrio, no por capricho sino como reacción contra el caos. Refiriéndose a autores que han señalado alternativas de rigor y de relativa benignidad a que dio lugar el sistema del arbitrio durante el siglo XIX, se opone Cobo al tópico de que los Códigos del 48 y del 70 convirtieran al juez en un robot, y a través de 15 apartados, trata de demostrar que el arbitrio judicial «no salió mal parado». Y remacha su opinión con estas enérgicas

palabras: «Las contrarias deben ser reconducidas, sin más, al siguiente dilema: o desconocen no sin algún candor, como consecuencia de su unilateral formación la realidad práctica y viva del derecho, y especialmente del penal, o poseen una psicológica reluctancia al principio de la legalidad, piedra del Derecho penal civilizado» (1).

LATOUR BROTONS, José (Fiscal, Letrado excedente del Ministerio de Justicia): «Las libertades religiosas y políticas en el Código penal de 1870».

Buen conocedor del ambiente político en aquel período histórico, el conferenciante narra la gestación de los artículos 20 y 21 de la Constitución de 1869; de los cuales derivan los artículos 236 al 241 del Código penal del 70, que han figurado vigentes con ligeras variaciones hasta el Código del 32. Se ocupa, después, de la Constitución del 76 en discordancia con el Código penal, solucionada solamente por disposiciones gubernativas como la Real Orden de 23 de octubre de 1876 sobre templos y cementerios de cultos disidentes, y la R. O. de 1875 sobre escuelas protestantes. El análisis de los artículos del Código del 70 relativos a los derechos individuales, y la situación en que quedaron los delitos de imprenta, incluidos dentro del Código conforme a la aspiración de los partidos liberales, ponen fin a esta disertación clara, sencilla y suficiente.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Catedrático de Derecho penal): «Dogmática de los delitos contra la vida en el Código penal de 1870».

Las reformas en esta materia son muy importantes y afectan a varios aspectos: delimitación de algunos tipos; sistematización en capítulos independientes; creación de la figura de disparo de arma de fuego, y penalidad.

El tipo del parricidio se restringió, por un lado (al excluir el parentesco de adopción), y se amplió por otro (comprendiendo en los ascendientes y

(1) Cita Cobo un artículo mío (*El Código penal de 1848 y D. J. F. Pacheco*, en «Anuario de Derecho penal», 1965, fasc. III); dice que mi opinión no tendría importancia, sino por el riesgo de que se convirtiera en un tópico. Estoy plenamente de acuerdo en la ausencia de importancia de mi opinión, pero no en su capacidad para producir tópicos; pues me he limitado a transcribir hechos plenamente documentados: del rigor de la Justicia en los tiempos postconstitucionales del reinado fernandino, constan en las historias los suplicios sufridos por Riego, el Empecinado, el maestro valenciano Ripoll y tantos otros; en cuanto a los años inmediatamente anteriores al Código del 48, testimonian varios diputados en los debates sobre el Proyecto de 1848. Figura tan calificada como D. Pedro Gómez de la Serna, afirmaba que gracias al arbitrio judicial y al Reglamento de los presidios del Reino (1834), rara era la pena que duraba más de diez años, mientras en el proyecto había varias de duración muy superior. Y en el mismo sentido se manifestaba años después González Serrano en el prólogo a la 5.^a edición de los Comentarios de Pacheco. Finalmente, la aspiración a un arbitrio judicial mayor se manifestó: en el famoso Informe del Colegio de Abogados de Madrid (1852) y en las Exposiciones de motivos de los proyectos de Alonso Martínez y de Silvela.

descendientes los ilegítimos). Se prescindió, como circunstancias específicas del parricidio, de la premeditación y del ensañamiento. El parricidio, el asesinato (nombre nuevo) y el homicidio, integraron capítulos independientes, estableciendo una relación de subsidiariedad formal, conforme a la cual el homicidio aparece con los caracteres propios de un «tipo de recogida». Esta aparición en capítulos distintos fue la innovación más significativa, tanto en el plano procesal (a efectos del art. 849, n. 4 en relación con el 733, ambos de la Ley de Enjuiciamiento criminal), como en la perspectiva material: tema del error (ejecución de delito distinto al propuesto, art. 65, hoy 50 del Código penal), y el de la participación de varias personas, con circunstancias distintas, en el mismo hecho. La regla del artículo 80 (hoy 60), constituye ciertamente un principio tentador, pero para R. Mourullo resulta inaplicable. Algunos penalistas conscientes de los límites de la mencionada regla, buscan la solución partiendo de la naturaleza accesoria de la participación, viniendo a decir que la persona no calificada no puede ser autor ni coautor del delito especial, pero sí partícipe. El agudo dogmático que es R. Mourullo, busca la solución del problema a través de sutiles razonamientos sobre la distinción entre delitos especiales propios y delitos especiales impropios. No hay espacio aquí suficiente para exponer íntegros sus razonamientos, por lo cual, me limitaré a consignar la importancia de tan elaborado estudio para la dogmática patria. Discrepamos, sin embargo, en la interpretación de la reforma del 32, que volvió a incluir las tres figuras en un mismo capítulo bajo la rúbrica de «homicidio». Tuvo por finalidad respetar el significado popular y etimológico de la palabra homicidio, buscando a la vez solución de nuevo al problema del robo con homicidio como expresivo, en este último término, del asesinato y el parricidio.

Esta importante conferencia se distingue por la abundancia de la documentación (56 notas).

OLESA MUNIDO, Francisco F. (Profesor en la Universidad de Barcelona):
«Sistemática de los delitos contra la propiedad en el Código penal de 1870».

Es evidente la correlación que existe entre los valores afirmados como fundamentales por el Estado y la estructura de la parte especial del Código: el del 48 dedicaba el primer título del libro II a los delitos contra la religión, y el segundo a los delitos contra la seguridad exterior del Estado. En el del 70 estos lugares están ocupados por la seguridad exterior del Estado y por la Constitución, respectivamente; lo cual implica una depreciación de los delitos religiosos. Para este Código resultan fundamentales, según la sistemática, los valores colectivos, y, en los individuales, anteceden las personas, honestidad, honor, estado civil, libertad y seguridad, a la propiedad.

No puede decirse que la tutela de los valores patrimoniales sea particularmente enérgica, pues cuando a la vez no se conculcan o ponen en grave riesgo otros bienes jurídicos personales, la pena no excede de presidio mayor.

No se da la equiparación retórica expuesta por Pacheco entre propiedad y vida, pero sí una acusadísima protección de los valores patrimoniales, a quienes se sitúa casi a nivel de la integridad física y la vida humana intrauterina. Pero la generalización sería inexacta si se tienen en cuenta los delitos patrimoniales más comunes. En el Código del 44, el hurto doméstico o con abuso de confianza, podía quedar castigado hasta con pena de reclusión menor, pena conminada para el homicidio simple. Desde 1944 hasta la reforma de 1967, estábamos más cerca de la equiparación entre vida humana y propiedad que en 1870. Sin embargo, y visto el problema en conjunto, no puede reputarse la penalidad prevista en el Código de 1870 para los delitos patrimoniales como excesivamente dura: hoy lo es todavía más.

En el apartado III de esta interesante y extensa conferencia, se responde a la cuestión: «¿Es adecuada la rúbrica «De los delitos contra la propiedad» puesta por el legislador al título XIII del libro segundo del Código penal?». La respuesta es que los derechos patrimoniales tutelados en dicho título, exceden con mucho del de propiedad. El apartado IV de la conferencia, sostiene que la base sistemática del Código penal del 70 está constituida más por el acto contemplado como manifestación de voluntad que tiende a un fin que por los efectos producidos o por el derecho violado, sin que ello quiera decir que dichos efectos no sean tenidos en cuenta por el legislador al conminar para los distintos supuestos la concreta penalidad aplicable. Por razón del fin se distinguen dos grandes grupos: según que el fin es el lucro o el sentimiento de venganza o cualquier otro móvil no relacionado directamente con el lucro; y los primeros en dos categorías: sustractivos o reales, porque el fin de la sustracción recae sobre la cosa sustraída, y delitos de fraude (u obligacionales), porque el fin de la actividad delictuosa recae directamente sobre la relación legal o contractual que pudiera existir entre sus sujetos. Esta clasificación —añade Olesa—, la suscribiría el más riguroso de los adeptos al finalismo: viene ya dada en el Código del 48, y se perfecciona en el del 70.

Anteriormente nos había dicho: «En resumen, los derechos patrimoniales tutelados en el título XIII del libro segundo del Código penal, exceden en mucho de la propiedad. Ya en 1870 hubiera sido más exacto calificar estos delitos de «Delitos contra el patrimonio», concepto éste que abarca todo derecho de contenido económico adscrito a una persona física o jurídica determinada. Sólo con referencia a las *Maquinaciones para alterar el precio de las cosas*, hubiera sido este término de dudosa exactitud, por tratarse de intereses económicos generales». Es, sin embargo, explicable que en 1870 gozara de preferencia el término «delitos contra la propiedad». En la sociedad de entonces la propiedad expresaba la relación jurídica económica por excelencia. Las relaciones de carácter meramente financiero estaban muy lejos de alcanzar la importancia que han adquirido en la actual *Economía del desarrollo*. Hoy la estafa, la apropiación indebida, o la entrega de cheque en descubierto, tiene mayor trascendencia social que el hurto o el robo con fuerza en las cosas. En 1870 la delincuencia sustractiva ocupaba, por el contrario, el primer plano. La preferencia del término «Delitos contra la propiedad» es fruto de una evidente «condicionante tecnológica». «Este impacto de la *tecnología económica* en la ley, con facilidad se advierte».

De la misma manera que en el Código del 70 no existe la figura defraudatoria del fluido eléctrico..., o tampoco el uso del cheque en descubierto, fenómeno entonces estrictamente minoritario... «El propio delito de apropiación indebida se contempla en el Código del 70 como modalidad de la estafa y no como especie autónoma». «Interesa destacar un perfeccionamiento técnico: la forma de apropiación indebida —negar haber recibido dinero u otra cosa mueble que se le hubiere entregado en préstamo, etcétera—, que en el Código del 48 constituía una modalidad del hurto, pasa a quedar sistematizada entre las defraudaciones, dejando de ser *una conducta sustractiva*...».

Sin posibilidad de agotar todas las sugerencias que sobre los delitos contra la propiedad nos transmite Olesa, me limitaré a recomendar la provechosa lectura de este notable trabajo, digno de tenerse en cuenta para todo intento de reforma del Código penal en materia de las infracciones contra la propiedad y aún con alcance más general en los primeros párrafos.

DEL ROSAL, Juan (Catedrático de Derecho penal y Académico): «La palabra y la expresión en el Código penal de 1870».

La conferencia destaca por la palabra y la expresión del conferenciante, tan brillante como de costumbre. Se plantea estas preguntas: ¿el lenguaje empleado corresponde al estado del saber de entonces o está superado?; ¿es el contexto fiel reflejo y transparencia del idioma usado corrientemente y, en consecuencia, no se da divorcio entre la proposición jurídico-penal y los contenidos de las expresiones comunmente empleadas? Las respuestas son afirmativas. Y añade: tanto la palabra como la frase en el del 70 es precisa, elegante, llena y profunda; en los de 1848 y 1932 es prolija, demasiado retórica y recargada de acentos técnicos, en el último innecesarias... En suma, que gana la pelea en gramática, y en belleza y estilo el Código de 1870, desde el punto y hora que es doblemente significativo el lenguaje aquí...» (págs. 212 y 213).

BECERRIL, Juan (Magistrado del Tribunal Supremo): «La ley orgánica y su época».

En realidad, esta conferencia, la primera que se dió, es una especie de introducción común a todo el libro; pues la cultura del autor le permite situar las dos leyes conmemoradas en un mismo ambiente. La visión se extiende a todos los precedentes del siglo, trazando el cuadro de los acontecimientos políticos y, quizá lo más apreciable todavía, los rasgos de carácter de los personajes de la época.

Para ello se ocupa del impulso doctrinal originario; el ámbito político de la creación; la circunstancia económica de su planteamiento y la sistemática de su estructura. En definitiva, «lo que pudiera llamarse una obertura o introito que sitúe nuestro ánimo fijando la concepción histórica en el sentido más moderno de la acepción».

El artículo 91 de la Constitución estableció la jurisdicción civil y criminal como exclusiva de los tribunales. «Se suprimieron las jurisdicciones especiales de Hacienda y Comercio y se redujeron a sus justos límites castrenses las de Guerra y Marina. Como se ve —nos dice el conferenciante—, el tema es el mismo».

El artículo 93 establece el Jurado. Intervino Olózaga, presidente de la Comisión, y queda redactado en el Proyecto: «Se establece el juicio por Jurados para todos los delitos políticos y para los comunes que determine la ley». Es un axioma del Estado de Derecho que los tribunales ordinarios detenten el monopolio de la Justicia. Por ello, aboga porque en la futura Ley orgánica se restituyan a la Jurisdicción ordinaria situaciones hoy de competencia de los tribunales especiales.

La verdad es que la Ley Orgánica del Poder Judicial estaba previamente hecha. La Memoria de la Comisión de Códigos, fechada en 31 de julio de 1870, es uno de los más importantes monumentos jurídicos. La Comisión fundada en 1856 había funcionado hasta 1869, y el conferenciante recuerda a las personalidades que la integraron: Cortina, Gómez de la Serna, Cárdenas, Cirilo Alvarez, etc. Conviene recordar la voz de este grupo patricio repitiendo a lo largo de su eminente «Memoria histórica» que las Leyes de Enjuiciamiento y la Ley Orgánica de la Justicia, forman una trilogía indivisible. «La Academia de Jurisprudencia se siente orgullosa de estos nombres grabados en lápidas marmóreas».

RODRIGUEZ ALBIZ, Faustino (Catedrático de la Universidad de Sevilla):
«La Reforma de la Ley Orgánica».

Se ocupa de la culminación de unas reformas, no del todo afortunadas, que empezaron a promulgarse tras la Constitución gaditana. Perseguían: la creación de unos órganos jurisdiccionales idóneos; el establecimiento de demarcaciones territoriales que se estimaron ideales, entre las cuales destacaban el R. D. de 1834 creando el Tribunal Supremo de Justicia, sustitutivo de los antiguos Consejos de Castilla e Indias; la división en partidos, atribuyendo a jueces las funciones jurisdiccionales de los Alcaldes; el Reglamento para la Administración de Justicia de 1835, el especial del Tribunal Supremo y las Ordenanzas de las Audiencias del propio año y, finalmente, la Ley de bases de 1868. Y no se olvide que la más trascendental reforma se llevó a efecto por la Ley adicional de 1882, nacida de la autorización concedida para establecer los tribunales colegiados y el juicio oral y público en materia criminal. De tal fecha a nuestros días han sido tantas las alteraciones, que casi podría afirmarse que ningún título permanece inafectado. Y la Ley provisional, cuyo definitivo ocaso se nos anuncia, se resiste a morir buscando supervivencias a través del Proyecto innovador.

Destaquemos sus aseveraciones precautorias para una recta ordenación del régimen de la Justicia, que interesa por igual a todos: «las libertades individuales se han ganado, ora en los campos de batalla, ora en los recintos legislativos, pero todavía más en los tribunales de justicia...». Y esta otra:

«Quizá en este momento sería justo recordar cómo uno de los primeros en dar la batalla a la figura del juez... convidado de piedra..., o juez espectador, que, en cierto modo, consagra la Ley Orgánica, fue: Castro Orozco, Marqués de Gerona, en su Instrucción de 1853». Pero si tuviésemos que formular una trilogía de principios que todo legislador debe tener ante su retina al tratar de ordenar el Poder Judicial, acomodándose a las circunstancias de tiempo y lugar, ellos no serían otros que los de independencia, idoneidad y responsabilidad...».

RULL VILLAR, Baltasar (Magistrado del Tribunal Supremo): «Independencia Judicial».

Considera el tema de rigurosa actualidad. Define la independencia judicial como un estado permanente de garantías, problema de tiempos modernos. En los antiguos, desde el lejano Oriente a las Partidas, la Justicia es atributo privativo de reyes; el pueblo de Israel es el único que ha tenido el privilegio de ser gobernado por Dios de modo inmediato. El versículo 18 del capítulo 16 del Deuteronomio establece como piedra angular del edificio social los jueces y magistrados. Beceña señala como primer precedente de la limitación del poder real en materia de justicia el reinado de Jacobo I de Inglaterra, pero con mucha anterioridad se produjo el Justicia de Aragón. Por la insuficiencia de la ley resulta la grandeza de la misión del Juez. Por ello, se clama para su independencia. Esta independencia puede frustrarse por condiciones subjetivas u objetivas. El conferenciante reclama que el Juez esté dotado de holgura económica y consideración social. Claro está que las oposiciones no son un sistema perfecto para la selección: estima un necesario período amplio actuando como juez adjunto. Una vez ingresado en la Judicatura se impone la especialización y la antigüedad absoluta como sistema. Todos los jueces deberán tener la misma consideración y sueldo.

El Juez debe ver el proceso desde el principio al fin y, por consiguiente, el tribunal de instancia debe ser unipersonal. Si las partes no se aquietan, debe haber una revisión completa del proceso. Es necesario un tribunal de apelación que sea un freno para el juez, bastando para componerlo con tres miembros. Cuando puedan dictarse penas muy graves debe ser la sociedad la que asista al juez por medio de un Jurado. Las Audiencias provinciales estarían de sobra. Propone la concentración de los Juzgados de primera instancia en las capitales de provincia. El Tribunal Supremo, actualmente mixtificado, debe reorganizarse con urgencia.

GONZALEZ DELEITO, Nicolás (Profesor de la Universidad de Madrid): «La abogacía en la Ley Orgánica».

Tras una relación del quehacer jurídico de las Cortes del 68 (Decreto de Unidad de fueros, Constitución, Ley sobre el ejercicio de la gracia de Indulto, Código penal, Ley provisional de Organización del Poder Judicial, Ley de Enjuiciamiento criminal), afirma que la Ley Orgánica es uno de los

hechos más representativos de la evolución histórica de la Abogacía. Esta había sido considerada bajo Carlos III y Carlos IV, pero sufrió dolorosas vicisitudes bajo Fernando VII. En la época de Espartero adquirieron relieve político Cortina y Gómez de la Serna. González Bravo hizo encarcelar a Cortina y a D. Joaquín María López.

La Constitución del 69 abrió para la Abogacía un período de indudable interés. Desde las Partidas no había habido una regulación tan metódica de la misma como la de la Ley Orgánica del 70. En la cual se establecen determinados principios que el conferenciante expuso en 15 apartados. Favorables eran: la intervención en la Junta calificadora para ingresar en la Judicatura; el acceso a los cargos judiciales; el establecimiento de un turno para las plazas del Ministerio Fiscal.

La Restauración, en sentido regresivo al principio, se puso de acuerdo con la Ley Orgánica en virtud de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dada por Alonso Martínez el año 1882.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio (Catedrático de la Universidad autónoma de Madrid).

Evocó un libro breve (de Ensor), que comparaba exclusivamente tres países: Inglaterra, Francia y Alemania. El autor, que no era un profesional, aunque había ejercido la abogacía en su juventud, estaba percatado del desdén de sus compatriotas por las cosas ajenas. Resultado fue una obra que enseña de Francia y Alemania cosas que no suelen figurar en los libros franceses y alemanes, y nos enseña también las instituciones inglesas comparativamente de dentro a fuera. Montesquieu desarrolla un capítulo del «Espíritu de las leyes», dando por entendido que va a decir en qué se funda la libertad de las inglesas, más explaya la propia idea de cómo tienen que ser los jueces y cuáles han de ser las relaciones del poder de juzgar con los otros poderes, y, consecuentemente, las limitaciones de unos y otros para que la independencia de los que juzgan y la seguridad y la libertad de los ciudadanos queden asegurados. El primero y fundamental postulado para Montesquieu es la separación de poderes. Para que ésta y la independencia judicial se logren, los jueces no deben formar una clase permanente, sino extraerlos del pueblo y hacerlos temporalmente. Lo segundo es que los fallos no sean sino el mismo texto de la ley. El tercer punto es que debe privarse la facultad de juzgar al legislativo.

Gómez Orbaneja nos descubre que las relaciones del poder judicial con los otros, eran en Inglaterra lo contrario de lo que había descrito Montesquieu. Este contraste lo explica el conferenciante por la argucia, análoga a la empleada en las Cartas persas. El procedimiento es análogo al empleado por Switz en «Gulliver», sospechando que «aquel alacre libro juvenil pasó al reposado, concienzudo *Espíritu de las Leyes*». Parece probar su afirmación —nos dice Gómez Orbaneja—, el que los jueces propiamente dichos los nombraba y nombra el Gobierno de por vida. En la carrera de abogacía no se entra por la Universidad, sino por el gremio, aunque lo único coincidente con la afirmación de Montesquieu es que no son un estamento. El Lord Canciller

forma parte del Gabinete y es presidente de la Cámara de los Lores. Y ésta, al mismo tiempo que órgano legislativo, es un tribunal de justicia. Que el juez sea la voz que pronuncia las palabras de la ley es una contraverdad clamorosa y el precedente, que hace oficio de ley, convierte al juez en legislador.

¿Por qué han perdurado las instituciones judiciales en Inglaterra y en el fondo se equivocaba Mostesquieu? Porque por debajo de las estructuras formales yace el sustrato sociológico y político. Ofrece un sistema que garantiza hasta el máximo la independencia interna del juez, derivada de la inamovilidad; y los jueces no constituyen un cuerpo de funcionarios. Y, como los jueces proceden de la abogacía, vienen de una profesión donde no hay superiores.

**PRIETO-CASTRO, Leonardo (Catedrático de la Universidad Complutense):
"El autogobierno de la Magistratura".**

«Aunque en su siglo de existencia no se cumplió fielmente la ley sobre organización del poder judicial, es indudable que su espíritu ha contribuido en buena parte a que en España hubiese un cuerpo judicial honorable y consciente de la trascendencia de su cometido ante la sociedad española...».

La Justicia poder, que se ha considerado inherente a la acción de autogobierno, es más bien, en el sentido más moderno de la división de poderes, una simple separación. En la realidad jurídica actual, extiende su cometido hasta suplir y completar las leyes lagunosas o imperfectas en la aplicación a casos concretos.

A la hora de hablar de autogobierno surge como primer problema el de la colaboración con los otros poderes. La denominación de poder judicial es impropia, y la Ley Orgánica del Estado se ha limitado a proclamar las bases de la Justicia: independencia, inmovilidad y responsabilidad. Ahora se trata de saber si este estatuto perfeccionado lo podría recibir la Justicia mediante el llamado autogobierno o con otras fórmulas. Cree Prieto-Castro que en nuestro país no se dan los requisitos que el autogobierno exige. Expone lo dicho por Ruiz Jarabo; el autogobierno podía consistir en que la magistratura y sólo ella administrase tanto los medios personales como los materiales, incluso el presupuesto. Expone el Sr. Prieto-Castro otra variante más moderada; pero sólo la primera podría llevar con propiedad el nombre de autogobierno.

A continuación expone, con perfecta información, los principios de la organización judicial en Alemania, Francia e Italia. E insiste en que el llamado autogobierno no es una fórmula mágica en que todos los problemas de la Justicia se resolvieran. Y no se puede aspirar a un autogobierno cuando están por resolver una serie de problemas políticos y de ambiente que son previos, y otros laterales.

Estas dos últimas conferencias cerraron el ciclo de las mismas. El numeroso público asistente a ellas estimó efusivamente la originalidad y buen estilo de Gómez Orbaneja, así como la documentación y realista sentido de Prieto-Castro. La Academia de Jurisprudencia y Legislación tuvo la gene-

rosidad de regalar a cada uno de los invitados un ejemplar de la obra aquí reseñada.

JOSÉ ANTÓN ONECA

BATIGNE, Jacques: "Un juge passe aux aveux". Editions Robert Laffont, 6, Place Saint-Sulpice. Paris 6 (1971, 1 vol., 393 págs.).

El Autor, que tras haber ejercido la abogacía, nos dice que la guerra hizo de él un magistrado («sin ella, no cabe duda, yo defendería aún. Gran causa, pequeño efecto»), al alcanzar la jubilación confió al papel estas interesantes confesiones, empapadas de su filosofía juridicopenal, fruto de una larga experiencia dedicada a «resolver humanamente los asuntos humanos: una de las tareas de la Justicia». Nacido en París en 1901, ejerció la abogacía en Montpellier durante quince años, lo que ciertamente «da alguna experiencia psicológica». Tras haber sido Comisario del Gobierno en el Tribunal Militar de Marsella, dos años después debutó como Juez de Instrucción en Metz, 1946, más tarde en Marsella y París, presidiendo desde 1961 el Tribunal del Sena.

Ya en el primer capítulo, con acento sincero, el Presidente Batigne escribe: «En el funcionamiento de la máquina judicial bastantes cosas son criticables. ¿Por qué negarlo? ¿Por qué, ante esta evidencia, hay que escandalizarse?».

Ciertamente el autor no se propuso escribir un panfleto contra la Magistratura, menos aún contra los magistrados, pero tampoco entonar un cántico de alabanzas. «Mi intención es más modesta —dice—. Voy a evocar algunos recuerdos..., mis contactos con bastantes problemas, el error judicial, la abolición de la pena capital, y otros, y el que los domina a todos: la independencia del Juez frente al poder. Diré sobre ello lo que pienso». Y así, a lo largo del libro, recuerda para el lector casos bien famosos desde el tráfico clandestino de tabacos en Tánger, el asesinato de tres turistas ingleses por Gaston Dominici o el robo de las joyas de la Begum, hasta el asunto Naessens o los problemas del tráfico y consumo de estupefacientes, terminando con un capítulo cuyo título es de por sí elocuente: «Para que la Magistratura sea verdaderamente independiente».

No, juzgar no es fácil, y si alguien lo dudare que se asome a estas páginas. «Precisa, pues, cada vez, no sólo establecer los hechos, sino comprender al hombre, y, para comprenderle, conocerle. El magistrado debe ser un psicólogo». «Desde el instante en que el juez de instrucción se nombra, es el rey del asunto. Tiene poderes considerables. Pero para ser capaz de ejercerlos debe poseer el sentido de la autoridad y el de la responsabilidad. ¿Es siempre así? No siempre, precisa confesarlo».

Tras recordar, en cuanto a la Policía, que si no está bajo las órdenes del juez de instrucción debe estar siempre bajo su control y bajo su responsabilidad, como garantía suplementaria de la libertad de los ciudadanos, evoca el Presidente Batigne recuerdos y reacciones diciendo: «Atención. nunca lo repetiré bastante. Atención a los errores judiciales».

El capítulo tercero se titula «Una ejecución capital atroz», pero se muestra partidario de que exista en el arsenal represivo la amenaza de esta pena «hasta el día en que podrá ser realizado el conjunto de reformas que deseo». Se refiere especialmente a la necesaria reforma del régimen penitenciario, que tanto clamor está despertando precisamente por estas fechas en Francia y que ha sido objeto de un amplio «rapport» oficial, analizado y valorado por la prensa francesa. Nuestro autor, al posponer la abolición de la pena de muerte a la espera de estas reformas, establece una reserva en contra de la autorizada opinión de otros abolicionistas que comentamos años atrás en las páginas de este ANUARIO al referirnos al «rapport» Mars Ancel para las Naciones Unidas y a la antología editada por Hugo Adam Bedau con el título *The Death Penalty in America* (Anchor Books, Doubleday & Company, Inc., New York, 1964).

Al tratar en otro capítulo del robo de las joyas de la Begum, algunas aparecidas en un paquete lacrado y con etiqueta dirigida al comisario Trucchi, que investigaba el asunto, «para abrir en presencia del señor Sacotte, Juez de Instrucción», nuestro autor tiene ocasión de decir que la prensa, a lo largo de su carrera, le ha ayudado más que otra cosa, y se muestra partidario de que el secreto de la instrucción sea modificado o reformado: «Sería impensable creer que el secreto de la instrucción puede continuar tan hermético como lo era hace cien años. En lugar de dejarlo evolucionar en la anarquía..., precisa afrontar el problema y estudiarlo con todos los interesados. Una comisión de magistrados, abogados y periodistas no dejaría de proponer soluciones aceptables para todo el mundo».

Ocupándose de malos tratos o violencias policíacas afirma que es inquestionable que se producen, y haber tenido que condenar a funcionarios de la Policía por haberlas cometido. «Es una enfermedad contagiosa. La tendencia a tales brutalidades también. Precisa frenar su extensión. ¿Cómo limitarla si se obstina en no confesar su existencia? Batigne propone una nueva ley que estima fácilmente aplicable: «Todo funcionario de la Policía judicial definitivamente condenado por un Tribunal a causa de haber ejercido violencias con ocasión del ejercicio de sus funciones, será automáticamente excluido de la Administración, al menos de la Policía judicial...». Además, nuestro Autor postula una Policía menos «policía» y más «judicial», dependiendo del Ministerio de Justicia y no del de Gobernación...

Tras dedicar un capítulo a los tiempos de los terroristas y a las luchas del FLN y del OAS, con algunas consideraciones sobre los delitos comunes con motivaciones políticas, según el Autor, entra en los capítulos relativos a su presidencia de la Sala 16 del Tribunal del Sena, tras varios meses en el Tribunal de Menores, a su criterio la más inteligente de todas las formaciones de la Justicia en Francia «porque es la que más tiende a comprender la psicología de su joven clientela». Leyéndole, recordamos no pocas tardes pasadas en el Palacio de Justicia de París, tratando de mejor estudiar y conocer los Tribunales franceses. El caso de Gaston Naessens, biólogo casi desconocido que afirmaba haber descubierto un tratamiento eficaz contra el cáncer y la leucemia, bien mereció otro capítulo, y no pocas páginas los problemas de los casos de abortos y drogas, «bello ejemplo de la inutilidad en la materia

de las medidas de represión», según concluye el Presidente Batigne con toda clase de detalles sobre casos y casos que así lo evidencian entre los muchos que tuvo que juzgar. «Yo lo repito —escribe—, los consumidores (de la droga) competen al médico, no al magistrado». Cierra tan interesante libro el capítulo titulado «para que la Magistratura sea verdaderamente independiente». Afirma que el poder judicial independiente no existe, postula una reforma de las estructuras del poder judicial, que se impone si se quiere que la palabra signifique algo, donde desde el ingreso, la organización y la gestión del presupuesto incumba a los magistrados y sólo a los magistrados. «Si eligieran ellos sus presidentes, veríamos menos de esas designaciones escandalosas de magistrados de nombre, que abandonaron los Tribunales durante años para cultivar en los gabinetes ministeriales o de cargos «en comisión» sin ninguna relación con la justicia, las amistades que les permiten reaparecer a la cabeza de jurisdicciones sobre las que lo ignoran todo».

«Los magistrados saben los remedios. Si fueran facultados para practicar las reformas necesarias, si se les diera los medios, sorprendería la rapidez con que limpiarían la vieja casa. Los únicos que se quejarían serían aquellos que tienen interés en ver a la Magistratura gotosa, asmática y dependiente».

Tras afirmar que los jueces no deben olvidar que dictan sus decisiones «en nombre del pueblo francés», y que no se trata de seguir modas pasajeras, sino de tener en cuenta movimientos espirituales que sacuden el mundo y no negar la evolución general de las costumbres y de los usos teniendo en cuenta los hechos y no los tubús, recuerda el Presidente Batigne cómo la opinión pública fue el año último muy sensible por la triste aventura de una señora, profesora de Liceo enamorada de uno de sus alumnos, menor de edad y que terminó suicidándose. «Los Magistrados que la condenaron creyeron en su alma y conciencia que precisaba hacerlo, estoy seguro. Si se hubiera tratado de un profesor del otro sexo y de una alumna, la reacción no habría sido ciertamente la misma. O si se hubiera tratado en lugar de una profesora, de la Directora de una empresa. Si, por poco que sea, instintivamente se consideró «el desorden en la Universidad», si una cierta concepción de «la ley y el orden» intervino en las motivaciones, esto sería otra cosa que justicia».

El Presidente Batigne cierra el libro haciendo sus votos por que los jueces sean mejor comprendidos y, por tanto, más estimados cuando nadie pueda considerarlos como un instrumento del Gobierno, cuando comprendan mejor las grandes corrientes del mundo de hoy.

Libro rico en anécdotas y denso a un tiempo, que hará meditar a abogados y jueces, a justiciables y gobernantes que sean capaces de ello. Interesante, cómo no, para el lector de lengua española y así lo ha entendido la editorial Noguer, de Barcelona, al anunciar su traducción.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Pena de morte Coloquio internacional conmemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal. Tomo I, 410 págs., tomo II, 560 págs.

Uno de los problemas penales más apasionadamente discutido por los juristas, los teólogos, los políticos, los filósofos, etc. —la pena de muerte—, ha sido el tema en el Coloquio internacional conmemorativo de primer centenario de la abolición de esta pena en Portugal. La Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, cuya historia nos enorgullece por motivos varios, acogió en sus aulas, del 11 al 16 de septiembre de 1967, a medio centenar de los más autorizados penalistas patrios y extranjeros para celebrar esta magna efemérides académica.

Dos amplios volúmenes —a los que seguirá un tercero—, publican las comunicaciones presentadas por cincuenta y siete primeras figuras de las principales naciones. Destacan las aportaciones de Alemania, Francia e Italia. También presentan valiosas colaboraciones: Argentina, Austria, Bélgica, Brasil, Estados Unidos, Finlandia, Turquía, Venezuela, etc. Desafortunadamente no colabora ningún penalista español, aunque sí dos juristas hispanos: Luis Recasens-Siches y Manuel López-Rey y Arrojo. El primero trata sobre «La pena de muerte, grave problema con múltiples facetas». La faceta que le parece más decisiva, en sentido abolicionista, es la frecuencia de casos de error judicial. Manuel López-Rey matiza «La prevención del delito y la pena de muerte», exponiendo razones en pro y en contra de su función social —no trata de su justificación—, subrayando el peligro de error judicial y de excesiva protección del Estado. Lamentamos esta laguna de penalistas hispanos porque, entre otras razones, hubiera podido evitarse muy fácilmente, pues la pena de muerte ha suscitado profundas reflexiones en nuestra patria, desde Alfonso de Castro hasta hoy; baste recordar las últimas aportaciones de Antón Oneca, Marino Barbero, Gimbernát, Landecho y Rodríguez Devesa.

Ante la imposibilidad de resumir aquí todos los trabajos que llenan esas 970 páginas, nos limitaremos a indicar algo de aquellos que, por razones varias, pueden interesar más al lector.

Entre las comunicaciones alemanas merecen subrayarse las de Baumann, Bockelmann, Engisch y Middendorff. Baumann expuso ya algunos problemas de la pena capital en su Lección de ingreso en la Universidad de Tubinga, el año 1959. Desde entonces, varias veces ha vuelto a tratar estos temas. En estas páginas, tituladas «La pena de muerte en el sistema de las reacciones juridicopenales», desarrolla detenidamente el sentido sacrificial y expiatorio que subyace en la pena capital, y que debe radicarse completamente. Bockelmann, el más decidido adversario de la pena de muerte entre los juristas alemanes, expone las razones en pro y en contra, reconociendo su irreparabilidad como el argumento más decisivo para la abolición de esta pena. El penalista-filósofo Engisch recorre con detalle los antecedentes históricos y analiza después los principales argumentos jurídicos, prescindiendo de los religiosos (aunque también les reconoce su valor), analiza con agudeza las razones en las teorías absolutas y en las relativas, se detiene al tratar de la irreparabilidad (en casos de error judicial), y concluye inclinándose

hacia el abolicionismo para evitar que se repitan las atrocidades de los tiempos nazis. Middendorff ofrece un interesante estudio histórico-criminológico acerca de la pena de muerte y el asesinato político, con gran riqueza de datos y con algunas observaciones que enriquecen sus anteriores publicaciones: *Todesstrafe. Ja oder Nein* (1962), y *Probleme und Aufgaben der historischen Kriminologie* (1967). El conocido criminólogo friburgués ha escrito posteriormente, con mayores dimensiones, sobre estos temas: *Der politische Mord. Ein Beitrag zur historischen Kriminologie* (1968).

Otros títulos de comunicaciones alemanas son: «La pena de muerte en el Derecho penal alemán (de Ricardo Lange, con datos estadísticos acerca de la opinión pública, y con exposición detallada de las razones que movieron a la abolición constitucional, en el artículo 102 de la Ley fundamental), «También en la República Federal Alemana: ¡nunca más la pena de muerte!» (de R. Maurach, con amplio desarrollo de siete argumentos abolicionistas), «La pena de muerte en la Alemania pretérita y actual» (de Federico Schaffstein que, como buen conocedor de la historia jurídica europea, presenta una atinada visión conjunta del desarrollo ideológico y legal, trata también algunos argumentos teológicos y psicológicos —subrayando la necesidad de conocer la total y profunda culpabilidad del condenado a muerte si se quiere justificar tal sanción estatal—, recuerda los peligros de la irreparabilidad, y destaca el cambio radical de las bases del problema durante los acontecimientos bélicos), «Comunicación al Coloquio que la Facultad de la Universidad de Coimbra organiza para festejar el centenario de la abolición de la pena de muerte en Portugal» (de E. Schmidhäuser), «La problemática de la pena capital en la República Federal Alemana» (de Karl Peters), «Cuatro tesis sobre la funcionalidad del Derecho en la sociedad humana» (de Erich Fechner), «la discusión acerca de la pena capital en la Alemania del siglo XIX» (de H. Coing), etc.

Entre los trabajos franceses conviene mencionar especialmente los de Marc Ancel y G. Levasseur. El primero trata de la abolición de la pena capital a la luz de la legislación y de la doctrina penal de hoy. El principal representante de la Nueva Defensa Social tiene también el mérito de ser el paladín en Francia del movimiento abolicionista. En estas páginas sintetiza lo medular de algunas de sus monografías anteriores sobre el tema, expone (junto a los argumentos tradicionales), los que él denomina «argumentos renovados», y analiza el posible misticismo teológico que subyace en muchas páginas escritas acerca y en pro de la pena capital. Este último punto, en el que coincide parcialmente con Baumann, merece considerarse con atención (y con espíritu crítico), para apreciar sus observaciones positivas y profundas.

Levasseur desarrolla atinadas consideraciones jurídicas sobre la pena de muerte, especialmente en el Derecho francés: legislación actual, lista de los crímenes capitales en tiempo de paz, lista de los crímenes capitales en tiempo de guerra o en el campo de la seguridad del Estado, influencia de la pena de muerte en la actividad de los Tribunales (sus discusiones y sus sentencias serían más objetivas si no existiese la pena de muerte, como ya indicó en 1959 M. Richard), perspectivas del futuro (al tratar de los posibles sustitutos de la pena capital se muestra enemigo de la castración como violadora de la dignidad humana, y enemigo también de la práctica estado-

unidense consistente en ofrecer a los condenados la posibilidad de prestarse a experimentaciones de investigación médica *in vivo*).

Otras comunicaciones francesas son debidas a J. Vernet («¿Los crímenes de sangre necesitan una represión sangrante?»), R. Vouin («Observaciones sobre la pena de muerte»), Paul Savey-Casard («Los argumentos de carácter religioso en las controversias sobre la pena de muerte en la Francia del siglo XIX»). Este trabajo del penalista-historiador lyonés contiene la respuesta a bastantes preguntas —superficiales más que tendenciosas—, que suelen vocearse públicamente. La cantera de la teología cristiana ha suministrado siempre —y con el transcurso del tiempo cada vez más—, elocuentes argumentos contra la pena de muerte. Como he escrito en otras ocasiones, los argumentos en pro de la pena capital que expusieron siglos ha ciertos teólogos-juristas no tienen vigencia actualmente (aunque es problemático afirmar o negar si la tenían entonces).

Italia ha presentado estudios importantes. Giorgio Del Vecchio confronta la pena de muerte con la justicia penal, Pietro Nuvolone expone la evolución legal y doctrinal en su nación a partir de Beccaria, esperando una futura mayor racionalización en este campo. Filippo Gramatica aboga por una abolición total de la pena de muerte, aun en la legislación especial, a la luz de los principios de la Defensa Social. Pisapia expone la actualidad del problema de la pena capital. Bettiol aprovecha una vez más la ocasión para censurar los criterios positivistas que, según él, tejen la urdimbre básica de la Nueva Defensa Social; propone la abolición de la pena capital para todos los delitos, especialmente para los delitos políticos, y funda los argumentos en su concepción de la pena como retribución personalista históricamente considerada. Merecen especial atención sus consideraciones, tan enérgicas como atinadas, respecto a la verdadera Democracia en relación con la pena capital.

Las comunicaciones procedentes de los Estados Unidos presentan rasgos peculiares; con metodología diversa a la europea, abocan, sin embargo, al mismo puerto abolicionista. Gerhard O. W. Mueller estudia el problema desde importantes puntos de vista: situación actual de la legislación estadounidense respecto a la pena de muerte (está abolida en trece Estados), evolución legislativa en los tiempos modernos, ejecuciones llevadas a cabo en los últimos treinta años, procedimiento para la imposición de esta pena (el jurado actualmente representa, en este punto, a la minoría de la población norteamericana, pues las estadísticas Gallup muestra que la mayor parte de la población rechaza la pena capital), líneas ideológicas de los norteamericanos actuales (criterios relativistas y retributivos —«The real encounter is on retribution»—), notas de Derecho comparado (dicho sea entre paréntesis que la cita de España adolece de imprecisión), y por fin concluye mostrándose decididamente abolicionista. Thorsten Sellin abunda en consideraciones semejantes, bajo el título «The Death Penalty in the United States». El matrimonio Sheldon y Eleanor Glueck prefiere hablar de las oportunidades que se presentan a la sociedad moderna para esforzarse más allá —beyond— de la pena de muerte, en el tratamiento científico y comprensivo de los jóvenes delincuentes.

También ofrecen reflexiones valiosas las páginas escritas por Eduardo Correia, Paul Cornil, Raymond Screvens, Fernando A. C. de Figueiredo, F. Wiaecker, Sebastián Soler (aparentemente discurre dentro del esquema tradicional, pero lo supera con argumentaciones profundas y originales), Paulo José Da Costa Jr., Nelson Hungria, Jean Graven (su trabajo es uno de los más amplios —cuarenta páginas—, de los más densos y de los más científicos que se presentaron en Coimbra), Nowakowski, Mendoza Trocomis, Norval Morris, etc.

La lectura de estas Comunicaciones muestra convincentemente —dentro de la niebla inevitable en este campo—, que la pena de muerte en tiempo de paz debe ser abolida para toda clase de delitos. Como ha escrito recientemente Sievert, «pocos datos criminológicos tan demostrados y demostrables como éste: la pena de muerte carece de la supuesta fuerza intimidativo-preventiva que le atribuyen sus defensores».

Felicitemos a la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra por la aportación científica y humana que nos brindan estos volúmenes tan elocuentes contra la pena capital.

A. BERISTÁIN

GOSSEL, Karl Heinz: «Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung» («Problemas de valoración del concepto de acción final»). Berlín, 1966; 133 págs.

En los últimos treinta años la cuestión de si el concepto de acción que Welzel pone como fundamento de todo el sistema jurídicopenal coincide con el concepto que de la acción tiene la Psicología moderna, no ha sido objeto de un estudio monográfico, a pesar de la importancia que esto tiene para comprobar la validez de todo el sistema finalista.

Si se parte, como hace el finalismo, de una vinculación del legislador y del intérprete a determinadas estructuras lógico-reales, habrá que determinar previamente el contenido de esas estructuras y ciertamente con ayuda de las ciencias que se ocupan especialmente de ellas. Por eso plantea Gössel, en la primera parte de su monografía, el problema de la relación entre Derecho y materia del Derecho, entre los conceptos jurídicos y los fenómenos por ellos descritos, afirmando que, efectivamente, el objeto es independiente y existe previamente al concepto, y que el concepto está vinculado al objeto tal como nos lo representan las ciencias especializadas que de ese objeto se ocupan. Negando, frente a la opinión de Engisch, que el jurista sólo está vinculado al objeto tal como nos lo presenta el saber vulgar.

Las consecuencias de esta afirmación para el concepto de acción en el campo del Derecho penal son claras: hay que averiguar cuál es el concepto ontológico de acción, y para ello hay que acudir a la ciencia que se ocupa de su estudio: la Psicología. Tras un exhaustivo y documentado estudio de las teorías psicológicas en torno a la estructura del actuar humano, llega a la conclusión de que ontológicamente el actuar humano es final, pero que en él deben acogerse también las vivencias impulsivas que lo ponen en marcha.

Este es el concepto de acción del que debe partir también el jurista. Ahora bien, en la valoración de ese concepto el jurista es libre y puede elegir las partes de él que le interesen, siempre que no desatienda sus elementos constitutivos esenciales. Este concepto de acción tiene que cumplir además una doble función, para poder servir de base a toda valoración jurídicopenal: una *básica* de servir de fundamento a todos los distintos hechos punibles imaginables y otra de *selección* de eliminar las formas del actuar humano irrelevantes desde el primer momento para el Derecho penal. La polémica sobre esta cuestión aún está latente. Gössel se adhiere fundamentalmente a los puntos de vista del finalismo.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

VON HIPPEL, Reinhardt: «*Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Versuchslehre*» («*Investigaciones sobre el desistimiento de la tentativa. Al mismo tiempo una aportación a la teoría general de la tentativa*»). Berlín, 1966; 78 págs.

Desde el punto de vista de un Derecho penal concebido teleológicamente, intenta el autor situar sistemáticamente el desistimiento en la tentativa como un elemento negativo del tipo de ésta, frente a la doctrina dominante en Alemania que lo considera como una causa de anulación de la pena.

Tras una aguda crítica de las teorías objetivas y subjetivas que intentan una fundamentación ontológica de la punición de la tentativa, llega a la conclusión de que la tentativa es una *puesta en peligro concreta* de los distintos bienes jurídicos protegidos en los tipos delictivos contenidos en la Parte Especial. Esto significa que hay que valorar las acciones y situaciones que, en atención a la protección de los bienes jurídicos, aparecen como insoportables. Objeto de esa valoración puede serlo sólo el hecho, en tanto que ya se ha realizado y en tanto se ha emancipado del autor. El objeto se determina funcionalmente en el momento temporal de la sentencia, pero la cuestión de que es lo que pertenece a ese objeto es una cuestión de relevancia normativa. Después de estas consideraciones, afirma Von Hippel que no hay inconveniente, desde un punto de vista teórico jurídico, en incluir el desistimiento en el tipo de la tentativa, pues existe ya una acción emancipada de su autor.

Seguidamente pasa a la fundamentación dogmática de esta afirmación. En este caso, afirma con razón, la pertenencia del desistimiento al tipo depende de si el concepto de acción que fundamenta el sistema lo permite. En esto no ve Von Hippel ninguna dificultad para un sistema teleológico, pues en éste el concepto de acción debe ser sustituido por el más amplio de hecho, en el que con una consideración unitaria de todo el acontecer delictivo puede ser incluido sin dificultad diversas acciones realizadas en diverso tiempo. Hasta aquí la opinión de Von Hippel.

Como crítica, debo decir, en primer lugar, que este breve ensayo es más un esquema, sugerente a veces, pero demasiado sutil y frecuentemente poco claro. No es nada fácil entender siempre la opinión de su autor.

En cuanto al contenido, hay que hacer notar que, aunque no se confiese expresamente, en el punto de partida teórico jurídico que el autor adopta, se observa una tendencia hacia la vieja consideración *ex post* de la acción típica en la tentativa, en la que lo decisivo era el punto de vista del juez en la sentencia. Frases como ésta: «la valoración se concretiza en el proceso y en la sentencia con valor de cosa juzgada material» (pág. 58), o ésta: «lo que funcionalmente es objeto de valoración se determina en el momento de la sentencia» (pág. 62), creo que lo demuestran claramente. Cierto es que en la sentencia debe realizarse una valoración de todo el acontecer delictivo, pero con esto todavía no se ha dicho nada sobre en cuál de las categorías delictivas debe incluirse el desistimiento, ni se demuestra por qué el concepto de acción, como base del sistema jurídico penal, debe ser sustituido por el más amplio de hecho (Tat).

La pertenencia del desistimiento al tipo de la tentativa, como elemento negativo de éste, depende más bien de si lo permite la naturaleza dogmática y la función políticocriminal del tipo, entendido éste como tipo de injusto.

Según la opinión dominante en Alemania, en el tipo de injusto deben encontrar acogida todas aquellas características que fundamentan el contenido del injusto de un delito. El tipo es la materia de prohibición, comprende todos los momentos que fundamentan el desvalor de un hecho, pero no los que lo excluyen o anulan. De aquí se deduce que el desistimiento, como elemento que excluye o anula el desvalor de la tentativa de un delito, no puede ser incluido en el tipo del delito intentado.

Pero mucho más claro es ésto, si se considera la función políticocriminal del tipo de injusto. Esta es doble: la *función de garantía*, por la que se realiza el principio *nulla poena, nullum crimen sine lege*; y la *función de motivación*, por la que se intenta, a través de la prohibición de la conducta, motivar en los ciudadanos que se abstengan de realizarla.

Esta función de motivación no la pueden cumplir las circunstancias que anulan o excluyen el desvalor de una acción. Así, por ejemplo, nadie mata a otro en legítima defensa, porque sepa que su conducta queda impune —que a lo mejor ni lo sabe—, sino porque no tiene otra posibilidad de alejar de sí o de un tercero un ataque inminente y antijurídico. El desvalor (la muerte de un hombre), debe estar ya fundamentado, si se pregunta por su justificación (la legítima defensa).

La naturaleza del desistimiento es distinta a la de las causas de justificación, pero el problema es el mismo. Tampoco aquí puede ser la impunidad un estímulo, un motivo para que el autor desista de consumar un delito, pues la realidad nos demuestra que en el 90 por 100 de los casos se desiste por los motivos más diversos, pero nunca o muy pocas veces por procurarse la impunidad, que, a lo mejor, se desconoce.

La función políticocriminal del tipo es distinta de la de las causas que excluyen o anulan el desvalor de un acto. Con el tipo se crea un estímulo para que la comunidad se abstenga de realizar determinadas conductas; con la impunidad en las causas de justificación o en el desistimiento voluntario de la consumación por ejemplo, se permite o se acepta excepcionalmente el desvalor ya fundamentado; la impunidad en sí misma no es ninguna motivación

para el autor y no cumple esa función que únicamente tiene asignada el tipo de injusto.

De todo esto se deduce que la tesis de Von Hippel de que el desistimiento voluntario en la tentativa sea un elemento negativo del tipo, así como la teoría de los elementos negativos del tipo mismo —por la que se incluyen en el tipo de injusto los presupuestos de las causas de justificación—, debe ser rechazada.

Por otra parte, las consecuencias que dicha tesis tiene en otras materias, en la participación, por ejemplo, son inadmisibles, y en el caso de una inducción a un asesinato, si el inducido autor material desiste voluntariamente de cometerlo, en virtud del principio de la acoesoriedad de la participación habría que absolver al inductor partícipe, ya que, según Von Hippel, ni siquiera existiría acto típico en el que poder participar.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

WEHNER, W.: «Historia de la Criminología», trad. de Ortega Masiá. Editorial Zeus, Barcelona, 1964; 396 págs.

Consta la obra de seis partes. En la primera se recoge lo que el autor llama el primer interrogatorio de la historia, que se remonta al año 1100 antes de nuestra era, y tiene lugar como consecuencia del saqueo de una pirámide y profanación de tumbas para sustraer los objetos de valor que había en ellas. Aquí ya se aplicó el tormento a los presuntos culpables. También corresponde a los egipcios el primer informe completo de una investigación criminal.

La parte segunda se ocupa de la lucha contra el delito desde la Edad Media hasta la Revolución Francesa. Se mencionan algunos sistemas de «ordalías», así como los esfuerzos realizados por Carlomagno para combatir la criminalidad, quien intentó crear un cuerpo de policía. Se ocupa del tormento y refleja un protocolo del año 1631, del suplicio de una mujer en Alemania, a pesar de estar encinta, que fue verdaderamente horroroso. Se recogen algunos pasajes de «la Carolina», que supone un gran avance en cuanto a las garantías de los ciudadanos en relación con la administración de justicia, en especial de los presuntos culpables; se determina cuándo procede el interrogatorio. Se hace mención del «Liber vagatorum», donde se refleja el *modus operandi* de algunos delincuentes. A mediados del siglo XVII, cuando París tenía medio millón de habitantes, el número de delincuentes era muy elevado; en las zonas dominadas por ellos ni la policía se atrevía a entrar, la cual era poco numerosa y mal armada.

La parte siguiente se ocupa de la época del detectivismo. A principios del siglo XVIII la situación inglesa de la organización policial y judicial era catastrófica. Estos cargos solían ser honoríficos, el premio a los policías se daba si capturaban a un delincuente o se limitaba a una indemnización privada cuando se trataba de la devolución de una cantidad. Aunque los jueces se les exigía, antes de ser nombrados, una cierta independencia económica, tanto éstos como aquéllos eran sobornables. A mediados de este si-

glo se crea el primer cuerpo de detectives del mundo. Se erigen también los orígenes de la policía francesa y norteamericana.

La parte cuarta está dedicada a los orígenes de la criminalística. Se hace referencia a las marcas, aunque se presta más atención al sistema antropométrico de identificación de Bertillon y a las huellas dactilares, considerando su valor en la antigüedad, cuyos orígenes datan del año 2000 antes de nuestra era, donde se estampaban en algunos escritos en Babilonia y Siria. Termina con algunos aspectos de la criminalidad en Estados Unidos y la aparición histórica del FBI.

La parte siguiente se ocupa de las ciencias al servicio de la policía y del consiguiente apoyo que le pueden prestar en la lucha contra el delito, señalando la aparición de los primeros laboratorios de técnica policial.

Termina la obra con unas descripciones de la criminalidad internacional y forma de combatirla.

Se aprecia en la obra el esfuerzo por hacer un estudio de los orígenes de la criminología. Sin embargo, con frecuencia, se mezcla esa finalidad con la forma de combatir el delito, introduciendo en el texto algunos hechos famosos. Por todo ello, creemos que la obra pierde uniformidad. Se tratan muchos aspectos pero sin profundizar en ninguno de ellos, por lo que la obra no responde fielmente a su título. Se ocupa del tema en Europa y Estados Unidos. De todas formas, el libro es de gran utilidad informativa para todos aquellos interesados en la problemática de la criminalidad.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

INSTITUT D'ETUDES EUROPEENNES: Droit Penal Européen («Derecho Penal Europeo») (Bruselas, 1970, Presses Universitaires); 665 págs.

Un año después del IV Convegno di Diritto penale celebrado en Bressanone, en el verano de 1967, sobre las «Prospettive per un Diritto penale europeo», el Instituto de Estudios Europeos celebra un Congreso de Derecho penal europeo, en Bruselas, durante los días 7, 8 y 9 de noviembre de 1968. Este volumen reproduce las conferencias pronunciadas (y los coloquios subsiguientes) en el Congreso, al que asistieron 172 especialistas de Alemania Federal, Bélgica (la mayor parte de los congresistas), Francia, Gran Bretaña, Holanda, Italia, Luxemburgo, Suecia y Suiza.

El Profesor Legros, en el discurso de clausura, califica este Congreso de innovador y de «revolucionario». Su afirmación, entendida en el mejor sentido de la palabra, merece nuestra aprobación, pues la tan deseada unificación de Europa y la supranacionalización del Derecho penal exigen avanzar por las líneas de fuerza marcadas en este simposio de primeras figuras (penalistas y europeístas).

Cinco conferenciantes estudian el tema del primer día: la protección de los derechos del hombre en el Derecho penal europeo. A. H. Robertson, Jefe de la Dirección de los derechos del hombre en el Consejo europeo, expone las relaciones entre la Convención europea de los derechos del hombre y el derecho interno —nacional— (en general), concluyendo que el derecho

instaurado por la Convención europea (como el derecho comunitario) no es ni un derecho nacional ni un derecho internacional, pues presenta elementos comunes de uno y de otro. H. Golsong, Director de los negociados jurídicos del Consejo de Europa, expone el derecho a la libertad de la persona tal como está garantizada en el artículo quinto de la Convención europea de los derechos del hombre, analizando las detenciones autorizadas en este artículo quinto en relación con el Derecho penal de los Estados contratantes, los derechos de las personas privadas de libertad (derecho a ser informado de las razones de su detención, derecho de ser presentado ante un juez, derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, derecho de recurso ante un tribunal, derecho a una reparación en caso de detención injusta e ilegal). Sobre este punto último dialogan los congresistas en el coloquio celebrado a continuación, y transcrito en las páginas 76 y siguientes. Jean Raymond, Miembro del Secretariado de la Comisión de los derechos del hombre, comenta el artículo sexto de la Convención europea de los derechos del hombre en relación con la ley nacional, con atinadas consideraciones acerca de los derechos mínimos de la defensa y de la presunción de inocencia del acusado. Apoyándose en el párrafo primero del mismo artículo. A. Mast, Consejero de Estado y Profesor en la Facultad de Derecho de Gante, establece una confrontación con el artículo décimo de la Declaración universal y con el artículo catorce del Pacto internacional. Jacques Velu, Director del Centro de Estudios de Derecho del Consejo de Europa en el Instituto de Estudios Europeos, explana las otras disposiciones de la Convención europea de los derechos del hombre (prescindiendo de los artículos quinto y sexto), en relación con el Derecho penal sustantivo y procesal de los Estados contratantes, especialmente: la legalidad de los delitos y de las penas (artículo séptimo), las causas de justificación (legítima defensa y estado de necesidad), las penas (de muerte, privativas de libertad, restrictivas de libertad, pecuniarias y restrictivas de derechos), la prisión preventiva, las jurisdicciones penales, los recursos, la extradición, etc. W. C. van Binsbergen, Profesor en la Universidad Utrecht, se aparta algo del tema general para estudiar los problemas de carácter penal que surgen en el funcionamiento de las comunidades europeas, entendiéndolo por tales la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de Energía Atómica.

La segunda parte del libro contiene los trabajos de la segunda jornada del Congreso, sobre el tema general «la aplicación de las leyes penales en las relaciones intraeuropeas». J. Vanhalewijn, Lector en la Universidad de Lovaina, estudia la extradición y la ayuda en materia penal de las autoridades judiciales en las relaciones intraeuropeas (Convenciones del 13 de diciembre de 1957, de 20 de abril de 1959, etc.), propugnando una mayor simplificación y unificación. J. Nepote, Secretario general de la Interpol, especifica la cooperación de las autoridades policiales en materia penal en las relaciones intraeuropeas: sus principios generales y sus campos principales de acción. J. Gilissen, Auditor general en el Tribunal militar y Profesor en la Universidad de Bruselas, a propósito de la aplicación de las leyes penales a los militares en el extranjero y las relaciones intraeuropeas, muestra las grandes innovaciones que van introduciéndose en la justicia penal mi-

litar con motivo de la permanencia de centenares de miles de soldados en el extranjero en los diferentes Estados de Europa Occidental, no como fuerzas ocupantes, sino como fuerzas aliadas, dando lugar a un sistema nuevo intermedio entre el tradicional (basado en la territorialidad casi absoluta de nuestros Códigos penales), y el consuetudinario fundado en la extraterritorialidad en provecho de las tropas extranjeras. W. Grützner, Ministerialrat en el Ministerio federal de Justicia de Alemania Occidental, estudia el reconocimiento en una nación europea de las consecuencias de una decisión penal adoptada en otra nación europea. P. E. Trousse, Profesor en la Universidad de Bruselas, glosa la reglamentación europea de las competencias legislativas y judiciales de las naciones en materia penal, con información muy completa de las actuales legislaciones nacionales respecto a los puntos más problemáticos.

La determinación, entre los países europeos, de los principios comunes en el terreno del Derecho penal, del procedimiento penal y del tratamiento de los delincuentes, es uno de los dos temas tratados el último día del Congreso. N. Bishop, Jefe de Sección de los problemas criminales del Consejo de Europa, expone las actividades del Consejo de Europa para la determinación (en los Estados miembros), de los principios comunes en materia de tratamiento de los delincuentes, destacando los estudios del Comité europeo para los problemas criminales, la publicación del boletín semestral, los estudios sobre la delincuencia juvenil y sobre la reeducación en las prisiones, etc. La lista de las publicaciones del Consejo (págs. 447 y sigs.), muestra qué problemas han interesado especialmente. J. Dupreel, Secretario general del Ministerio de Justicia y Profesor de la Universidad de Bruselas, expone los principios comunes adoptados respecto a la Probación y las otras medidas condicionales, concretamente la resolución (65) 1, del 22 de enero de 1965, y la Convención europea para la vigilancia de las personas condenadas o liberadas bajo condición, Convención número 51, del 30 de noviembre de 1964. L. H. C. Hulsman, Profesor en la Facultad de Derecho de Rotterdam, trata de los principios comunes adoptados acerca de la detención preventiva, que debe ser excepcional y sólo en casos de estricta necesidad, sin aplicarse con fines punitivos. R. Huenens, Funcionario del Ministerio de Justicia de Bruselas, comenta los derechos electorales, civiles y sociales de los detenidos. P. Cornil, Profesor de la Universidad de Bruselas, insiste en la necesidad de una mayor colaboración intereuropea para combatir las infracciones de tráfico; se refiere a la legislación española y especialmente al Proyecto de Convención del 30 de noviembre de 1964, que tan poco eco ha encontrado en los países europeos.

Acerca del tema final (cuarta parte del libro), «la colaboración en material penal y las tentativas de armonización de Derecho penal en ciertos grupos de Estados», hablan H. Romander, Procurador general del Tribunal Supremo de Suecia (sobre los intentos de unificación en los países nórdicos), B. de Schutter, de la Universidad de Bruselas (acerca de los similares intentos en los países del Benelux), y R. Screvens, Profesor de la Universidad de Bruselas. Este último analiza la colaboración en materia penal y los intentos de armonización del Derecho penal en ciertos grupos de Estados, con am-

plias visiones panorámicas de las varias partes europeas (no sólo occidentales).

La elaboración y la presentación de esta obra merecen sincera felicitación al Instituto de Estudios Europeos, especialmente por los resúmenes bilingües de las conferencias.

Esperamos que otros Congresos y otros libros como éste (y el de Bressanone de 1967), vayan preparando el camino a un próximo Derecho penal europeo que todos deseamos, y que contribuirá en gran manera a la unificación europea.

A. BERISTÁIN

HÜNERFELD, Peter: «Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal» («La evolución de la política criminal en Portugal»). Editorial Ludwig Röhrscheid. Bonn, 1971; 272 págs.

Esta excelente monografía consta de una introducción y cuatro partes. La introducción enmarca la problemática de todo el libro e inicia al lector en su estructura, mostrando la necesidad de exponer (junto a la evolución de la dogmática penal), la situación y evolución de los sistemas portugueses para la ejecución de las penas.

La primera parte analiza los brotes iniciales de la moderna ciencia jurídico-penal y penitenciaria en Portugal, el Derecho penal de las ordenanzas, la reforma (llevada a cabo por Pombal) de la enseñanza en la Universidad de Coimbra, la renovación del Derecho penal por obra de la egregia personalidad de Pascoal José de Mello Freire, la preparación (puesta en marcha por la reina María I), del proyecto de Código penal de 1789, que posteriormente continuarán Pereira y Sousa, Francisco Freire de Mello, Manuel da Veiga (Proyecto de 1833, aprobado por Decreto de 4 de enero de 1837, pero que no entró en vigor), y Silvestre Pinheiro Ferreira.

Tras los análisis de la doctrina jurídico-penal pasa a considerar cómo se llevaban a cabo entonces las penas: la escasez de instituciones penitenciarias, los valores positivos de algunos artículos de la Constitución de 1822, los intentos de reforma de algunos pioneros como Mello Freire y Pina Manique (el fundador de la «Casa Pía», en Lisboa, para educación y asistencia de jóvenes y delincuentes no graves), la apertura de la casa de Santa Margarita de Castona (para mujeres) y de la casa de Nuestra Señora del Socorro (para vagos y maleantes).

La parte segunda estudia el Derecho penal en tiempos de la ciencia clásica portuguesa: los orígenes de la «justiça social» inspirada en Pellegrino Rossi, las concepciones de Basilio Alberto, de F. A. F. da Silva Ferrao, y el influjo de la tendencia de enmienda (Besserung) sin perder importancia el aspecto de intimidación y escarmiento.

Peter Hünerfeld investiga con detalle el sistema penal del Código de 10 de diciembre de 1852 (predominantemente intimidatorio), y la mentalidad relativista de los correccionistas portugueses, influidos en parte por las

ideas de Krause, Roeder y Ahrens (cuyas ideas quedan brevemente expuestas en estas páginas). El correccionalismo portugués, conocido a fondo por Peter Hünerfeld en su tesis doctoral «Die rechtlichen Grundlagen der Wiedereingliederung der Verbrecher im portugiesischen Strafrecht und Strafvolzug», encuentra buenos mentores en Levy María Jordao (págs. 81-88) y Ayres de Gouvea (págs. 89-91), logrando notable eco en el Proyecto de Código penal de Dom Pedro V (años 1859, 1861, 1864), y en la Ley de primero de julio de 1867, obra del Ministro de Justicia, Barjona de Freitas, con la abolición de la pena de muerte (cuyo centenario se ha celebrado solemnemente en la Universidad de Coimbra) (1).

Para completar esta exposición, Hünerfeld analiza la concepción de la pena en la «Nova Reforma Penal» (de 14 de junio de 1884), que significó un rotundo triunfo de la escuela clásica, cuyos efectos aún perviven (al menos en parte), en el actual Derecho penal portugués. El entonces Ministro de Justicia, Lopo Vaz, expuso con claridad los rasgos teóricos fundamentales de la «Nova Reforma Penal» (págs. 104 y sigs.).

La evolución histórica del sistema portugués para la ejecución de las penas recibe en esta época fuertes impulsos del llamado «Sistema penitenciario», y va logrando notables progresos a la sombra del Código penal de Dom Pedro V, de la Ley de primero de diciembre de 1867, hasta lograr la apertura de la primera institución penitenciaria abierta en Lisboa, en septiembre de 1885, imitando las instituciones de Filadelfia y de Lovaina.

La parte tercera —la más rica en valores de exégesis científica—, expone el Derecho penal en el período de lucha con el positivismo. Consta de tres capítulos. El primero considera la teoría positivística en la ciencia penal portuguesa: sus comienzos como fruto de investigaciones criminológicas, sus luchas en el campo de la ejecución de las penas (con activas intervenciones del médico Senna, de Acevedo de Castello Branco, Director de la Casa penitenciaria de Lisboa, y de varios profesores de la Universidad de Coimbra, como Henriques da Silva). El segundo capítulo presenta los frutos logrados en la legislación acerca de las penas privativas de libertad (introducción de la libertad condicional y de la suspensión de la pena a prueba, por Ley de 6 de julio de 1893, la regulación de las penas cortas privativas de libertad por penas pecuniarias —posibles ya desde 1852—), los influjos del sistema Auburn en la Ley de 29 de enero de 1913, la introducción de los tres períodos, las innovaciones legales respecto a los inimputables, a los asociales (Ley de 21 de abril de 1892, y Ley de 20 de julio de 1912) y a los jóvenes menores de dieciséis años (Ley de Protección a la Infancia, de 27 de mayo de 1911).

El tercer capítulo describe la modernización del Derecho penal y del sistema penitenciario bajo el influjo extraordinario de José Bezeza dos Santos: Sus estudios y sus trabajos (especialmente su «Reforma prisional», de 28 de mayo de 1936), brindan abundante materia para conocer su concepción de las penas y de las medidas de seguridad que plasman en modificaciones legales, especialmente en el Decreto-Ley número 39.688, de 5 de junio de 1954,

(1) Como fruto de esta efemérides, la Universidad de Coimbra ha publicado los dos tomos: Pena de muerte. Coloquio internacional conmemorativo do centenario da abolição da pena de morte em Portugal. Tomo I, 410 páginas, tomo II, 560 págs.

y en innovaciones teóricas de gran envergadura, vivas todavía en los especialistas de hoy (págs. 241 y sigs.).

La discusión actual del Derecho penal portugués y la moderna orientación reformadora es el título de la cuarta parte. Estas páginas resumen la doctrina de Carabelo de Ferreira (con su síntesis de las teorías absoluta y resocializadora) y la concepción de Eduardo Correia: sus principios teóricos (culpabilidad penal, culpabilidad de autor, en la línea de Mezger y de Bockelman, pero con notables aportaciones originales) y su proyecto de Código penal (culpabilidad, penas y medidas de seguridad) (2).

Por fin, Hünerfeld confronta el Proyecto de Código penal de Eduardo Correia con el desarrollo de la actual Política criminal portuguesa, que tan respetuosa consideración merece en grandes penalistas alemanes.

Entre los muchos valores de esta monografía destacan la seriedad y profundidad científica con que investiga todos los problemas, la abundancia insuperable de documentación, y el fino sentido jurídico con que desarrolla todos los problemas importantes de la ciencia penal y penitenciaria portuguesa.

A. BERISTÁIN

WÜTENBERGER, Thomas: «Kriminalpolitik im Sozialen Rechtsstaat Ausgewählte Aufsätze und Vorträge (1948-1969)» («Política criminal en el Estado Social de Derecho. Monografías y conferencias escogidas. 1948-1969»). Stuttgart, 1970. Editorial Ferdinand Enke; 248 págs.

El estilo y el fin de este libro recuerdan, por sus semejanzas, otro —muy conocido— del mismo autor: «Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft» (2.^a edición, 1959) (Cfr. *Anuario Derecho Penal*, 1967, páginas 758 y sigs.). La temática que Würtenberger estudió entonces difiere del contenido de las páginas que ahora presentamos.

Esta publicación reúne importantes ideas y preocupaciones que brindan al lector una visión bastante completa de la Política criminal moderna. Apoyándose en el humanismo y en la justicia, pretende bosquejar y facilitar la teoría y la praxis de un Derecho penal verdaderamente social.

Siete capítulos exponen y discuten, desarrollados principalmente desde el punto de vista del moderno Estado social de Derecho, los problemas centrales para la renovadora información y formación de los penalistas, jueces, criminólogos, penitenciaristas, etc. Cada capítulo contiene dos artículos publicados (excepto los artículos décimo y último, que aparecen ahora por primera vez), entre los años 1948 y 1969, en revistas o libros a veces difíciles de alcanzar (sobre todo, fuera de Alemania).

(2) El 15 de noviembre de 1971 —pocos días después de aparecido este libro—, pronunció una conferencia en Madrid el Profesor Jorge de Figueiredo Dias (Profesor de la Facultad de Derecho de Coimbra), sobre «La Reforma del Derecho penal portugués: principios y orientaciones fundamentales», que muestra el valor del estudio de Hünerfeld.

El libro comienza con el capítulo titulado «Dignidad del hombre e imagen de la persona». Muestra los diversos significados del humanismo como valor del Derecho penal, y desarrolla la imagen de la persona que subyace en el moderno (a partir de 1927, cuando G. Radbruch escogió como tema de su lección inaugural, en la Universidad de Heidelberg, «El hombre en el Derecho»), orden jurídicopenal, tan distinto del de épocas pretéritas, cuando el delincuente era un endemoniado, un enfermo, un pobre...

«Sociología, Criminología Derecho penal» es la rúbrica del segundo capítulo. El Derecho penal, dice Würtenberger, aceptará y necesitará cada día más la colaboración de las ciencias del hombre para reestructurar la teoría del delito, de las penas, de las medidas, etc. (págs. 40 y sigs.), y para conseguir mayor eficacia en la Política criminal.

Acerca de la pena, el capítulo tercero analiza dos instituciones de importancia radical para muchos problemas de nuestra ciencia: la pena de muerte y la sentencia indeterminada. En el primer tema hubiéramos deseado conclusiones más concretas, aunque reconocemos que Würtenberger logra así una mayor profundidad y prudencia científica al explorar este campo tan minado de implicaciones religiosas, éticas, filosóficas, históricas, etc. En el segundo, desarrollado con especial detención y seriedad, llama la atención la valentía de sus conclusiones avanzadas y liberales que fluyen lógicamente después de amplios argumentos de suma consistencia.

El juez de menores (de jóvenes, mejor dicho), y sus tareas reeducadoras a la luz de las modernas teorías y de la legislación alemana (parágrafos 13, 14 y 45 de la J. G. G., de 1953), ofrecen campo para exponer, en el capítulo cuarto, los nuevos métodos pedagógicos que deben experimentarse en el moderno Derecho penal juvenil.

El capítulo siguiente trata del juez penal: su relación con la justicia social y su peculiar «ethos». Las páginas —inéditas hasta ahora— dedicadas a esta característica del juez, merecen especial consideración. Después de analizar las causas de la crisis que actualmente atraviesa el juez de lo penal (por los cambios sufridos en el concepto y fin de la sanción, del Estado, de las ciencias empíricas, etc.), expone los dos extremos que el encargado de administrar la justicia penal debe evitar: el autoritarismo y la blandura. La autoridad del juez proviene más de su capacidad «carismática» de contacto personal que de la determinación o imposición legal; pero, su misión difiere notablemente de la misión de los asistentes sociales, de los capellanes, de los educadores, etc. Su nuevo «ethos» brota de una nueva concepción de la justicia social, de la pena (como inyección revalorizadora del yo desvalorizado al delinquir), de la institución penitenciaria, etc.; y exige, en primer lugar, un conocimiento y reconocimiento teórico-fáctico del delincuente como persona, como conciudadano, como parte activa de su reinserción social, como sujeto de diálogo (sencillo, íntimo y sincero). Este encuentro interpersonal debe empezar ya en la instrucción del sumario, y debe prolongarse después de la determinación de la pena. El sistema angloamericano de división del proceso en dos fases —conviction y sentence—, ofrece notables ventajas para continuar el diálogo y para realizar las subsiguientes tareas resocializadoras que debe llevar a cabo, o controlar al menos, el juez de lo penal.

Los problemas acerca de la determinación de la pena (sus elementos irracionales y la fenomenología de la experiencia judicial) y de su ejecución constituyen la materia de los dos últimos capítulos. Ante la imposibilidad de exponer el contenido de estas páginas, nos limitamos a resumir el artículo (que aparece en este libro por primera vez, págs. 216-234), acerca de los horizontes de la reforma del Derecho penitenciario (alemán). La Comisión (de la que forma parte el profesor Würtenberger), encargada de preparar la Ley penitenciaria federal de Alemania Occidental, reconoce taxativa y unánimemente la resocialización como único fin de la ejecución de las penas privativas de libertad. Desentrañando esta idea fundamental y apoyándose en ella, Würtenberger estudia la situación jurídica del preso en el Estado de Derecho y en el Estado social de Derecho, demostrando la conveniencia de reducir la privación de libertad de los internados al mínimo exigido por la disciplina elemental indispensable. La seguridad y el orden externos preocupan mucho menos que el respeto y el desarrollo de los derechos de los reclusos: derecho al trabajo —justamente remunerado—, a la formación profesional y cultural, etc. La resocialización del preso como persona miembro de una comunidad jurídica debe colorear positivamente todo el horario, el reglamento y el ideal de la vida penitenciaria y de sus funcionarios. Para superar el peligro, tan frecuente actualmente, de un colectivismo igualitario de los individuos urge implantar en las instituciones penitenciarias una pedagogía pluridimensional. El horizonte del mañana inmediato debe cambiar radicalmente muchas prácticas y muchas ideas de hoy (1).

La pluma del catedrático friburgués muestra, una vez más, su elegancia de sencilla madurez que deleita al lector mientras le ilumina con la ordenada exposición y crítica de las aportaciones de los mejores especialistas en las ciencias penales y criminológicas.

De estos catorce artículos fluyen, entre otras, dos importantes consideraciones. Por una parte, la coincidencia sistemática de los varios escritos del profesor Würtenberger ya desde el año 1948, cuando la opinión general difería tanto de la actual; y, por otra parte, el influjo positivo que esta teoría pionera ha ejercido en la doctrina alemana (confróntense, por ejemplo, las tres Criminologías publicadas en 1971, por Hans Göppinger, Günther Kaiser y Hilde Kaufmann), y su legislación penal y penitenciaria. El proyecto de ley penitenciaria de Alemania Occidental, presentado al Ministro Federal de Justicia en 3 de febrero de 1971, acoge las principales reformas propuestas a lo largo de estas páginas.

La edición conjunta de estos artículos contribuirá notablemente a la modernización de la ciencia y de la praxis penal y penitenciaria, también fuera de Alemania.

Las últimas páginas ofrecen un amplio índice alfabético de las materias expuestas en todo el libro.

A. BERISTÁIN

(1) Más detalles en BERISTÁIN, *El delincuente en el Estado social de Derecho. Coordinadas para una reforma penitenciaria* (Ed. Reus, Madrid, 1971).

REVISTA DE REVISTAS

ESPAÑA

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Febrero de 1971

BERISTAIN, P. Antonio (S. J.): «Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado».

El P. Beristáin es uno de los penalistas españoles más activos en estos últimos tiempos. Asiste a Institutos, Congresos, Jornadas, sobre temas penales interviniendo en los debates, y después nos da cuenta de lo que esas reuniones han sido (1). Si en la literatura actual los penalistas españoles han preferido estudiar la dogmática del delito, el P. Beristáin se ha ocupado primordialmente de las teorías penales, esforzándose por compaginar la retribución con la defensa (2), para llegar a un Derecho penal conciliador, buscando precedentes en los canonistas (3). Le preocupa el problema penitenciario, exigiendo, para conseguir la reeducación, una relación personal lenta, reposada, amorosa, del educando con el educador (4).

Mas no se ha limitado a la penología; atiende también a la dogmática del delito y a la política criminal. La utilización de análisis dogmático para levantar sobre esta base consecuencias político-criminales es muy característico de dos monografías extensas en: *Objetivación y Finalismo en los accidentes del tráfico* («R. G. de L. y J.», diciembre de 1971), y en el trabajo ahora comentado. Antes de pasar adelante subrayaremos el acierto del camino seguido: no le basta al penalista encerrarse en el laberinto de la dogmática jurídica, en el cual es tan difícil encontrar criterios sistemáticos cuando las leyes no lo son, sino resultado del cruce entre principios distintos y muchas veces contradictorios.

(1) *Confrontation du droit pénal classique et de la défense social* (en «Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé», 1964, n. 4).—*Estructuración ideológica de la nueva defensa social*, ADP, 1941.

(2) *Fines de la pena, Importancia, Dificultad y Actualidad del tema*, en «R. G. de L. y J.» 1962.—*Un Derecho penal conciliador*, en ADP, 1967.

(3) *Un écumenisme historique en droit pénal. Reflexions sur le peine retributive chez les canonistes*, «Revue de Science criminelle et de droit pénal», 1965.

(4) *La reeducación del condenado*, Padua, 1964. Y, sobre todo, su más extensa contribución posterior sobre el tema: *El Delincuente en el Estado social de Derecho*, «R. G. de L. y J.», diciembre de 1971.

En análogo sentido (que continúa la tradición correccionalista española), se manifiesta en: *El abogado del diablo*, artículo publicado en la «Revista de Estudios Penitenciarios» (1965), y en *Juristas y psicólogos ante la delincuencia juvenil* («R. E. P.», 1965).

El artículo sobre las lesiones contiene 110 páginas. Es, pues, un verdadero libro. Llena un vacío, pues apenas se cuentan monografías, y los comentaristas no suelen tratar el tema de modo satisfactorio. Los preceptos del Código a ellas dedicados, son vetustos e insuficientes: contienen rasgos medievales y se alejan del Derecho penal moderno basado en la culpabilidad. La frecuencia de estos hechos (las estadísticas apenas si cuentan cifras superiores en los hurtos y en los robos con fuerza en las cosas), da lugar diariamente a sentencias de los tribunales que escandalizan no sólo al penalista, sino también al público. Todo el mundo encuentra absurdo que la gravedad de la infracción se mida por el número de días de la curación. Ya dijo D. Pedro Gómez de la Serna, en las discusiones sobre el Código de 1848 en el Congreso, que esto sería equivalente a dejar el pronunciamiento de la sentencia al médico forense. Y hoy podremos decir: sí, no obstante el clima de mayor violencia (al que alude el P. Beristáin), no han crecido desmesuradamente el número de condenados por estos delitos, ha sido principalmente gracias a los antibióticos, que convirtieron los delitos en faltas. La importancia de las lesiones se deduce de que, junto a las figuras delictivas exclusivamente dedicadas a ellas, hay referencias (conexiones o llamadas, según la nomenclatura de Ortego), en otros tipos delictivos.

Después del apartado sobre «La importancia cuantitativa y cualitativa», se ocupa del «análisis dogmático de la legislación española» a ellas referente. La actual es una mezcla híbrida de fuentes romanas y germanas. Por otra parte, nuestra legislación ha superado casi totalmente la confusión multiseccular (de origen romano) entre lesiones e injurias reales. Pero sobresalen, entre muchas y notables imperfecciones, las cinco siguientes: la sistemática defectuosa, la falta de un concepto genérico, el casuismo excesivo, la violación del principio de la culpabilidad y la penalidad desproporcionada.

La sistemática del Código penal adolece de dispersión y confusionismo en el título VIII del libro segundo, y en el título III del libro tercero, donde se mezclan las faltas de lesiones con los malos tratos. Y los defectos sistemáticos del Código repercuten en la jurisprudencia y en la doctrina.

Falta en el Código una definición del delito de lesiones y tampoco la jurisprudencia ha conseguido la suficiente claridad. Tampoco los penalistas españoles han conseguido el suficiente esclarecimiento. A la vista de lo expuesto, debe decirse que el Derecho penal español entiende por lesión toda acción u omisión que produzca una perturbación en la incolumidad o el bienestar corporal, o una disminución en la capacidad laboral. El bien jurídico resultaría tridimensional: la incolumidad, la salud y la integridad corporal.

La rúbrica del título VIII del libro segundo debiera decir: «Infracciones contra la vida y contra la incolumidad corporal de las personas». Especial consideración merece la palabra incolumidad, que el P. Beristáin interpreta valiéndose de textos clásicos: Cicerón, César, Plauto, etc. Al parecer de algunos comentaristas y de algunas sentencias del Tribunal Supremo, los verbos herir, golpear o maltratar de obra no alcanzan las omisiones ni el empleo de medios morales. Pero si se pretende interpretar los malos

tratos del artículo 420 en sentido restringido, con mayor razón puede hacerse en las otras figuras, golpe o maltrato de obra. La mayor parte de ellas no tienen el campo limitado por los medios comisivos.

Después de unas observaciones acerca de los problemas concursales (sobre los cuales dice ser Rodríguez Devesa quien mejor los ha tratado), pasa a tratar del casuismo excesivo, la violación del principio de culpabilidad y de la penalidad. Temas que han sido estudiados ciertamente por los comentaristas anteriores, pero en el artículo-libro del P. Beristáin adquieren la más segura crítica y razonadas propuestas de corrección. Si eran lamentables en los textos de 1822 y de 1848, los defectos se aumentaron en las reformas de 1870, 1944 y 1963. En esta última revisión del Código se introdujo el nuevo contenido del artículo 428, relativo al consentimiento en las lesiones, que al autor del trabajo reseñado le parece «enigmático». Añade que a pesar de la pluralidad excesiva de tipos, como falta un concepto general, pueden quedar sin incriminar conductas lesivas dignas de sanción, siendo esto uno de los defectos peores del casuismo. Otros son: la imposibilidad de apreciar las formas imperfectas de ejecución y la violación del principio de culpabilidad. Este último es tratado con gran amplitud, como corresponde a su capital importancia. Finalmente, la penalidad de las lesiones ofrece lamentables incongruencias.

Señaladas las deficiencias vigentes, el P. Beristáin pasa a contemplar el panorama comparativo; contemplación necesaria para adoptar caminos nuevos mejores que los actualmente seguidos. Se nos expone una amplia bibliografía y el examen de las particularidades en las principales legislaciones extranjeras, clasificadas en los oportunos apartados: Europa Occidental, Países marxistas, Gran Bretaña y Estados Unidos, América del Sur. Después de haber visto las notas más características en algunos de los principales ordenamientos legales y doctrinales contemporáneos, le parece oportuno, como resumen de lo anteriormente expuesto, señalar los rasgos comunes respecto a la sistemática, el concepto, la clasificación, la culpabilidad y la penalidad (o sea, respecto a los defectos más principales del Derecho penal español), en las naciones antes estudiadas y en otras más.

El último capítulo, bajo la rúbrica «Resumen y conclusiones de *lege ferenda*», presenta el programa, imposible de transcribir en esta reseña, que debe guiar al futuro legislador para borrar en un Código nuevo, lo que hoy —según mi parecer—, es un baldón de nuestra legislación penal; cuya aparición se explica por la obsesión legalista decimonónica y su persistencia por la premura con que se han realizado todas las reformas del Código, engañándose sobre la próxima modificación total.

Un extenso apéndice de documentos legislativos termina esta monografía, la más completa crítica de una de las partes de nuestra legislación penal más necesitadas de sustitución (5).

JOSÉ ANTÓN ONECA

(5) Otro estudio político criminal, paraje al comentado, del mismo autor es: *La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana* («Revista de Legislación y Jurisprudencia», 1966).

INTERPOL**REVISTA INTERNACIONAL DE POLICIA CRIMINAL**

Número 250. Agosto-septiembre 1971

O. C. N. Suiza de Interpol: «El secreto bancario en Suiza».

El artículo II de la Ley Federal de 22 de enero de 1892 sobre extradición excluye, entre otros delitos, los que infringen las leyes fiscales. Esto justifica la actitud de las autoridades suizas cuando se les pide ayuda en materia de delitos fiscales, como puede ser la evasión de capitales; esa ayuda está prohibida tanto a la autoridad judicial como a la policial. La evasión de capitales no justifica esa ayuda en el campo internacional. En una decisión del Tribunal Federal (ATF 64, II, 98), se recoge: «Las restricciones introducidas por ciertos Estados en su legislación sobre las divisas se encuentran en clara contradicción con el orden público suizo». El delito de transmisión de información económica se recoge en el artículo 273 del Código penal.

Para una mayor garantía existen en los bancos las cuentas numeradas, pero esto no quiere decir que esa numeración no corresponda a personas concretas y determinadas. Estas cuentas no tienen otra finalidad que reducir el número de empleados del banco que conocen la identidad de los titulares.

De todas formas, el secreto bancario en Suiza no es absoluto, pues cuando el interés superior de la comunidad lo exige, los bancos están obligados a proporcionar información. Con relación a otros países, con los que se tenga firmado un convenio de interayuda judicial, se informa, pero sólo cuando se trate de perseguir delitos de Derecho común, negándose para los casos de delitos fiscales, por no ser esto infracción en este país.

En suma, el secreto bancario es de alcance internacional, existe en todos los países, lo que ocurre es que en Suiza es más riguroso, por lo que ofrece mayores garantías; de esta forma, se consigue que llegue a sus bancos dinero procedente de todas las partes del mundo, no pocas veces conseguido o sacado del país de origen de forma ilegal.

Número 251. Octubre 1971

NORMANDEAU, A.: «El crimen organizado en Canadá y en Quebec».

Mientras una gran parte del público es indiferente al crimen organizado, otra tiene una visión deformada de la realidad; esto se debe al silencio de las fuerzas policiales y al sensacionalismo fragmentario de los órganos de información. El crimen organizado de la provincia de Quebec está estrechamente relacionado con el de Estados Unidos. Hoy controlan el juego y los estupefacientes, siendo también importante el chantaje de protección. Se hace referencia a los ajustes de cuentas entre las organizaciones crimina-

les, cuyos enfrentamientos armados suelen originarse en los períodos en que ninguna organización logra obtener el control absoluto de una región.

Para que la lucha contra esta forma de criminalidad sea eficaz, es necesario superar, entre otras cosas: la fragmentación de las fuerzas policiales, que impide toda acción concertada contra el crimen organizado; la apatía y la ignorancia del público, así como las desigualdades sociales que dan lugar a un descontento en determinado sector de la población.

Número 252. Noviembre 1971

FURNESS, J.: «La odontología legal».

Estima el autor que la dentadura de las personas, aun en el caso de que falte alguna pieza o haya sido sustituida por otra, es un medio tan eficaz para la identificación de personas como lo pueden ser las huellas dactilares. La odontología legal se basa en que no hay posibilidad de que los adultos tengan un esquema dental idéntico. Por otra parte, dice, que mientras las huellas pueden destruirse con gran facilidad por incineración, descomposición o mutilación, los dientes son el tejido del cuerpo humano de más difícil destrucción después de la muerte. Recoge su importancia para la identificación de cadáveres, así como su valor en algunos delitos y cuando la víctima es mordida.

No cabe duda de que en algún caso la dentadura ha servido para la identificación del autor de un delito, de cadáveres descuartizados o en período de putrefacción o cuando solamente queda el esqueleto. Sin embargo, estos supuestos son poco frecuentes. Por otra parte, no se puede comparar la eficacia de la odontología legal a la que ofrece la dactiloscopia, pues, entre otras cosas, su sistema de clasificación no puede ser tan seguro, científico y eficaz como en las huellas dactilares.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

ITALIA

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE

Año 1970. Fascículo IV

BRICOLA: «Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell' attuale dimensione del fenomeno societario»; págs. 951 y sigs.

El estudio de Bricola constituye una aportación esclarecedora del cambio de sentido del principio de la irresponsabilidad penal de la persona jurídica en la ciencia y la legislación contemporáneas.

Una introducción pone de relieve los argumentos tradicionales y las objeciones que cabe dirigirlos. Bricola acepta puntos de vista coincidentes con las tesis organicistas, que le permiten identificar la actuación del órgano con la de la propia persona moral. Esta perspectiva está en la base del análisis lógico-conceptual, histórico, dogmático y constitucional que el trabajo presenta.

Su mayor interés se halla en el estudio del Derecho penal comparado actual. La exposición de conjunto es, en este sentido, valiosa. En los países socialistas, la identificación entre empresa y Estado ha conducido a que sólo el órgano responda en vía penal. Yugoslavia muestra matices al respecto y presenta ejemplos de responsabilidad directa del ente porque, frente al Estado, éste posee cierto grado de autonomía.

El Derecho anglosajón no ha recibido las doctrinas tradicionales de la ficción y de la realidad. La invocación procesal de la imposibilidad de comparecencia de los entes en el juicio y la sustancial de no poder actuar maliciosamente, determinaron que la responsabilidad penal fuera inicialmente rechazada. A esta tesis histórica se le ha enfrentado la realidad del fenómeno económico societario, que ha engendrado un proceso superador de tales actitudes negativas. En 1874 se establecen responsabilidades penales; el proceso se extiende a finales del siglo XIX y se completa en el período bélico. En la Criminal Justice Act de 1948 se proclama la convertibilidad de la pena privativa de libertad en una pena pecuniaria frente a las sociedades, que previamente sólo respondían por hechos sancionados con penas pecuniarias.

El sistema americano muestra un pragmatismo más acusado. Ejemplo a citar es el Código del Estado de Nueva York de 1882, en el que se prevén sanciones penales para el ente, al lado de las establecidas para directores, empleados, etc. Los Tribunales norteamericanos han demostrado gran flexibilidad a la hora de proclamar la responsabilidad penal de la sociedad. En algunos casos parece haber sido desbordada la presunción constitucional de inocencia, una tendencia que pretende mitigarse por el *Modern Penal Code*, al disponer: «Una sociedad sólo puede ser condenada por la comisión de un delito si: a) ... El delito está definido en un texto del Código del que se derive claramente la intención del legislador de configurar una responsabilidad de la sociedad y el acto es realizado por persona autorizada a obrar en nombre suyo...; b) si el delito consiste en la omisión por la sociedad de un acto debido; c) si la comisión del delito ha sido autorizada u ordenada por el consejo o un miembro del órgano superior ejecutivo que actúe en nombre de la sociedad en el ámbito de sus funciones». Las decisiones judiciales más frecuentes se refieren a infracciones de la jornada laboral, descanso dominical, disposiciones relativas a alimentos, bebidas, circulación vial, etc.

El pensamiento de la realidad de la persona moral suele constituir en Francia el punto de partida. En la doctrina se repara en la frecuencia de la quiebra, falsificación de marcas, competencia desleal, etc., y se afirma la posibilidad de individualizar medidas penales con las que conseguir finalidades de prevención especial. El proyecto de Código penal de 1934 (artículo 115), preveía condenas a penas pecuniarias. La *ordonnance* de 5 de

mayo de 1945, penas para las sociedades titulares de empresas periodísticas y similares incurso en conductas de colaboracionismo. La ley francesa de sociedades de 24 de julio de 1966 no afronta, sin embargo, el problema.

Alemania ha mantenido una actitud contraria, tradicionalmente, a la admisión de la responsabilidad. La doctrina finalista, advierte Bricola, favorece esta concepción. En los trabajos preparatorios de la reforma del Código el tema ha sido orientado en la dirección de utilizar la multa administrativa, un camino que se percibe en la ley de contravenciones al orden de 24 de mayo de 1968, que ha dado nueva redacción al parágrafo 42 del Código penal, haciendo posible la extensión del comiso al ente societario en caso de delito cometido por sus órganos. Bricola ofrece numerosas indicaciones sobre la situación alemana en el seno del Derecho de las contravenciones al orden y examina después el Derecho suizo y el de otros países, con alusiones breves a la situación española.

En Italia los problemas arrancan, primordialmente, del artículo 27 de la Constitución, en el que se establece el carácter personal de la responsabilidad penal. La tesis organicista permite, a juicio de Bricola, superar el límite constitucional indicado, dejando a salvo el principio de la responsabilidad por hecho propio, pese a la dualidad existente entre ejecución material de la conducta delictiva y sujeto representado. Lo que es impedido por la interpretación del precepto constitucional en el sentido del postulado *nulla poena sine culpa* es, según el autor, las penas en sentido estricto, mas no las medidas de seguridad acordadas frente al ente societario. En relación con el elenco de posibles medidas de seguridad frente al mismo, Bricola efectúa precisiones de indudable interés.

El fascículo contiene un estudio de VINCIGUERRA, S., sobre *Distrazione e peculato*. También los temas de la malversación de caudales toman en Italia un perfil actual. El estudio de Vinciguerra es notable por el análisis de las formas de ejecución del delito a que se refiere el título de trabajo.

El resto se halla dedicado a problemas procesales y notas a sentencias. Las penales se refieren por REGINA, A., a *Diritto potestativo ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni*; BARTULLI, A., trata de *Commissione di un atto di ufficio e responsabilità ex art. 324 c. p.*, y MUSCO, E., de *Comune sentimento del pudore e art. 25 comma 2.º Cost.*

LA SCUOLA POSITIVA

Año 1971. Fascículo 1

SANTORO, A.: «Cinquant' anni di esperienze di un penalista. Ricordi e riflessioni»; págs. 3 y sigs.

• En las páginas de Santoro, una de las personalidades más destacadas del positivismo contemporáneo, hay un balance de esta dirección científica que acaba por adquirir más el carácter de memorias personales que el de análisis de los resultados, conquistas u horizontes después de medio siglo de experiencia. En esto radica, acaso, el mayor interés del estudio, a cuyo través

desfila la vida de la revista en circunstancias históricas cambiantes, sus vicisitudes bajo luces políticas diversas, las vacilaciones por que ha atravesado su existencia, etc. La fuerte personalidad de Ferri se halla siempre en el horizonte de estas páginas, en las que es posible percibir su actitud socialista creadora y progresiva, y en los últimos años de su vida, adivinar sus condescendencias con la política fascista. Este desfile de personalidades de la «escuela» constituye una verdadera galería del positivismo desde sus orígenes hasta la actualidad. La prosa de Santoro vacila a veces bajo el peso de los años, pero progresa siempre recordando la anécdota interesante y sugestiva —como cuando recuerda la amenaza de la prohibición de la Revista por el fascismo, en virtud de la publicación de un artículo de Carnevale sobre la pena de muerte—, o cuando recuerda los trabajos para la elaboración del Código penal de 1930.

El escrito de Santoro suscitará, sin duda, un sentimiento de estimación, tanto en quienes compartan sus posiciones como en quienes, por el contrario, se hallen lejos de ellas. A través de él, se percibe una entrega sostenida a la ciencia de los delitos y de las penas y el orgullo moral de una actitud idéntica a través de épocas diversas y cambiantes.

BARBERO SANTOS, M.: «*Il "bandolerismo" nega legislazione spagnola*»; págs. 52 y sigs.

Trátase de la versión en lengua italiana, efectuada por A. Baratta, del estudio publicado por el autor en este ANUARIO con el título *El bandolerismo en la legislación vigente* (1970, págs. 256 y sigs.), incrementado ahora con un nuevo apartado, que con la rúbrica «Comentario a una sentencia», estudia la sentencia del Consejo de Guerra de Burgos de 27 de diciembre de 1970.

Ranieri, bajo el lema *Ancora sulla riforma del processo penale*, se ocupa en forma epistolar de la eventual introducción de un proceso acusatorio semejante al inglés, en el Derecho italiano, sobre lo que muestra serias reservas.

LA GIUSTIZIA PENALE

Año 1970. Fascículo X

La sección doctrinal contiene un estudio de PERSIANI, A., *Criminologia: Fatti e idee della Svezia* (P. I, Col. 385), que ofrece una imagen amplia sobre las peculiaridades del sistema correccional de dicho país escandinavo. Trabajo de indudable interés por los datos que proporciona, más que por la interpretaciones que frecuentemente se realizan sobre ellos.

BISIO, B., escribe sobre *L'esame del profondo in medicina forense* (P. I, Col. 433), mientras que el resto de los artículos tienen un interés menor.

Fascículo XI

Un trabajo de MUSCOLO, P., *Fondamento, natura e limiti della colpa medica* (P. I, Col. 449), analiza con detalle los diversos aspectos de la profesión médica y trata de centrar las posibilidades de una acción imprudente en cada momento correlativo. Distingue así una culpa en el diagnóstico, pronóstico, tratamiento, ejecución del mismo, en las intervenciones quirúrgicas y, en fin, en el trasplante de órganos. El estudio queda en un terreno medio entre la casuística y los conceptos jurídicos, que sin embargo, posee interés indudable.

D'ANGELO, con el título *Ancora sull'adulterio e la Corte Costituzionale* (P. I, Col. 468), escribe sobre la declaración de anticonstitucionalidad de la relación adulterina y del concubinato, consecuente a la anteriormente recaída respecto al adulterio de la mujer. Las sentencias de la Corte constitucional son de 19 de diciembre de 1968 y de 3 de diciembre de 1969.

Fascículo XII

La sección de doctrina se dedica a temas procesales.

BISIO, B., escribe sobre *Valori psicologici del giudizio: la testimonianza* (P. I, Col. 481).

ANGEL TORIO

NACIONES UNIDAS**REVISTA INTERNACIONAL DE POLITICA CRIMINAL****Número 27. Año 1969**

Consta la revista de cuatro partes, siendo su temática general el problema de la prevención del delito, tratamiento del delincuente y la participación del público en estas tareas.

La parte primera recoge ocho artículos, de otros tantos autores. Del contenido de los mismos cabe destacar:

Se estima de gran interés la participación de la comunidad en la administración de la justicia criminal. Se critica en ocasiones el sistema tradicional y las reformas introducidas por algunos gobiernos coloniales. Se examina el sistema de jurados, su competencia y extensión, así como sus ventajas e inconvenientes; también se hace referencia a los tribunales mixtos, donde intervienen elementos profesionales y asesores populares, que no suelen dar buenos resultados. Se recoge el sistema de los países socialistas reflejado en los tribunales de camaradas, siendo su función principal la preventiva. Se critica la mentalidad judicial que no suele tener para nada en cuenta la realidad social.

En materia de defensa social se insiste en la importancia que tiene la participación del público en esas tareas, que pueden ser de colaboración en

la lucha contra el crimen, de presiones sobre los órganos políticos para que se ocupen más de estos problemas y de prevenirse como posibles víctimas. En todo caso, el ciudadano debe cumplir, por lo menos, las obligaciones que la ley le impone con la administración de justicia.

En materia de participación social en el tratamiento de los delincuentes se destaca la insistencia de que los reclusos siguen formando parte de la sociedad y no han sido excluidos de la función que a cada uno le corresponde en el seno de la misma. Los directores de los establecimientos deben ser los mediadores entre los reclusos y la comunidad. Pero la asistencia del público no debe limitarse a la vida carcelaria, sino que debe seguir fuera del establecimiento, como puede ser la libertad vigilada y diversas formas de ayuda material y moral.

La parte segunda está dedicada a las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y el tratamiento del delincuente. Se consideran como temas de interés la forma en que la planificación económica puede contribuir a la disminución de la criminalidad; la forma en que los esfuerzos encaminados a reducir la delincuencia pueden contribuir simultáneamente a promover el desarrollo nacional, y la forma en que el planificador puede ayudar a los criminólogos y administradores de la defensa social a conseguir su objetivo, así como la forma en que éstos pueden colaborar en la planificación del desarrollo nacional. Se estudia la relación entre delito y cambio social, sin llegar a soluciones concretas. Se considera necesario prestar especial interés a los efectos desfavorables de ciertas formas de urbanización e industrialización rápidas. Se recomienda el mantenimiento de una comunicación permanente entre los planificadores económicos y sociales y los expertos en defensa social, para de esta forma lograr una planificación eficaz que ayude a prevenir y reducir la delincuencia de menores y adultos. Internacionalmente se conoce muy poco de los recursos nacionales para investigación en el campo de la defensa social.

Se recogen los estudios de tres reuniones de expertos en defensa social —regiones de Africa, Asia, Latinoamérica y del Caribe—, preparatorias del cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuentes. Como consideraciones generales cabe destacar:

— Dentro de la población es la juventud el grupo social que se encuentra con mayor peligro de caer en el delito, por lo que una buena orientación de los chicos puede ser eficaz en la prevención.

— El progreso económico suele llevar consigo un aumento de la criminalidad.

— En la mayoría de los países se presta más apoyo a la policía y prisiones que los apoyos de prueba, libertad condicional, los post-penitenciarios y de rehabilitación.

— Se considera fundamental la participación del público en la prevención y lucha contra el delito.

— Escasez de información, conocimientos criminológicos y falta de personal especializado.

— Faltan recursos suficientes para emprender tareas de defensa social.

— En cuanto a la aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, se puede decir que prácticamente no se observan en su totalidad en ningún país de esas regiones, unas veces por ir contra los esquemas tradicionales y otras por inadecuación de los sistemas penitenciarios.

La parte siguiente se ocupa de la tercera reunión de los jefes de administraciones penitenciarias y el desarrollo de la política de defensa social. Se estudian dos temas: el tratamiento penitenciario de las mujeres y los problemas concernientes al tratamiento carcelario de los jóvenes adultos que han estado ya internados, cuando eran menores de edad, en instituciones de reeducación. Consideran que la mujer reclusa plantea más problemas que el hombre, debiendo insistirse más en el tratamiento psiquiátrico y motivaciones femeninas. Por ser menor la población penal de éstas que de los varones, en todos los países se les presta menor atención. En cuanto a los chicos jóvenes que ya pasaron por instituciones de reeducación no suelen crear problemas; ya saben lo que han de hacer para estar en buenas relaciones con el personal del establecimiento. Es difícil poder influir en su personalidad con miras a la recuperación, pues hay una desintegración de su personalidad. La mejor solución para éstos es seguir un tratamiento de vida en libertad.

La última parte está dedicada a la información sobre la participación del público en la prevención del delito y la lucha contra la delincuencia en diversos países. En Bélgica son muchas las organizaciones que prestan ayuda moral y social. Sin embargo, la población no se interesa por los delincuentes adultos, ni se preocupa en colaborar en los planes de readaptación de los ex reclusos.

En Ceilán hay una gran tradición en cuanto a la participación de la población en la prevención de la delincuencia: comienza en las escuelas primarias, donde al niño se le enseña a respetar el orden público y evitar la comisión de delitos. También se asiste a los reclusos y a los jóvenes que salen de los reformatorios.

En Japón el público participa ampliamente de diversas formas; las principales son: El funcionario, con calidad de voluntario, del régimen de prueba, cuyo número es de 50.000; la Organización de Ayuda a la Readaptación, que dispone de unas 130 oficinas que administran los albergues de ayuda para la readaptación —tanto los primeros como los que trabajan en éstos reciben una pequeña remuneración por sus servicios—, y la Asociación del Hermano Mayor, formada por jóvenes trabajadores y estudiantes, son unos 10.000, y su misión es entablar amistad con los jóvenes delincuentes y ayudarles a su readaptación.

Cabe observar del contenido de la revista la diferencia de sistemática entre los países, que se acentúan cuando se comparan los continentes, por lo que no hay posibilidad de una equiparación en lo penal, procesal y penitenciario en cuanto a la participación de la sociedad en estas tareas, ya que a veces las distancias son insalvables. De todas formas, no confiamos en la posibilidad de encontrar, por lo menos en nuestro sistema occidental, personal suficiente que, sin estar remunerado, esté dispuesto a cooperar en esas funciones. Sería muy importante que la sociedad tomara conciencia de la importancia que tiene para ella la lucha contra uno de sus enemigos más

peligrosos, la delincuencia; de todos modos, no se encuentran muchos de los países preparados para ello, pues habría que modificar sus actuales estructuras políticas, económicas y sociales. También queda claro que son pocos los estudios y conocimientos criminológicos, así como la casi ausencia de personal especializado para la defensa social.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

NOTICARIO

CONFERENCIA DE DIRECTORES DE INSTITUTOS DE INVESTIGACION CRIMINOLOGICA. CONSEJO DE EUROPA, 1971

En Estrasburgo, del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 1971, se celebró la IX Conferencia de Directores de Institutos de Investigación Criminológica, organizada por el Consejo de Europa y presidida por el profesor Ludwid Hulsman, Presidente del Comité Europeo para los problemas criminales y el Magistrado del Tribunal de Casación francés M. Ancel, Presidente del Centro Francés de Derecho Comparado.

Asistieron criminólogos de catorce países miembros del Consejo de Europa, y el objeto de la Conferencia era elaborar una nueva definición del crimen y del criminal, teniendo en cuenta las condiciones de la sociedad moderna.

Los documentos de trabajo fueron tres «rapports» elaborados por el profesor Kutschinski (Universidad de Copenhague), el magistrado S. C. Versele (Centro de Sociología del Derecho y de la Justicia, Universidad Libre de Bruselas), y los señores Ferracuti y Newman (Instituto de las Naciones Unidas para la investigación de materia de defensa social).

El relator, Kutschinski, partiendo de la idea que del crimen se forma «el hombre de la calle», trata de evaluar el conocimiento y la opinión del público ante la ley y sus infracciones, examina los diferentes factores que influyen en la percepción del crimen y, en conclusión, comprueba los cambios de actitud frente al crimen.

El Magistrado Versele se ocupó de la percepción del desvío y de la criminalidad cuya confrontación, dijo, cuestiona incluso el principio de una represión fundada sobre la metafísica opresiva de una presumida responsabilidad moral, subrayando que una percepción correcta de la patología social postula implicar *en el mismo momento* la sociología, la criminología y el Derecho, como la dialéctica constante que se ejercita entre la ley, la justicia y la opinión.

El «rapport» de Versele afronta, consecuente y dignamente, tanto la «contestación» del sistema penal actual como la necesidad de integrar el Derecho en el hecho antropológico y social. Sus observaciones indican «cómo el Derecho, la criminalidad y la sociología se asolan en la problemática de la patología social, destacando las preguntas que plantea un análisis menos convencional de nociones o criterios demasiado fácilmente considerados como «evidentes».

Esto dicho, quien esté al corriente de las tareas y publicaciones del ilustre magistrado belga en el campo de la criminología y de la defensa social, comprenderá fácilmente el rico contenido de este trabajo que trata desde la conciencia social y delincuencia oculta y la internacionalización hasta los problemas de la infracción legislativa, de tradicionalismo pseudomoral y «handicaps» estructurados y efectos deformantes de una formación exclusivamente jurídica, sea en la policía, en la judicatura o en el foro, en un cuadro procesal caracterizado sobre todo por el «ritualismo que insiste sobre ciertos aspectos del comportamiento y descuida casi totalmente otros». Se refiere también a las condiciones materiales en que se administra la justicia penal, donde «todo concurre a una deificación de la justicia y de aquellos que ejercen sus poderes. De otra parte, no pocas cosas sitúan al hombre que debe ser juzgado en situaciones humillantes. Tras referirse a la falta de percepción de la autenticidad que requiere toda actividad social y a sondeos recientes que indican cómo la población aún confía en la justicia, aun con el problema de que los ciudadanos ya no denuncian los hechos penales, los testigos rehuyen y se recurra a transacciones sobre hechos indiscutiblemente graves, concluye que se tiene a veces el sentimiento de que «la justicia penal se separa del pueblo en cuyo nombre se administra, que adopta nociones y criterios que no son ya aceptados por los no juristas».

Entrando en el nivel penitenciario, Versele trata dos de sus mayores problemas: falta de paralelismo con la percepción judicial, de una parte, y la inadecuación de los medios, las contradicciones internas de la vida en prisión, por otra parte. Subraya, además, cómo en el interior mismo de la vida penitenciaria, la realización de los objetivos de pedagogía social sufre un «handicap» por el personal, el régimen y la arquitectura de las prisiones.

Buscando perspectivas más objetivas y más socialmente solidarias, para esta reorientación plantea la cuestión prejudicial de los fundamentos del sistema penal, así como la de una racionalización de la política criminal.

Trabajo tan ponderado, tan fundado como realista y científico, en el mejor sentido de la palabra, termina poniendo en cuestión nuestras actitudes y las reacciones de la colectividad, notando que la racionalización de que trata no puede resultar sino de un conjunto de investigaciones que no olviden la dialéctica entre los fenómenos que investiga y nuestras apreciaciones. «Nuestra actitud de moralistas debe ser transformada en la del sociólogo que trata de comprender, de explicar y de evaluar...; durante demasiados largos decenios hemos malgastado no pocos esfuerzos sobre la etiología individual y perseguido ilusorios objetivos morales de enmienda»; precisa saber cómo ellos perciben sus jueces y cómo reaccionan a las medidas de que son objeto, dice Versele. Tras afirmar al final de su «rapport» que «la percepción de los fenómenos de patología social es tributaria de una dialéctica, entre la ley, la justicia y la opinión», su trabajo termina con estas palabras: «Bastantes crímenes se cometen en nombre del orden establecido, incluso en el plano de la ciencia, donde ciertas inconsistencias se han cristalizado en evidencias.» Estas palabras de quien hoy ejerce sus funciones de juez en Bruselas, y está considerado entre los más competentes criminalistas, invitan seriamente a la reflexión a quien aún sea capaz de ello.

Nos consta que la posición de este relator a la IX Conferencia del Consejo de Europa fue firmemente sostenida por diversas delegaciones, principalmente por las de los países nórdicos y por observadores, perteneciendo a países que no son miembros del Consejo de Europa. No podemos ser más extensos, desbordados ya los límites de esta breve nota, y hacemos votos porque este trabajo vea pronto la luz en lengua española.

El «rapport» de Ferracuti y Newman analizó las percepciones clínicas y psicológicas, examinando la posibilidad de sacar del ámbito criminal hechos hoy considerados, injusta o erróneamente, como delitos.

Según el resumen de las conclusiones de la Conferencia, hecho al fin de sus debates por el director Otto Klineberg, de la Escuela Práctica de altos estudios de la Sorbona, la Conferencia propone una nueva consideración del término «criminal» y de la relatividad del concepto de infracción, de la importancia de la delincuencia oculta, de los prejuicios sociales y de la excesiva criminalización.

PASCUAL MENEU MONLEÓN

EL CONGRESO DE CRIMINOLOGIA DE BRUSELAS Y LAS FRONTERAS DE LA REPRESION

La Escuela de Ciencias Criminológicas del Instituto de Sociología de la Universidad Libre de Bruselas (Avenue Jeanne, 44, 1050 - Bruxelles), ha convocado su Congreso de Criminología para los días 15 al 18 de marzo de 1972.

Presidente y Secretario del Congreso serán los de la Escuela de Ciencias Criminológicas, señores Legros y Sand, bajo el patronato de un Comité en el que figuran diversos ministros del Gobierno belga y las principales autoridades judiciales y académicas, y la presidencia de honor de M. Doucy, Director del Instituto de Sociología.

Cuatro son las secciones en que se dividirán los trabajos de este Congreso: Derecho Económico, Costumbres, Droga e Imprudencia. Sus presidentes, el Presidente Marc Ancel de la Sala 1.^a del Tribunal de Casación francés y los profesores Zlataric (Zagreb), Dumon (Bruselas) y Lechat (Lovaina). Como relatores actuarán, respectivamente, los profesores P. E. Trousse (Lovaina), R. Screvens (Bruselas), P. Cornil (Bruselas) y E. A. Sand (Bruselas).

Ponente General será el profesor Jean Dupreel, Secretario General del Ministerio de Justicia de Bélgica.

En el comentario que sobre el tema del Congreso figura en su programa oficial se nos dice que un aspecto muy vasto del problema general de la política penal contemporánea es el estudio de los límites de la represión, en función del fin, de los fundamentos, de los resultados positivos posibles de la acción penal en todas sus fases y considerando la evolución importante y rápida de diversos campos próximos de las ciencias penales o influenciándolas directamente: Sociología, Antropología, Filosofía moral, Derecho social, económico, internacional...

En verdad, tarea inmensa, imposible, más que difícil, para realizarla en breve Congreso. Por ello sus promotores nos dicen que han limitado sus ambiciones a aquellos cuatro sectores importantes del Derecho penal que dan título y contenido a sus cuatro secciones, y en los cuales se han planteado problemas bien concretos estos últimos tiempos, sobre los que razonablemente puede esperarse que un contraste de ideas, luego de estudios y de investigaciones profundas en Bélgica y en el extranjero, podría conducir a algunos resultados positivos:

«Cuando hablamos de fronteras —dicen— no es necesariamente con la perspectiva de un abandono constante. Simplemente se considera un nuevo trazado de fronteras, un nuevo campo de aplicación. Y si no hay que temer ciertos abandonos, en revancha hay que preocuparse de imperativos represivos nuevos en algunos sectores de nuestra vida contemporánea. Que se piense, por ejemplo, en la droga: Si nuevas medidas de protección y de cuidado deben considerarse en beneficio de las víctimas, parece en cambio imponerse una mayor severidad frente a los traficantes de manera convincente.»

«En materia de fraudes económicos, de prácticas comerciales ilícitas, de fraude fiscal, se tiene la convicción de que ciertas penas clásicas que quedaron sin aplicación, habría interés a sustituirlas por medidas acaso menos severas en el plan absoluto, pero firmes, rápidas y eficaces.» Por vía de ejemplo se recuerdan las maniobras ilícitas de sociedades mercantiles que quedan fuera del Derecho penal, como otras grandes cuestiones que plantean problemas del medio ambiente y contaminación.

«Se puede afirmar —leemos en este comentario— que el Derecho penal pierde su carácter puramente moralizador. Entra más y más en la vía de una defensa social; una defensa social no sólo material, física, que no se preocuparía más que de la eliminación de personas peligrosas, sino también humana, buscando principalmente rehabilitar, resocializar al delincuente y curarle, y una defensa social intelectual, asegurando el respeto y la promoción de valores sociales.» A este respecto, más de una vez hemos recordado el carácter de precursor de nuestro Dorado Montero.

«Sobre el plan represivo, lo que choca ante todo es la importancia siempre creciente de legislaciones especiales, laterales... Precisa decir que lo que nos inquieta hoy, más que los homicidios, infanticidios o envenenamientos clásicos, hurtos domésticos, bigamias o atentados a las costumbres, son los accidentes de tráfico, de la fábrica, los dramas de la mina, las explosiones, los hundimientos, el peligro radiactivo, los medicamentos nocivos, las drogas, el alcohol, la contaminación, los incendios en las escuelas, en las salas de espectáculos, los abusos del poder económico, el fraude fiscal, la violencia difusa y generalizada, las bandas criminales y, en el otro extremo, el genocidio, el terrorismo, los rehenes, los secuestros de avión, el racismo en todas sus formas, las represalias, los juicios sumarios, el desprecio de los derechos del hombre... Es como una explosión, una proyección centrífuga, tanto en el plano interno como en el internacional.»

Luego de recordar el comentario que el Derecho penal se ha internacionalizado, europeizado sobre todo, y que se desdibuja progresivamente su carácter esencialmente territorial, tanto por obra de convenios internacionales

y especialmente por el esfuerzo de unificación europea para considerar más frecuentemente las sentencias y aún las leyes penales extranjeras, el comentario concluye (tras afirmar que la pena de prisión aparece muchas veces como poco adecuada, inútil, difícil de ejecutar y aun de pronunciar en razón a circunstancias propias del asunto o de la gente, que la hacen perjudicial o inhumana), formulando una serie de preguntas a las que sin duda tratará de contestar el Congreso. Entre ellas, terminemos destacando las siguientes: «¿Los resultados obtenidos en la investigación científica ejercen suficientemente su influencia sobre el legislador, el juez, la opinión? ¿Preocupa bastante el contenido real del concepto de conciencia social, tan importante en Derecho penal?

En su día trataremos de informar a nuestros lectores sobre los resultados objetivos de este Congreso.

PASCUAL MENEU MONLEÓN

VIAJE A SUDAMERICA DE LOS PROFESORES BARBERO SANTOS Y GIMBERNAT ORDEIG

Como invitados especiales de la Universidad de Belgrano, han asistido a las Jornadas Internacionales de Derecho penal, celebradas en Buenos Aires del 9 al 14 de octubre de 1971, en honor del 50 Aniversario del Código penal argentino, los profesores Marino Barbero Santos, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid, y Enrique Gimbernat Ordeig, secretario de nuestro ANUARIO.

El profesor Barbero, que expuso el 13 de octubre una comunicación a las Jornadas sobre «Los delitos de peligro abstracto», pronunció, al día siguiente, las palabras de clausura de la reunión internacional de Buenos Aires. Invitado por la Universidad Nacional de Córdoba, el Sr. Barbero Santos pronunció el 18 de octubre, en el Salón de Grados de dicha Universidad, una conferencia acerca de «Los delitos políticos en la legislación española»; sobre el mismo tema disertó el 21 de octubre, a las 12 de la mañana, en la sede del Colegio de Abogados de La Plata, en un acto organizado por la Universidad de esa ciudad. Finalmente, el mismo día 21, a las 7 de la tarde, el profesor Barbero pronunció de nuevo una conferencia en La Plata, en el Salón de Conferencias de la Universidad Católica, sobre «Problemática de los delitos de peligro abstracto».

Por su parte, el profesor Gimbernat, que el 13 de octubre expuso su comunicación sobre «Problemas sistemáticos del Derecho penal», fue nombrado en la sesión preparatoria del 9 de octubre presidente de la Comisión «D» de las Jornadas. Invitado por la Universidad de Chile, la Universidad Católica de Chile y el Instituto de Ciencias Penales, el profesor Gimbernat pronunció el 20 de octubre, en la Universidad Católica de Santiago de Chile, una conferencia sobre «Problemas actuales de la sistemática del Derecho penal». El 21 de octubre por la mañana dirigió, junto con el profesor Armin Kaufmann, de la Universidad de Bonn, un coloquio sobre «Antijuridicidad

material y antijuridicidad formal». El mismo día 21 por la tarde, los profesores Kaufmann y Gimbernat participaron, en el Instituto de Ciencias Penales, en una mesa redonda sobre «Función de la acción en la teoría jurídica del delito»; al día siguiente ambos profesores participaron, también en el Instituto de Ciencias Penales, en una nueva mesa redonda sobre «Problemas del dolo eventual».

INDICE GENERAL DEL TOMO XXIV

FASCÍCULO III

SEPTIEMBRE - DICIEMBRE MCMLXXI

SECCIÓN DOCTRINAL

	<u>Páginas</u>
<i>El delito masa</i> , por José A. Sáinz Cantero	649
<i>Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro (párrafo segundo del artículo 497 del Código penal)</i> , por Manuel Cobo	677
<i>Derecho penal militar y Derecho penal común</i> , por Ruperto Núñez Barbero	713

SECCIÓN LEGISLATIVA

<i>Ley 42/1971, de 15 de noviembre, por la que se adicionan determinados artículos al Código de Justicia Militar</i>	769
<i>Ley 43/1971, de 15 de noviembre, modificando los artículos 226, 707 y 709 del Código de Justicia Militar</i>	770
<i>Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código penal. Decreto 2.326/1971, de 23 de septiembre, por el que se concede indulto con motivo del XXXV aniversario de la exaltación a la Jefatura del Estado</i>	784
Faculdade de Direito de Universidade de Coimbra: <i>Pena de morte</i> , tomo I, por Antonio Beristáin	827
GÖSSEL, K.-H.: <i>Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung</i> , por Francisco Muñoz Conde	830
VON HIPPEL, Reinhardt: <i>Untersuchungen über den Rücktritt von Versuch. Zugleich ein Beitrag zur allgemeiner Versuchslehre</i> , por Francisco Muñoz Conde	831
WEHNER, W.: <i>Historia de la Criminología</i> , por A. Serrano Gómez	833
INSTITUT D'ETUDES EUROPEENNES: <i>Droit Pénal Européen</i> , por A. Beristáin	834
HÜNERFELD, Peter: <i>Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal</i> , por A. Beristáin	837
WÜRTEMBERGER, Thomas: <i>Kriminalpolitik im Sozialen Rechtsstaat. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge</i> , por A. Beristáin	839

REVISTA DE REVISTAS

ESPAÑA

<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i> , febrero de 1971, por José Antón Oneca	842
---	-----

INTERPOL

<i>Revista Internacional de Policía Criminal</i> , N.º 250, agosto-septiembre de 1971, por A. Serrano Gómez	845
<i>Orden de 18 de octubre de 1971 por la que se hace extensiva a la Jurisdicción de Contrabando la aplicación del indulto concedido por Decreto 2.326/1971, de 23 de septiembre</i>	785
<i>Orden 25 de octubre de 1971 sobre aplicación del indulto concedido por el Decreto 2.326/1971, de 23 de septiembre, por la Jurisdicción Especial de Delitos Monetarios</i>	787
<i>Proyecto de ley sobre modificación del artículo 85 de la Ley 209/66, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea</i>	788

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia procesal penal (Sala 2.ª del T. S.), correspondiente al primer cuatrimestre de 1970, por Fernando Gisbert Calabuig</i>	791
---	-----

REVISTA DE LIBROS

<i>Academia de Jurisprudencia y Legislación: Conmemoración del Centenario de la Ley provisional sobre Organización del poder judicial y del Código penal de 1870, por José Antón Oneca.</i>	815
BATIGNE, Jacques: <i>Un juge passe aux aveux</i> , por Pascual Meneu.	824

ITALIA

<i>Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale</i> , 1970, IV, por Angel Torío	846
<i>La Scuola Positiva</i> , 1971, fasc. 1, por Angel Torío	848
<i>La Giustizia Penale</i> , 1970, fascs. X, XI, XII, por Angel Torío	849

NACIONES UNIDAS

<i>Revista Internacional de Política Criminal</i> , N.º 27, 1969, por A. Serrano Gómez	850
NOTICIARIO	854

<i>Ley 43/1971, del 15 de noviembre, modificando los artículos 226, 707 y 709 del Código de Justicia Militar</i>	770
<i>Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código penal</i>	772
<i>Decreto 2.326/1971, de 23 de septiembre, por la que se concede indulto con motivo del XXXV aniversario de la exaltación a la Jefatura del Estado</i>	784
<i>Orden de 18 de octubre de 1971 por la que se hace extensiva a la Jurisdicción de Contrabando la aplicación del indulto concedido por Decreto 2.326/1971, de 23 de septiembre</i>	785
<i>Orden de 25 de octubre de 1971 sobre aplicación del indulto concedido por el Decreto 2.326/1971, de 23 de septiembre, por la Jurisdicción Especial de Delitos Monetarios</i>	787
<i>Proyecto de ley sobre modificación del artículo 85 de la Ley 209/66, del 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea</i>	788

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia procesal penal (Sala 2.ª del T. S.), correspondiente al primer cuatrimestre de 1970, por Fernando Gisbert Calabuig</i>	791
---	-----

Revista de Libros 815

Academia de Jurisprudencia y Legislación: *Commemoración del Centenario de la Ley provisional sobre Organización del poder judicial y del Código penal de 1870*, por José Antón Oneca; BATIGNE, Jacques: *Un juge passe aux aveux*, por Pascual Meneu; Faculdade de Direito de Universidade de Coimbra: *Pena de morte*, tomo I, por Antonio Beristáin; GÖSSEL, K.-H.: *Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung*, por Francisco Muñoz Conde; VON HIPPEL, Reinhardt: *Untersuchungen über den Rücktritt von Versuch. Zugleich ein Beitrag zur allgemeiner Versuchslehre*, por Francisco Muñoz Conde; WEHNER, W.: *Historia de la Criminología*, por A. Serrano Gómez; INSTITUT D'ETUDES EUROPEENNES: *Droit Pénal Européen*, por A. Beristáin; HÜNERFELD, Peter: *Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal*, por A. Beristáin; WÜR-TENBERGER, Thomas: *Kriminalpolitik im Sozialen Rechtsstaat. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge*, por A. Beristáin.

Revista de Revistas 842

ESPAÑA: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero de 1971, por José Antón Oneca; INTERPOL: *Revista Internacional de Policía Criminal*, número 250, agosto-septiembre de 1971, por A. Serrano Gómez; ITALIA: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1970, IV, por Angel Torío; *La Scuola Positiva*, 1971, fasc. 1, por Angel Torío; *La Giustizia Penale*, 1970, fascs. X, XI, XII, por Angel Torío; NACIONES UNIDAS: *Revista Internacional de Policía Criminal*, núm. 27, 1969, por A. Serrano Gómez.

Noticario... .. 854

Suscripción anual: España, 450,— pesetas
Extranjero, 575,— pesetas
Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas