

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXV
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMLXXII

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 YAÑEZ ROMAN
Profesor Adjunto de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción:

MARINO BARBERO SANTOS
Catedrático de Derecho penal de la Univer-
sidad de Valladolid

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

JOSE CEREZO MIR
Catedrático de Derecho penal de la Univer-
sidad de Zaragoza

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

FERNANDO DIAZ PALOS
Magistrado del Tribunal Supremo

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

Páginas

<i>Problemas, misión y estrategia de la investigación criminológica contemporánea</i> , por Günter Kaiser	5
<i>El tratamiento procesal de la peligrosidad sin delito (problemas generales)</i> , por Víctor Fairén Guillén	33
<i>Sobre los límites de la ejecución por imprudencia</i> , por Angel Torío	53
<i>El parentesco adoptivo en el Código penal español</i> , por José R. Casabo Ruiz	89

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: Septiembre-diciembre 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 XXV
FASCICULO I**



**ENERO-ABRIL
MCMLXXII**

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

Problemas, misión y estrategia de la investigación criminológica contemporánea

Prof. Dr. Günther KAISER

I N D I C E

- I. *Posibilidades y fronteras de la investigación empírica.*—1. Fronteras de la investigación. 2. Problemática del pensar. 3. Investigación para las necesidades prácticas. 4. Papel del criminólogo. II. *Meta de la investigación: todo el sistema de la justicia criminal.*—1. Nuevas interrogantes sobre los controles sociales jurídicos. 2. Análisis comparativo del sistema. 3. Problemas concretos. III. *Cuestiones relativas a la estrategia de la investigación.*—1. Investigación interdisciplinar en equipo. 2. Juicio sobre las estrategias de la investigación. 3. Coordinación e institucionalización de la investigación. IV. *Programa de investigación.*—1. Campo de problemática: Cifras negras y controles sociales. 2. Campo de problemática: Conducta desviada y control social en la Empresa. V. *Consideración final.*

I. *Posibilidades y fronteras de la investigación empírica*

Las ciencias criminales poseen hoy día gran caudal de conocimientos, si se atiende al número de análisis y teorías jurídicas. En muchos campos llega a ser imposible incluso el hacerse idea de lo que se ha publicado; por lo que el estudiante, e incluso el doctorando o el candidato a profesor, suelen abandonar el intento de dominarlo todo.

Dicha literatura se concentra actualmente en el problema de cómo *deben ser* reguladas las relaciones sociales; mientras que se ve menor interés científico por conocer cómo *es de hecho* la realidad jurídica. Las razones de ello se han examinado de palabra y por escrito extensamente, incluso por algunos de los aquí presentes. Si la situación

(*) Director del Grupo de Investigación Criminológica del Max-Planck-Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht en Friburgo (Brisgovia).—El artículo se basa y complementa la conferencia pronunciada por el autor el 1 de julio de 1970 en dicho Instituto. Se ha publicado el original alemán en la ZStW 83 [1971], 881-910. Traducción de Carlos María LANDECHO, S. J.

actual no es satisfactoria y por lo mismo necesita un cambio, nada mejor que reforzar la investigación empírica. En tal sentido hay que interpretar la decisión del *Max-Planck-Institut* de fundar aquí en Friburgo un grupo de investigación criminológica (1).

El que «la ruptura hacia la realidad» (2) fuera no sólo deseable sino necesaria, quedó de manifiesto después de una larga fase de estancamiento precisamente aquí, en Friburgo, en el «Coloquio Internacional sobre Criminología y Reforma del Derecho Penal» (3). Ello desencadenó un fuerte movimiento hace justamente trece años, con el que se reanudaron las relaciones rotas con el extranjero. A la vez se volvió a apuntar hacia la antigua fórmula, temporalmente carente de contenido, de la *Ciencia total del Derecho Penal* (*Gesamte Strafrechtswissenschaft*). Es menester ahora dar nuevo contenido a este concepto, a pesar de todas las objeciones que se le han hecho.

Un tal empeño significa, sin duda, mucho más que la mera expresión de una necesidad de armonización superficial, o de un romántico «deseo de síntesis». Pues la necesidad jurídica de una amplia «reducción de la realidad» es la que obliga a tal postura teórica y político-científica (4). El análisis de las realidades es el que puede patentizar hasta qué grado cumple su función de hacer justicia, lo que se intenta bajo el signo de la misma, y con tal fin se ha puesto o se quiere poner en funcionamiento; con independencia de lo que se haya podido pensar *a priori* sobre lo que «debería ser». En tal sentido, la

(1) Sobre la historia de dicho Grupo, véase BOCKELMANN, P.: *Plan zur Errichtung eines Max-Planck-Institutes für Strafrecht und Kriminologie*, Manuscrito, Heidelberg, 1960; JESCHECK, H.-H.: *Das Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br.*, 1938-1963, Berlín, 1963, pág. 26; JESCHECK, H.-H.: *Rechtsvergleichung im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br.*, ZstW 79 [1967], págs. 128 y sigs.; SIEVERTS, R.: *Protokolle des Sonderausschusses «Strafrecht» des Deutschen Bundestages*, 4.º período legislativo, Bonn, 1963, pág. 48.—Véase también, KAISER, G., y SCHELLHOSS, H.: *Entwicklungstendenzen der Kriminologie*, JZ, 1966, págs. 772 y sigs.; QUENSEL, St.: *Die Kehrseite der Beccaria-Medaille*, Mschr. Krim., 50 [1967], págs. 406 y sigs.; ARNDT, A.: *Strafrecht in einer offenen Gesellschaft*, en «Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages in Nürnberg», 1968, Vol. II (Sitzungsberichte), Parte J, Munich, 1969, págs. 1 y sigs.; «JUSTIZBEHÖRDE HAMBURG»: *Arbeitspapier über Möglichkeiten der Zusammenarbeit und Koordinierung auf dem Gebiet der kriminologischen Forschung*, Manuscrito multicopiado, 1969, págs. 12 y sigs.; WÜRTEMBERGER, Th.: *Notwendigkeit und Möglichkeit einer koordinierten kriminologischen Forschung*, en: «Grundlagenforschung und Kriminalpolizei», editado por el Bundeskriminalamt, Wiesbaden, 1969, págs. 225 y sigs.; MAJER, D.: *Einige Überlegungen zu dem Plan der SPD-Fraktion des Bundestages, ein interdisziplinäres Institut für Kriminologie und Pönologie zu errichten*, Mschr. Krim., 53 [1970], págs. 226-270; SCHNEIDER, H. J.: *Dynamische Kriminologie*, JZ, 1970, págs. 312 y sigs.

(2) WÜRTEMBERGER, Th.: *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2.ª ed., Karlsruhe, 1959, pág. 31.

(3) JESCHECK, H. H., y WÜRTEMBERGER, Th. (editores): «Internationales Colloquium über Kriminologie und Strafrechtsreform», Freiburg i. Br., 1958.

(4) KAISER, G.: *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention. Untersuchungen zur Kriminologie der Verkehrsdelikte und zum Verkehrsstrafrecht*, Tübingen, 1970, pág. 93.

investigación empírica tiene la función de un control de resultados (5). Esto no quita que también pueda servir dicha investigación práctica de otros modos al principio fundamental de la justicia. Así, por ejemplo, se puede intentar averiguar con su ayuda por qué ciertas técnicas, organizaciones o instrumentales, que deberían crear y garantizar la justicia, no lo consiguen por razones aún desconocidas. La investigación empírica puede encontrar procedimientos más adecuados por medio de experimentos o comparaciones.

A partir de este enfoque, y siempre desde el lado empírico, se va a intentar ahora señalar algunos hitos del camino a seguir. A mi juicio, conviene proceder del modo siguiente :

Primero hay que delimitar *los problemas generales* de la actual investigación en Criminología. *En seguida* pretendo trazar *la meta*, que se propone el futuro Grupo de Investigación Criminológica de Friburgo. *Finalmente*, querría poner a discusión *la estrategia y el programa de investigación*. Ciertamente sólo podrá llegarse ahora a señalar posibilidades y formular propuestas; ya que el precisar y fijar el programa de investigación necesita un trabajo posterior. Sin embargo, me prometo un impulso importante —conforme al uso de Friburgo y al internacional— del coloquio que va a seguir; así como de las charlas con los que ya trabajan en Criminología, y con los que se interesan por la misma.

1. Permítaseme que, a pesar del en sí fundado optimismo, señale en unas observaciones preliminares *las fronteras de la investigación criminológica*.

Hay que tener en cuenta que el Grupo de Investigación Criminológica del Max-Planck-Institut va a ser, por el momento, relativamente pequeño, comparado con las dimensiones de los equipos conocidos por sus «Grandes Investigaciones» criminológicas. Sobre esto querría volver más adelante. Por tanto, no se puede esperar de él, incluso por este solo motivo, un cambio en la investigación criminológica alemana. Pensar otra cosa no haría justicia a los muchos esfuerzos derrochados hasta ahora no sólo en Friburgo sino también en el resto de la República Federal. Téngase en cuenta que incluso la suma de dieciséis mil millones de marcos anuales para la investigación comercial se considera por los técnicos como muy escasa. Esto no ha de servir al criminólogo de meta ni tampoco espantarlo, pero le tiene que hacer ver de

(5) GÖPPINGER, H.: *Die gegenwärtige Situation der Kriminologie*, Tübingen, 1964, págs. 39 y sigs.; KAISER, G.: *Der Einfluß des Jugendrechts auf die Struktur der Jugendkriminalität*, Zf. Pädagogik, 16 [1970], págs. 332 y sigs.

modo patente las dificultades con que ha de tropezar. También hemos podido seguir todos, incluso los profanos a la materia, en un pasado muy próximo, la plástica discusión respecto a la eficacia de la investigación empírica sobre la coyuntura económica.

Esta restricción no se hace tanto con acento resignado cuanto para dejar constancia de la necesidad, quizá saludable, pero en todo caso ineludible, de una economía en la investigación, así como del «piecemeal social engineering» (6).

Por lo demás, no se puede olvidar que, incluso con el refuerzo de la investigación criminológica que se desea y pretende, la política legislativa no podrá esperar sino raras veces a que los problemas sociales relevantes desde el punto de vista jurídico hayan quedado resueltos empíricamente, y a que dichas soluciones se hayan podido traducir a estrategia político-criminal. Incluso cuando alguna de estas cuestiones llega a estar suficientemente investigada, suelen echar en cara los encargados de la política legislativa a los criminólogos, que se trata de hallazgos triviales, porque eso ya se sabía de sobra. Por otro lado, cuando el investigador termina su trabajo, la realidad se le ha escapado ya de nuevo de las manos en la mayoría de los casos. Quizá por ello, hablamos hoy tanto y con tanta fruición, de «tránsito» y de «cambio». Esto significa para nuestro tema, que *hemos de encontrarnos constantemente ante una falta de ecuación entre el saber y el no saber*, en una tensión, que es la que, según Popper, caracteriza la problemática del pensar (7).

2. Si mi visión de la situación es correcta, *la tensión entre el saber y el no saber es aún mucho mayor ahora que nunca*. Ni se puede decir, que siempre pasó igual, como lo muestra, por ejemplo, la historia de la reforma del Derecho penal, tan pródiga en cambios en los últimos quince años (8). La amplia búsqueda de nuevas soluciones político-legislativas presupone que muchas cosas, casi todas, se han vuelto problemáticas. El catálogo de cuestiones y los problemas-clave, que han sido objeto de los Coloquios sobre Investigación en Montreal y en Estrasburgo el año pasado (9), dejan ver

(6) POPPER, K.: *The Poverty of Historicism*, London, 1957, pág. 64.

(7) POPPER, K.: *Die Logik der Sozialwissenschaften*, Kölner Zeitschrift für Soziologie, 14 [1962], págs. 233 y sigs.

(8) WÜRTEMBERGER, Th.: *Kriminologie und Strafrechtsreform*, en: «Gedanken zur Strafrechtsreform», Paderborn, 1965, págs. 23 y sigs.; KAISER, G.: *Einige Vorbemerkungen zu Grundfragen heutiger Kriminalpolitik*, Mschr. Krim., 51 [1968], págs. 1 y sigs.

(9) COUNCIL OF EUROPE: «Seventh Conference of Directors of Criminological Research Institutes, Strasbourg, 1970»; NORMANDEAU, A., y SZABO, O.: *Synthèse des travaux*, «Première Symposium Internationale de Recherche de Criminologie Comparé». Mont-Gabriel. 30 avril 1969, Acta Criminológica, 3 [1970], págs. 144 y sigs.; véase también VERSELE, S.: *Quelques problèmes de la recherche scientifique en Belgique*, Revue de droit pénal et de la criminologie, 50 [1969], págs. 132 y sigs.

claramente *la amplitud de la problemática*, así como la conciencia de la misma, que existen actualmente.

Si ya en las ciencias empíricas no existe lo definitivo sino sólo lo provisional (Max Weber y Popper), el continuo cambio social indica además que —por decirlo de modo paradójico— toda investigación criminológica corre el peligro de haber perdido su valor incluso antes de que se termine de planear y, por supuesto, antes de haberse terminado de realizar. La suerte corrida por las «Grandes Investigaciones» a largo plazo, tales como las de Powers, Witmer y McCord, Robins, Hathaway y Göppinger, por un lado (10), y por el otro, *el cambio de puesto que sufren las concepciones teóricas, a veces tan rápido como la moda* (11) —empezando por las diferencias de acomodación y terminando por la estigmatización diferencial—, sirvan de ejemplo a lo dicho. El haberse caído en la cuenta de la dependencia que existe entre el valor de una investigación y el método o el concepto de ciencia empleados, ha hecho ver claramente los límites del punto de partida positivo, tradicional en Criminología. Ello ha llevado, a que las discusiones sobre dicho tema

(10) GLUECK, Sh. and E.: *Unraveling Juvenile Delinquency*, Cambridge, Mass., 1950; *Delinquents and Non-Delinquents in Perspective*, Cambridge, Mass., 1968; POWERS, E., and WITMER, H.: *An Experiment in the Prevention of Delinquency*, «The Cambridge Somerville Youth Study», New York, 1951; MCCORD, W.; MCCORD, J., and ZOLA, I.: *The Cambridge-Somerville Youth Study, and after* (1959), en: «Readings in Criminology and Penology», edit. por D. DRESSLER, New York, London, 1964, págs. 667 y sigs.; ROBINS, L.: *Deviant Children Grown Up, A Sociological and Psychiatric Study of Sociopathic Personality*, Baltimore, 1966; HATHAWAY, S.; REYNOLDS, P., and MONACHESI, E.: *Follow-up of the Later Careers and Lives of Thousand Boys who Dropped out of High School*, Journal Cons. Clinic. Psychology, 33 [1969], 3, págs. 370-80; GÖPPINGER, H.: *Neuere Ergebnisse der Kriminologischen Forschung in Tübingen*, Kriminologische Gegenwartsfragen, Heft, 9, Stuttgart, 1970, págs. 72-91; véase también la instructiva panorámica de WALL, W., and WILLIAMS, H.: *Longitudinal Studies and the Social Sciences*, London, 1970.

(11) RADZINOWICZ, L.: *In Search of Criminology*, London, 1961, página 176; MOHR, J.: *Notes on the Development of Empirical Basis for Criminal Legislation*: «Fourth Research Conference on Delinquency and Criminology», Montreal, 1964, «Proceedings», Ottawa, 1965, págs. 151 y sigs.; WELLEK, A.: *Gibt es einen Fortschritt der Wissenschaft außerhalb der Naturwissenschaften? Zur Frage der wissenschaftlichen Moden: Entwicklung und Fortschritt, Soziologische und ethnologische Aspekte des sozialkulturellen Wandels*, M. E. Mühlmann zum 65. Geburtstag, edit. por H. REIMANN und E. MÜLLER, Tübingen, 1969, págs. 85 y sigs.—Baste aquí con el dato sociológico de que también la ciencia está sometida al espíritu del tiempo y a la moda. Las razones de la necesidad de tal fenómeno no pueden tratarse aquí. «El que en este terreno no se pueden dar descubrimientos absolutos sino tan sólo dentro de una teoría concreta» (así, KÖNIG, R.: *Einige Bemerkungen über die Bedeutung der empirischen Forschung in der Soziologie*, en: «Handbuch der empirischen Sozialforschung», Tomo 2.º, Stuttgart, 1969, pág. 1279), puede que resulte insatisfactorio para muchos; especialmente la cuestión de si la ciencia empírica ha contribuido, en realidad, al progreso, o si más bien se ha limitado a confirmar lo que ya se sabía sin ella.

sean una de las cuestiones más batallonas de la Criminología actual (12).

3. El interés científico indicado, quizá más bien teórico, no puede dar abasto con *el gran volumen de necesidades prácticas*. El hallarnos en una fase de gran prontitud por parte de las instancias de control social para aceptar los resultados de las investigaciones empíricas, hace que la demanda de datos aplicables y válidos crezca rápidamente. Esto es verdad aun admitiendo que los organismos planificadores y decisores trabajan, en general, con falta de información suficiente. En tales casos, estimula el hecho de que tal postura, no se debe a mera casualidad o accidente, sino que más bien es la consecuencia de una larga discusión pública. Porque en el campo de la ciencia experimental surgen muchas voces y direcciones, que reclaman competencia en un asunto, a veces de modo exclusivista. No es de admirar, por tanto, que algunas de ellas expongan tesis contrapuestas; de donde nace a su vez la inseguridad del legislador y la necesidad de pasar por encima de sus consejeros científico-experimentales, cuando se dan tales conflictos. Porque la instancia político-legislativa no es capaz de conocer lo que es falso o verdadero ante tal multitud de direcciones y de concepciones; tampoco de asimilar, fundir y concretar la gran cantidad de opiniones en una solución convincente del problema.

Por esto, sólo una Criminología orientada de modo multilateral e interdisciplinar, puede esperar que se le encomienden una serie de investigaciones para las necesidades prácticas; puesto que es la que mejor promete satisfacer los fines de las instancias de control social *con una reducción óptima de la complejidad social y personal*.

Para la Criminología —en contra de lo que sucede a la Sociología (13), especialmente a la que se califica a sí misma como “crítica”—, tiene, por tanto, la primacía la investigación que tienda a *satisfacer necesidades prácticas*. En favor de esta prioridad habla además el hecho de que ni la Criminología toda ni ningún Instituto por sí solo, pueden desarrollar constantemente *una investigación fundamental* a la altura de los tiempos actuales; ni por la amplitud, ni por las diversas fases, ni por la problemática que plantea una tal investigación. En general, la Criminología tiene que limitarse necesariamente a utilizar los resultados de las ciencias experimentales en

(12) GIBBS, J.: *Conceptions of Deviant Behavior: The Old and the New*, en: «Approaches to Deviance, Theories, Concepts, and Research Findings», editado por M. LEFTON, etc., New York, 1968, págs. 44 y sigs.; SCHUR, E.: *Reactions to Deviance: A Critical Assessment*, AJS, 75 [1969], págs. 309 y sigs.; un resumen en KAISER, G.: *Der Einfluß des Jugendrechts auf die Struktur der Jugendkriminalität*, loc. cit., (nota 5).

(13) Véase al respecto ZETTERBERG, H.: *Theorie, Forschung und Praxis in der Soziologie*, en: «Handbuch der empirischen Sozialforschung», edit. por R. KÖNIG, Vol. I, Stuttgart, 1962, págs. 65 y sigs.; LAZARSELD, P.; SEWELL, W. and WILENSKY, H.: *The Uses of Sociology*, New York, 1967; HARTMANN, H.: *Empirische Sozialforschung, Probleme und Entwicklungen*, München, 1970, pág. 199; de otra opinión es OPP, K.-D.: *Zur Anwendbarkeit der Soziologie im Strafprozeß*, Kritische Justiz, [1970], págs. 383-98.

que se fundamenta. Sólo en algunos aspectos, y especialmente en el de la integración disciplinar, es donde la Criminología es independiente; y aquí con exclusividad. Por ello, la Criminología no puede prescindir tampoco totalmente de la investigación fundamental (14). Puesto que el atender sólo a las necesidades prácticas no puede satisfacer, si no se cultiva al menos simultáneamente la dicha investigación fundamental. En todo esto no se trata, por tanto, de una polémica verbal o de direcciones a seguir, sino más bien de una discusión sobre las diversas fases de la investigación. De todos modos, *la prioridad dada a las necesidades prácticas indica el marco, la misión y la estrategia de la investigación*, que, a mi juicio, debería desarrollarse en este Max-Planck-Institut.

4. Al manejar el término «investigación para las necesidades prácticas» —lo que no equivale necesariamente a investigación por encargo ajeno—, se plantea la cuestión del *papel del criminólogo*. Si los criminólogos se orientan al sistema jurídico vigente y contribuyen a la preparación empírica de soluciones a los problemas político-legales, «sirven» de modo necesario a los que rigen, e incluso toman parte en dicha función. Por ello corren el peligro de convertirse en defensores del *status quo* (15). Un tal reproche se les está lanzando de modo siempre creciente. El problema está, en si los criminólogos se deben limitar a encasillarse en una crítica social y jurídico-penal distanciada, para «desmagazar» o debilitar la fuerza legal de las normas («dar inseguridad a la norma en cuestión») (16). La alternativa para el criminólogo es la de ayudar inmanentemente al sistema establecido, para conseguir mejores soluciones político-legales (17), con lo que se arriesga, sin embargo, a perder la distancia crítica.

(14) Véase GÖPPINGER, H.: *Möglichkeiten und Grenzen einer Resozialisierung mit Mitteln der Psychiatrie, Psychologie und Psychotherapie*, BewH, 11 [1964], págs. 244 y sigs.; WILKINS L., and GITCHOFF, Th.: *Trends and Projections in Social Control Systems: The Future of Corrections*, The Annals, 381 [1969], págs. 125 y sigs.; WÜRTEMBERGER, Th.: *Notwendigkeit und Möglichkeit einer koordinierten kriminologischen Forschung*, loc. cit., (nota 1), pág. 232; contra toda distinción entre investigación fundamental y aplicada, KRAUCH, H.: *Die organisierte Forschung*, Neuwied-Berlin, 1970, páginas 40 y sigs., pero con contradicciones (véase págs. 182, 228).

(15) KAISER, G.: *Einige Vorbemerkungen zu Frage heutiger Kriminalpolitik*, loc. cit. (nota 8), pág. 14.

(16) Esta es claramente la postura de D. und H. PETERS: *Therapie ohne Diagnose, zur soziologischen Kritik am kriminologischen Konzept sozialtherapeutischen Anstalten*, Krim. Jour., 2 [1970], págs. 114 y sigs.; véanse también las reflexiones en el mismo sentido de PETERS, H.: *Die politische Funktionslosigkeit der Sozialarbeit und die «pathologische» Definition ihrer Adressaten*, «Jahrbuch Sozialwissenschaft», 20 [1969], págs. 405 y sigs.; EL MISMO: *Die mißlungene Professionalisierung der Sozialarbeit, das Verhältnis von Rolle, «Handlungsfeld und Methodik»*, Kölner Zeitschrift für Soziologie, 22 [1970], págs. 335 y sigs.

(17) Así, DI GENNARO, G., y FERRACUTI, F.: *Il campo di azione della criminologia nel sistema penale italiano. Attuali possibilità e prospettive operative*, Quaderni di Criminologia Clinica, 12 [1970] págs. 185 y sigs.: aunque quizá toman poca conciencia de la problemática.

Cierto que pueden e incluso quizá deben los criminólogos tener una relación «rota» o, por lo menos crítica, respecto al orden legal, al menos hasta un cierto punto (18). Por el contrario, a los penalistas, especialmente a los prácticos y a los integrados en la administración, se les toma mal tal actitud; se espera de ellos otra postura, una «conducta conforme al rol» como portadores (agentes) de los controles sociales. Aun cuando es cierto que tampoco el criminólogo queda liberado de su responsabilidad político-jurídica por lo que diga o haga, no puede negarse, sin embargo, que *la responsabilidad de criminólogos y penalistas es fundamentalmente diversa.*

Por otro lado, parece poco acertado, por los resultados a que lleva, el tener como único fin poner en contingencia las normas vigentes. Piénsese, por ejemplo, en consecuencias poco deseables, como sería el tomarse la justicia por su mano. Sin duda que la función crítica es necesaria; pero cuando se piensa en el esfuerzo común de los controles sociales en todos los países industrializados, y en los «dirty workers» de nuestra sociedad, resulta muy dudoso hasta qué punto tiene sentido la función de crítica social desde fuera *en el campo* de la Criminología.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la sociedad tiene que dar solución a sus problemas cotidianos. El robo, las toxicomanías, la embriaguez al volante, son problemas sociales que preocupan ardientemente. El apelar a «la revolución, que hará saltar el sistema» parece, al menos desde mi punto de vista, carente de sentido. «*La reforma inmanente al sistema*» —de cualquier modo que quiera entenderse dicha frase—, *es la que ha movido siempre al criminólogo* (19). El servir a tal objetivo responde además a la probada tradición de Friburgo. Hace aún poco que el grupo investigador del Seminario de esta Universidad ha presentado los resultados provisionales de su estudio sobre «Atracos a institutos pecuniarios, etc.» (20). Igualmente hay que recordar la «Encuesta con cuestionarios sobre el estado y la reforma de la ejecución de la pena en Alemania» (21), y el «Seminario

(18) KAISER, G.: *Zur kriminalpolitischen Konzeption der Strafrechtsreform*, ZStW, 78 [1966], págs. 100 y sigs.; EL MISMO, *Zum Verhältnis Kriminologie und Kriminalpolitik in der sozialistischen Gesellschaft*, en: «Festschrift für H. von Hentig», Hamburg, 1967, págs. 211 y sigs.

(19) HERING, K. H.: *Der Weg der Kriminologie zur selbständigen Wissenschaft, ein Materialbeitrag zur Geschichte der Kriminologie*, Krim. Schriftenreihe, Vol. 23, Hamburg, 1967.

(20) WÜRTEMBERGER, Th., y HERREN, R.: *Bankraub in der Bundesrepublik*, Kriminalistik, 24 [1970], págs. 475-80.

(21) MÜLLER-DIETZ, H., y WÜRTEMBERGER, Th.: *Fragebogenenquête zur Lage und Reform des deutschen Strafvollzugs, ein Bericht*, Bad Godsberg, 1969.

sobre la medición de la pena» de Friburgo (22). En tales casos se trata de problemas político-legales, en ocasiones sumamente quebradizos.

El hecho de adherirme a la investigación para las necesidades prácticas presupone, por tanto, que en mi opinión el papel del *criminólogo* no consiste ni en la crítica social desde fuera, ni en la defensa del *status quo*. Más exactamente podría describirse *como una relación en principio de colaboración, aunque preñada de conflictos, con los portadores de los controles sociales*. Esto es consecuencia de la diversa responsabilidad del científico por un lado, y del penalista práctico por el otro.

II. Meta de la investigación: todo el sistema de la justicia criminal.

1. Por lo menos una parte importante de la sociedad contempla nuevamente todo el sistema de la justicia criminal *como campo importante de tensión entre el saber y el no saber*, y por ello, como problemático en muchos aspectos. A él pertenecen también la Protección de Menores, la Asistencia Social, regulaciones sobre alienados, etcétera, e incluso parcelas de la legislación laboral o de la reglamentación de empresas. En parte se ha vuelto a renovar bajo la fórmula «insatisfacción de la institución» la de Freud «Insatisfacción de la cultura», e incluso se ha agudizado (24). Las colaboraciones en revistas como «Zeitschrift für Rechtspolitik» o «Kritische Justiz», dan testimonio de ello. No es casual que estas publicaciones hayan aparecido en los últimos años. *El control social con base jurídica es sospechoso para muchos de manipulaciones y de arbitrariedades*. Especialmente el Derecho penal se considera como un instrumen-

(22) MIDDENDORF, W.: *Das Seminar über Strafzumessung*, en: «Strafzumessung für Verkehrsdelikte», 6. Tagung für Richter und Staatsanwälte am 25 April 1969, Freiburg, 1969, págs. 8 y sigs.

(23) BLUMSTEIN, A.: *Systems Analysis and the Criminal Justice System*, The Annals, 374 [1967], págs. 93 y sigs.; OAKS, D., y LEHMAN, W.: *A Criminal Justice System an the Indigents, a Study of Chicago and Cook County*, Chicago, Illinois, 1968; MORRIS, N., y ZIMRING, F.: *Deterrents and Corrections*, en: «The Future of Corrections», The Annals, 381 [1969], págs. 137 y sigs.; MUELLER, G.: *The Functions of Criminology in Criminal Justice Administration*, Abstracts Crim., 9 [1969], págs. 577 y sigs.; WILKINS, L., y GITCHOFF, Th.: *Trends and Projections in Social Control System*, The Annals, 381 [1969], págs. 125 y sigs.; WÜRTEMBERGER, Th.: *Notwendigkeit und Möglichkeit einer koordinierten kriminologischen Forschung*, loc. cit. (nota 1); BISHOP, N.: *The Importance of Criminology for the Criminal Law*, en: «Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts», Heinrich Grützner zum 65. Geburtstag, edit. por D. OEHLER und P. PÖTZ, Hamburg, 1970, páginas 19 y sigs.; CHRISTIE, N.: *Comparative Criminology*, «Canadian Journal of Correction», 12 [1970], págs. 40 y sigs.; KAISER, G.: *Der Einfluß des Jugendrechts auf die Struktur der Jugendkriminalität*, loc. cit. (nota 5), páginas 343 y sigs.

(24) Véase TAUBES, J.: *Das Unbehagen an der Institution*, en: «Das beschädigte Leben, Diagnose und Therapie in einer Welt unabsehbarer Veränderungen», ein Symposium geleitet und herausgegeben von A. MITSCHERLICH, München, 1969, págs. 83 y sigs.

trumento de dominio sobre la clase baja y, por lo mismo, se hace pechoso (25). Este enfoque no deriva tan sólo de un pensar utópico o crítico-ideológico, sino que más bien debe su origen a una amplia y motivada toma de conciencia de la problemática existente, así como de una visión más enfocada de los que dan quehacer —ahora como en el pasado— a las instancias de control social.

Hace unos años, que Robins realizó un «follow-up-study» de los más amplios que se conocen, junto con los de Glueck y con el de «Cambridge-Sommerville-Youth-Study», que abarca un período de más de treinta años. En él apunta a la *extraña constancia del síndrome de la anomía* en las personas socialmente desencajadas, tanto en los años veintes como en los cincentas (26). Ciertamente que tal constancia podría deberse a un enfoque sociopsiquiátrico específico y poco flexible del autor. Pero los datos sobre las reacciones totalmente diversas de los pertenecientes a la clase baja ante oportunidades —igualmente desaprovechadas por todos ellos— de haber asimilado los valores de la clase media, así como los que se refieren al descenso intergeneracional de los socialmente desadaptados (27), y finalmente, la evolución tan diversa de los marginados ante contactos del todo semejantes con las instancias sociales de control, disminuyen la sospecha de que se trate de un problema desenfocado. Todo ello muestra que, fórmulas tales como «estigmatización por los controles sociales» o la de «psiquiatría criminal represiva», son demasiado generalizadoras y simplistas.

2. Lo que da peso a las nuevas ideas del llamado «*social-reaction-approach*» (28), es la combinación del estudio de las cifras negras de la delincuencia, del análisis de los procesos de selección, de la sospecha de estigmatización y de arbitrariedad, así como de la crítica del punto de partida positivista y la diversa conciencia de la problemática. Ciertamente que cada uno de dichos elementos de por sí eran conocidos de antiguo al criminólogo; pero la *novedad* está, a mi juicio, en su estudio simultáneo, lo que crea una situación diversa, en la que consiste el «*social-reaction-approach*», o el *análisis comparativo del sistema*. En ocasiones, son estos nuevos aspectos

(25) CHAPMAN, D.: *Sociology and the Stereotype of the Criminal*, London, 1968, págs. 3 y sigs.; SACK, F.: *Probleme der Kriminalsoziologie*, en: «Handbuch der empirischen Sozialforschung», edit. por R. KÖNIG, Vol. II, Stuttgart, 1969, págs. 961 y sigs.

(26) ROBINS, L.: Loc. cit. (nota 10), pág. 292.

(27) KAISER, G.: *Randalierende Jugend*, Heidelberg, 1959, pág. 138; ROBINS, L.: Loc. cit. (nota 10), pág. 304; HATHAWAY, S.: Loc. cit. (nota 10); WÜRTEMBERGER, Th., y HERREN, R.: Loc. cit. (nota 10), pág. 475.

(28) SCHUR, E.: *Reactions to Deviance*, loc. cit. (nota 12), págs. 309, 313.

tos (29) más «programa que realidad», incluso en Norteamérica (30). Por ello, se necesita de modo urgente comprobar su relevancia criminológica, como se afirmó en los citados Coloquios de Montreal y de Estrasburgo.

La dicha investigación empírica sobre la actividad y efectos de las instancias sociales de control no se limita, sin embargo, a la administración ordinaria de la Justicia ni a los procesos de selección, que moldean la misma, sino que pretende extenderse también a los controles sociales no estatales, como, por ejemplo, a la justicia empresarial o a las cifras negras de la criminalidad.

3. «Cifras negras y control social» son problemas que se presentan no sólo ni de modo especial en la delincuencia juvenil, sino que se imponen desde el punto de vista político-legal y —de modo muy urgente— en la lucha contra la embriaguez al volante. Hace muy poco ha producido espanto el resultado de una encuesta, que muestra el notable incremento de los delitos debidos a la embriaguez al volante (35 % a 60 %) durante el último año (31). Tales afirmaciones de relevancia político-legal y social necesitan un control científico. Ciertamente se dispone de enorme cantidad de materiales sobre las pruebas de alcohol en la sangre (32), y que se discute desde hace años sobre si la frontera de la incapacidad para conducir habría que ponerla en el 0,8 por 1.000 o en el 1,3 por 1.000; pero nada se sabe de modo fidedigno sobre el número de conductores que, en circunstancias dadas, se sientan al volante después de haber bebido, ni hasta qué grado estaban ebrios (33). Tal laguna debería ser suprimida, ya que los resultados obtenidos serían de notable relevancia político-legal.

(29) GIBBS, J.: *Conceptions of Deviant Behavior*, loc. cit.; SCHUR, E.: loc. cit. (nota 12).

(30) SACK, F.: Loc. cit. (nota 25), pág. 1003.

(31) Datos publicados por el *Stuttgarter Zeitung* de 19 de junio de 1970; véase últimamente la afirmación de MIDDENDORF, W.: *Strafzumessung in Vergangenheit und Zukunft*, BA, 8 [1971], págs. 26 y sigs., cuando se refiere al «aumento como de alud» de las denuncias por embriaguez al volante.

(32) Véase KAISER, G.: *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, páginas 232 y sigs.

(33) Según la «Ergebnis der überbezirklichen Schwerpunkteinsätze zur Bekämpfung der Teilnahme am Straßenverkehr unter Alkoholeinwirkung auf der BAB Nordrhein-Westfalens» edit. por el Ministerio del Interior de Nordrhein-Westfalen, fueron controlados entre el 14 de agosto y el 13 de noviembre de 1970 unos 54.000 vehículos de motor por unos 1.250 policías. En tales controles se llevaron a cabo unos 2.500 «tests» de alcohol y unos 280 análisis del alcohol en la sangre. Según tales datos, el porcentaje de conductores sospechosos de estar bebidos es el 5 por 100 de todos los controlados. Cifras igualmente notables por lo bajas han arrojado ciertas acciones policiales en las autopistas de Baden-Württemberg durante el otoño de 1970.

Otros proyectos de investigación podrían orientarse a cuestiones concretas dentro del análisis del sistema. Así, por ejemplo, es interesante, tanto desde el punto de vista dogmático como desde el político-legal, conocer conforme a qué puntos de vista se decide, si las lesiones causadas en accidentes de tráfico se han de castigar como culposas o de otro modo, o quedan sin sanción ninguna. El que en la práctica exista una solución, que se ha abierto y encontrado su camino, es cosa sabida de todos; pero se ignora qué criterios se aplican, y si son consideraciones relacionadas con el tráfico o con las compañías de seguros las que mueven a ello.

En este aspecto también necesita estudio empírico y control la cuestión de hasta qué punto se hace uso, en la práctica judicial, de la nueva institución «defensa del orden jurídico», y conforme a ella se imponen penas privativas de libertad.

Otro problema relativo a la igualdad ante la Ley necesita también de estudio. Después que el legislador decidió que todas las multas de tráfico superiores a 20 marcos tuvieran que ser anotadas en el *Registro Central de Tráfico*, ha surgido recientemente una corriente de opinión, que tiende a subir la frontera a los 50 marcos (34); con lo que se anotaría sólo el 55 por 100 de las contravenciones en vez del 85 por 100 actual. A este respecto sería necesario investigar qué contravenciones, qué grupo de personas, y qué clase de sanciones son las que están comprendidas principalmente entre los 20 y los 50 marcos, diferenciando además la cesura de los 50 marcos.

El tan extendido escepticismo respecto a la efectividad de la justicia criminal hace que, desde antiguo, se busquen nuevos caminos, lo que ha llevado, en el campo del tráfico, a la llamada «Acción número seguridad». Pero faltan estudios descriptivos cuidadosos sobre esta acción concertada, así como un análisis de resultados. Esto es tanto más de lamentar, cuanto que se trata de casos ejemplares de control social preventivo. Por ello, deberían someterse tales procedimientos a un control empírico cuidadoso.

Ya que desde el punto de vista procesal son las tales acciones meros «experimentos», podría pensarse también en otros experimentos, por ejemplo, en el campo de la *vigilancia del tráfico* (control por medio de policía de paisano o de coches oficiales de Policía, etc.). Como la estrategia de la prevención general ha sido mal vista du-

(34) No puede ser el único motivo para el cambio, la necesidad de reducir la gran cantidad de recursos, que, en Baviera, deben ser del orden del 16 por 100.

rante largo tiempo en la Criminología, necesita ahora tanto más de comprobación empírica. Aquí quizá exista la posibilidad de utilizar las experiencias del «Center for Studies in Criminal Justice» de Chicago (35).

En relación al análisis de los procesos de selección, convendría meditar sobre la conveniencia de ingresar en el llamado «Programa de las seis ciudades» (entre otras: Nueva York, Londres, Tel Aviv, París y Berlín). Se trata en él de investigar y comparar los métodos de la Policía en la búsqueda de delincuentes (36).

Otro proyecto de gran interés, tanto desde el punto de vista procesal como también desde el político-legislativo, sería el problema de la *acusación privada*. El número de éstas ha disminuido en un 30 por 100 durante los últimos diez años. Sería importante saber qué suerte han corrido las acusaciones privadas —lo que sólo puede sospecharse en casos concretos—, y si no se está llegando a veces al límite de la denegación de justicia. La acusación privada es, por lo demás, la forma más característica del control social, en la que a la víctima se le impone el papel de agente de control (37).

Otros fenómenos criminológicos, aunque sin relación directa con los controles sociales, están no menos necesitados de estudio. Así, por ejemplo, lo que cuesta el delito, la extensión y daño social del uso de drogas (delincuencia toxicómana), el significado del proxenetismo, las formas de criminalidad económica, las carreras criminales, aspectos de la criminología histórica (38), y los establecimientos de terapia social (39).

III. Cuestiones relativas a la estrategia de la investigación

La multitud de problemas concretos y de misiones a realizar a que se ha apuntado, así como el hecho de que los medios materiales y el personal para la investigación

(35) MORRIS, N., y ZIMRING, F.: *Deterrents and Corrections*, loc. cit. (nota 23), pág. 146.

(36) Véase MUELLER, G. O. W.: *The Functions of Criminology in Criminal Justice Administration*, loc. cit. (nota 23), pág. 586.

(37) Véase KAISER, G.: *Der Einfluß des Jugendrechts auf die Struktur der Jugendkriminalität*, loc. cit. (nota 5), pág. 359.

(38) Véase BADER, K.: *Aufgaben, Methoden und Grenzen einer historischen Kriminologie*, *Zschweiz. Z. f. Strafrecht*, 71 [1956], págs. 17 y sigs.; HESS, A. G.: *History and the Criminologist*, *Excerpta Criminologica*, 6 [1966], págs. 322 y sigs.; MIDDENDORF, W.: *Probleme und Aufgaben der historischen Kriminologie*, *Kriminalistik*, 21 [1967], págs. 400 y sigs.

(39) Véase EISENBERG, U.: *Die sozialtherapeutische Anstalt im zukünftigen deutschen Strafrecht —Vorbild in Europa— Empfehlungen, ein Beitrag*

sean siempre limitados, exigen una estrategia que permita bordear esa sima y llegar a resultados óptimos en el trabajo. Sería necesaria una tal planificación aun en el caso de trazar la misión y puesta en marcha de un grupo de trabajo mucho más amplio, como podría ser el "Instituto Central», de que se viene discutiendo hace tanto tiempo. A tal respecto, no sólo hay que ponderar el tiempo necesario, sino también tratar de evitar *desenfoques de la investigación*. El instrumento apropiado de control para ello parece el enfoque multidisciplinar, a pesar del escepticismo de algunos y de ciertos fracasos. Porque es el que garantiza mayor posibilidad de *crítica* durante la investigación, *y ya desde sus mismos comienzos*. Dicho enfoque «se ha comenzado a imponer especialmente en los campos del saber, en que no existe una tradición científica, normalmente porque sólo en nuestros días se ha hecho consciente... la necesidad de saber en dichos campos» (40).

1. Ciertamente que son muy raros los estudios sobre el proceso mismo de la investigación. Igualmente hay que anotar que los estudios sobre la estrategia más prometedora de éxito son más bien de tipo cualitativo (41). En tal sentido existen algunas experiencias sobre la marcha y trabajo común del *equipo interdisciplinar de investigación* (42).

zur *Problematik stationärer Kriminaltherapie*, en: *Kriminologische Gegenwartsfragen*, Heft 9: Stuttgart, 1970, págs. 42 y sigs.

(40) En tal sentido, SCHELLHOSS, H.: *Zur Notwendigkeit und Funktion interdisziplinärer Kriminologie*, «Rapport inédito al VI Congreso Internacional de Criminología en Madrid», 1970, pág. 3.

(41) En tal sentido, PHILLIPS, B.: *Empirische Sozialforschung - Strategie und Taktik*, Wien, 1970, págs. 81, 86 y sig.; véase también ATTESLANDER, P.: *Methoden der empirischen Sozialforschung*, Berlín, 1969, pág. 285.

(42) Véase LUSZKI, M.: *Interdisciplinary Team Research, Methods and Problems*, New York, 1958; BAHRDT, H.; KRAUCH, H., y RITTEL, H.: *Die wissenschaftliche Arbeit in Gruppen*, *Kölner Zeitschrift für Soziologie*, 12 [1960], págs. 1-40; CLAESSENS, D.: *Forschungsteam und Persönlichkeitsstruktur*, *Kölner Zeitschrift für Soziologie*, 14 [1962], págs. 487-503; ANDRY, R.: *The Problem of Teamwork: Some Contributions from Social Psychology*, en: «Criminology in Transition, Essays in Honor of Hermann Mannheim», edit. por T. GRYGIER, etc., London, 1965 págs. 127-50; HOUCHON, G.: *Methodology of Criminological Research and Interdisciplinary Team-Work*, *International Review of Criminal Policy*, n.º 23 [1965], págs. 37 y sigs.; KAISER, G., y SCHELLHOSS, H.: *Entwicklungstendenzen der Kriminologie*, JZ, 1966, págs. 772-8; MANNHEIM, H.: *Über die Notwendigkeit engerer Zusammenarbeit in der Kriminologie*, en: «Kriminologische Aktualität», editado por A. MERGEN, Hamburg, 1966, págs. 15 y sigs.; KAISER, G.: *Probleme interdisziplinärer Teamforschung in der Kriminologie*, *Msschr. Krim.*, 50 [1967], págs. 352 y sigs.; ROGERS, C. (edit.): *The Therapeutic Relationship and its Impact. a Study of Psychotherapy with Schizophrenics*, Madison-Milwaukee-London, 1967; SCHLINGENSIEPEN, W.: *Aspekte psychiatrischer und sozialwissenschaftlicher Gemeinschaftsforschung in den Vereinigten Staaten*, *Sozialpsychiatrie*, 2 [1967], págs. 129 y sigs.; GÖPPINGER, H.: *Probleme interdisziplinärer Teamforschung in der Kriminologie*, en: «Tübinger Fest-

Cierto que Schelsky opina en su justificación del «Centro de investigación interdisciplinar», que «Institutos [especiales] con una misión investigadora concreta y larga, y con personal prácticamente semejante, no [han podido solucionar] las tareas aquí indicadas»; esto es, el trabajo interdisciplinar. Sin embargo, hace una excepción en el caso de que el Instituto funcione «en el terreno privado... de la Max-Planck-Gesellschaft» (43).

Cierto que yo intento algo más que los Simposiums y jornadas de trabajo o que las publicaciones conjuntas, que se han multiplicado en los últimos años, y donde representantes de disciplinas diferentes estudian un mismo problema central bajo diversos aspectos. Porque los llamados hoy programas «interdisciplinares» suelen consistir, *en la mayoría de los casos, solamente en temas comunes* para el trabajo conjunto de disciplinas distintas, cada una de las cuales conserva, sin embargo, su punto de partida y su sistema conceptual propios. Lo mismo vale en el caso de que la fórmula «interdisciplinar» se refiere al proceso del conocimiento: los investigadores exponen como siempre tan sólo su propia visión del objeto, aunque se trata de un objeto común. Es claro que lo «interdisciplinar» presupone ante todo una fase de cooperación, y que se posibilita paulatinamente por ella (44).

Pero, *además*, hay que tener en cuenta que la investigación en equipo interdisciplinar es *difícil*, por mucho que se vea en principio el fruto y la necesidad de la misma. Los miembros del equipo investigador tienen que ser cualificados en su materia, capaces de engranaje mutuo, de orientarse los unos a los otros, e incluso de unirse en ocasiones, y de modo que podría llamarse «acientífico», en una concepción nacida de un compromiso mutuo. Además, deben ser muy estables, ya que parece que el personal investigador necesita un tiempo de rodaje de bastantes años, hasta que llega a la pro-

schrift für Eduard Kern», Tübingen, 1968, págs. 201-22; SHERIF, M. (edit.): *Interdisciplinary Relationships in the Social Sciences*, Chicago, 1969; FERRACUTI, F.: *Coordination of Interdisciplinary Research in Criminology*, «General Report, VI International Congress on Criminology», Roma, 1971.

(43) SCHELKY, H.: *Das Zentrum für interdisziplinäre Forschung, eine Denkschrift*, en: «Gründzüge einer neuen Universität, zur Planung einer Hochschulgründung in Ost-Westfalen», edit. por P. MIKAT und H. SCHELKY, Gütersloh, 1966, págs. 71 y sigs.

(44) HUBER, L.: *Wie vollzieht sich Wissenschaftsdidaktik? Oder, Auf der Suche nach den richtigen Fragen*, en: «Wissenschaftsdidaktik, Referate und Berichte einer Tagung des Zentrums für interdisziplinäre Forschung der Universität Bielefeld», edit. por H. v. HENTIG, Göttingen, 1970, págs. 134 y siguientes; véase también NORBECK, E.; PRICE-WILLIAMS, D., y McCORD, W. (edit.): *The Study of Personality, An Interdisciplinary Appraisal*, New York, Chicago, London, 1968; SCHELKY, H.: *Zur Theorie der Institution, «Interdisziplinäre Studien»*, Vol. I, Gütersloh, 1970.

ductividad óptima (45). Los pocos «rapports» publicados sobre la materia, indican que los grupos investigadores interdisciplinares están en constante peligro de disolverse (46).

El investigador individual tiene muchas menos dificultades porque no necesita más que desarrollar su propia concepción, independientemente de las objeciones procedentes de investigadores de otras disciplinas. Un Instituto dedicado a estudios individuales sobre temas completamente diversos, como, por ejemplo, el de Cambridge, tiene más probabilidades de poder ofrecer después de un cierto tiempo cosas tangibles; esto es, relaciones sobre las investigaciones realizadas y publicaciones.

Por el contrario, un programa de grupo se concentra normalmente en un solo tema, al que queda ligado el equipo durante varios años, ya que éste cubre totalmente la capacidad de un Instituto de tamaño medio. Además, vale para la investigación en equipo, lo que se dijo respecto a las famosas «Grandes Investigaciones»: dichos estudios corren el peligro de que sus hallazgos estén superados, como muy tarde, al tiempo de ser publicados.

De lo anterior se sigue, que *hay que buscar un camino medio entre la investigación permanente en equipo y la individual y aislada, pero interdisciplinar*. No sólo la planificación y el desarrollo, sino también el control científico será misión de todo el equipo interdisciplinar; aunque luego el programa se ejecute directamente sólo por uno o varios (no todos) los investigadores del equipo. No se piense, sin embargo, que tal trabajo de investigación puede llevarse a cabo o de hecho se desarrollará sin tensiones. Pero es el que ofrece, a mi parecer, una garantía única de conjuntar --dentro de un período determinado de tiempo y del mejor modo posible--, la economía de la investigación con la garantía de los resultados.

Por las dificultades indicadas, no es meramente casual el que a la euforia inicial respecto al trabajo interdisciplinar en equipo --contra la que ya en 1961 había puesto en guardia Radzinowicz (47), haya seguido una cierta calma, incluso resignación. En la perspectiva internacional no cuenta ahora por eso la investigación interdisciplinar

(45) Así opina KRAUCH, H.: *Forschungsplanung*, en: «Systems», 69. Internationales Symposium über Zukunftsfragen, Stuttgart, 1970, pág. 41, en relación al trabajo de C. PELZ and F. ANDREWS: *Scientist in Organizations*, New York, 1966; por el contrario, piensa GÖPPINGER, H.: *Neuere Ergebnisse der kriminologischen Forschung in Tübingen*, Kriminologische Gegenwartsfragen, Heft 9 [1980], págs. 07 y sigs., que basta por un año.

(46) Véase ROGERS, C.: loc. cit. (nota 42), pág. XVI: «is is the staff crisis, where for times the whole project seems doomed... moments of high enthusiasm, times of deep discouragement (which fortunately did not descend on all staff members at the same time)...». SADER, M.: *Kleine Fibel zum Hochschulunterricht*, München, 1970, pág. 71: «Nie wieder Team-Arbeit in der Wissenschaft! Stoffseufzer von vier Autoren nach gemeinsamer Erstellung eines neueren Werkes zur Hochschuldidaktik».

(47) RADZINOWICZ, L.: *In Search of Criminology*, London, 1961, pág. 177.

entre las tareas preferentes (48). Sin embargo, cuando (y en la medida en que) los representantes de las ciencias empíricas fundamentales ponen en duda el valor del enfoque interdisciplinar (49), se trata de algo más que de un mero ataque a dicha concepción. En realidad, se cuestiona la función integradora, y con ello, la autonomía misma de la Criminología. A tal respecto, hay que tener presente que toda investigación interdisciplinar —y por tanto, también la criminológica— sobrepasan en su tendencia y en sus aspiraciones las ciencias fundamentales o las conexas particulares; se creen a sí mismas «metacientíficas» (50). Pretenden, por tanto, relativizar el campo de acción y los resultados concretos de las ciencias particulares. El hecho de si consiguen su intento, es lo que fundamentalmente constituye materia de discusión.

2. Aparte de la cuestión de la orientación interdisciplinar, apenas se encuentran valoraciones objetivas sobre *la estrategia de la investigación* (51).

El término «estrategia», tomado del lenguaje castrense, significa: actuación racional en un campo determinado con los medios disponibles, para conseguir una meta concreta. Por lo mismo, quiere decir un plan general, según el cual se van poniendo medios concretos en un determinado orden táctico. De acuerdo con lo anterior, hay que entender bajo el término «estrategia de la investigación», un plan amplio de investigación (52). Aun cuando es cierto que la estrategia de la investigación debería esforzarse en primer lugar en cultivar teorías, sin embargo, el criminólogo se encuentra abocado a cuestiones prácticas concretas, que ciertamente puede dar de lado, pero que necesitan urgentemente de investigación. Por ello, para la Criminología interdisciplinar, no puede existir contraposición —al menos sería— entre la investigación orientada a la práctica y la teórica.

Pero como al investigador se le ofrecen cantidades importantes de parcelas temáticas, se ve obligado a hacer una

(48) No contradice lo anterior el *Rapport General* de FERRACUTI, F.: loc. cit. (nota 42).

(49) Por ejemplo, SACK, F.: *Problème der Kriminsoziologie*, págs. 964 y sig. Pero habría que examinar aquí si el enfoque interdisciplinar no es de hecho el más capaz de tener en cuenta un «problema central de la lógica de la investigación... cuyo dominio es el que presenta mayores dificultades». Este consiste en cómo «evitar sistemáticamente el tratamiento selectivo de los datos acopiados» (KÖNIG, R.: *Bemerkungen über die Bedeutung der empirischen Forschung in der Soziologie*, pág. 1281). Sustancialmente es lo mismo que sucede con el miedo a seguir hipótesis, de que habla GÖPPINGER, H.: *Kriminologie als interdisziplinäre Wissenschaft*, *Kriminalbiologische Gegenwartfragen*, Heft 7 [1966], págs. 1 y sigs.

(50) A este respecto, véase MANNHEIM, H.: *Comparative Criminology*, London, 1965, pág. 18; SACK, F.: loc. cit. (nota 25), pág. 963.

(51) PHILLIPS, B.: loc. cit. (nota 41), pág. 81.

(52) Véase al respecto ATTESLANDER, P.: loc. cit. (nota 41), pág. 286.

elección entre ellas. Aquí cabe realizarla bajo puntos de vista en sí acientíficos, como la inclinación personal, el mundo de valores, el prestigio de un tema, o incluso las probabilidades de subvenciones.

Sin embargo, como regla general, han de ser razones científicas de peso las que guíen en la elección de la parcela temática. A ello sigue una segunda elección dentro de dicho campo, que —en contraposición con la primera— sólo debe hacerse por criterios científicos. El ideal es que dentro de la parcela temática elegida, se seleccione un punto discutible en el aspecto científico. Porque un supuesto problemático plantea cuestiones, necesita esclarecimiento.

El tercer escalón de la investigación científica consiste en reducir la meta perseguida a proporciones manejables y elaborables. Es menester delimitar el objeto de la investigación. Hay que hacer nueva selección entre las muchas cuestiones y fenómenos, que surgen de la entraña misma del tema elegido.

Estos tres pasos —selección de una parcela temática, nueva selección de un tema como meta de la investigación, y otra nueva selección de un complejo capaz de ser elaborado con los medios disponibles—, son elementos netamente diferenciables dentro de la estrategia de la investigación (53).

En el planteamiento y en la metódica de la investigación hay que tener presente que, según enseña la experiencia, en los proyectos vastos se suelen recoger y acumular muchos más datos, de los que luego pueden valorarse en el trabajo. Por ello, debería planearse el marco de la investigación de tal modo que esa multitud de datos recogidos *quede disponible para un análisis secundario posterior con enfoque diverso*, y quizá para varios (54). En líneas generales la investigación social empírica acusa ya la corriente de que a una fase de claro predominio de la investigación primaria, sigue otra de intenso trabajo secundario (55).

3. Estos problemas de economía, que calan hasta muy dentro

(53) SCHELLHOSS, H.: *Elemente der Forschungsstrategie*, manuscrito multicopiado, 1970.

(54) Véase ATTESLANDER, P.: loc. cit. (nota 41), pág. 289; STEGEMANN, H.: *Spezialbibliotheken für Sozialwissenschaften: Datenbanken für Umfrageforschung*, Kölner Zeitschrift für Soziologie, 21 [1970], págs. 876 y sigs. Respecto a los peligros, véase GLASER, B., y STRAUß, A.: *The Discovery of Grounded Theory, Strategies for Qualitative Research*, London, 1968, páginas 187 y sigs. Respecto al análisis secundario en la Criminología, véase KAISER, G.: *Entwicklung und Stand der Jugendkriminalität in Deutschland*, en: *Kriminalbiologische Gegenwartsfragen*, Heft 7 [1966], págs. 17 y sigs.; EL MISMO: *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, loc. cit. (nota 4), página 21.

(55) Así, ATTESLANDER, P.: loc. cit. (nota 41), pág. 289.

de la política de investigación, no pueden plantearse ni resolverse por un solo Instituto. Luego hay que situarlos en el marco de una *coordinación suprarregional de la investigación* (56).

La estrategia dicha no se aplica sólo ni siquiera preferentemente a la selección de los temas, cuyo esclarecimiento podría ayudar notablemente al progreso científico y a la vez solucionar problemas sociales de envergadura. Más bien debe tratar dicha estrategia de *planificar y de posibilitar investigaciones con contenido relevante* (*Atteslander*). A este respecto, tienen gran importancia las premisas de orden institucional-orgánico, y las de carácter técnico-personal. Por ello, conviene detenerse aquí.

Desde el punto de vista institucional, parece que el trabajo en el *Max-Planck-Institut* queda asegurado en condiciones prácticamente óptimas, referido esto al pequeño grupo en que se piensa. Al menos será así cuando esté terminado el nuevo edificio en proyecto. De todos modos, habría que meditar la creación de uno o dos puestos de trabajo para Asistentes Sociales. Informes inoficiales de otras instituciones semejantes indican, que la Asistente Social diligente puede contribuir a la investigación mejor que los estudiantes auxiliares, en algunos puntos muy importantes, por razón de su experiencia y cercanía a la práctica, así como por la constancia en el trabajo de recogida de datos externos.

Por otro lado, y esto conviene no silenciarlo en modo alguno, el equipo de 8 investigadores —proyectado actualmente—, no podrá realizar trabajos extensos, semejantes a los de los Glueck, Powers and Witmer, Robins o Rogers. Para ello, es menester mayor número de colaboradores. Como punto de referencia baste indicar, que el número de investigadores durante toda la duración del trabajo se elevaba en el caso de Rogers, a más de 200, en el de Powers a unos 80, en el de Robins alrededor de 40, en el de los Glueck a unos 25, en la investigación de Tubinga sobre jóvenes delincuentes a unos 20 titulados universitarios más 15 auxiliares, y en el caso de Lange, Undeutsch, etc., a 13 titulados universitarios (57).

(56) A este respecto, véase WÜRTEMBERGER, Th.: *Notwendigkeit und Möglichkeit einer koordinierten kriminologischen Forschung*, loc. cit. (nota 1), pág. 238; JUSTIZBEHÖRDE HAMBURG: *Arbeitspapier über Möglichkeiten der Zusammenarbeit und Koordinierung auf dem Gebiet der kriminologischen Forschung*, loc. cit. (nota 1), págs. 2 y sigs.

(57) Véase ROGERS, C.: loc. cit. (nota 42), pág. VII; POWERS, E., y WITMER, H.: loc. cit. (nota 10), págs. XXXI y sigs.; ROBINS, L.: loc. cit. (nota 10), págs. VI y sigs.; GLUECK, S. y E.: loc. cit. (nota 10), págs. VIII, X, y sigs.; GÖPPINGER, H.: *Probleme interdisziplinärer Teamforschung in der Kriminologie*, loc. cit. (nota 42), pág. 216; EL MISMO: *Neuere Ergebnisse der kriminologischen Forschung in Tübingen*, Kriminologische Gegenwartfragen, Heft 9 [1970], págs. 70-91; LANGE, R.; TÖNNIS, W.; UNDEUTSCH, U.;

Quizá pueda compensarse esta falta de personal, en caso de intentar grandes programas, con la coordinación y estrecho trabajo en colaboración con los criminólogos del Instituto de la Universidad de Friburgo. En todo caso, por mi parte, aceptaría tal solución con agrado.

En otro aspecto ha quedado claro que *no se puede hablar en modo alguno de un «peligro de monopolio»* en la investigación criminológica, como se ha afirmado algunas veces por escrito, debido a razones más comprensibles que sólidas; ni aun en el caso de que el tamaño de este grupo criminológico de investigación se llegase a triplicar. Incluso en la misma República Federal trabajan ya demasiados investigadores para que pudiera suceder eso (58). Además, según informaciones de última hora, los Ministerios de Justicia alemanes están dando vueltas a la idea de crear una sección propia de investigación e incluso un «Organismo central». Finalmente, la problemática criminológica es demasiado amplia y rica en contenido, como para que un solo grupo de investigadores pueda ejercer monopolio en campo científico de tan acusado cuño internacional como la Criminología. *Por el contrario*, mi opinión es, que en la Criminología *el peligro consiste en la atomización* y en los Reinos de Taifas institucionalizados, dado que los medios de investigación son siempre y necesariamente escasos. El «particularismo», motivado de mil maneras, es el que desde hace unos sesenta años ha imperado en la discusión científica alemana, y el que, en parte, ha impedido llegar a una investigación criminológica institucionalizada y rica en resultados (59).

Respecto a cómo se van a cubrir las plazas de *colaboradores científicos*, que se han de crear sucesivamente, mi idea es la de hacerlo con arreglo a una estructuración interdisciplinar muy amplia. Habrá que pensar en 3 juristas, 2 sociólogos, 2 psicólogos y un médico. De ellos tendría que haber, por lo menos, uno especializado en estadística, otro en economía y otro en pedagogía social. Las disciplinas, que habrían de faltar en otro caso, estarían así representadas en unión personal; por ejemplo, mediante un jurista-sociólogo o un psicólogo-esta-

WARDA, G., etc.: *Welchen Beitrag können die beteiligten wissenschaftlichen Fachrichtungen zur Klärung von Unfalltatbeständen und zur Hebung der Verkehrssicherheit leisten? Technische und volkswirtschaftliche Berichte des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr Nordrhein-Westfalen*, Nr. 58, Köln, 1962.

(58) Véase la panorámica trazada por WÜRTEMBERGER, Th.: loc. cit. (nota 1), págs. 233 y sigs.

(59) Véase al respecto la retrospectiva de RADZINOWICZ, L.: loc. cit. (nota 11), págs. 50 y sigs.

dístico. Esto es incluso deseable, aunque la duplicidad de especializaciones tenga también sus dificultades. Porque hay que pensar no sólo en la cuestión del dominio de dos campos, en los que hay que estar siempre al corriente de las últimas novedades, sino en la posibilidad de una solución racional de los conflictos internos de un científico, que ha recibido dos formaciones distintas.

El conseguir colaboradores a la vez técnicamente capaces y dispuestos a cooperar, lo veo extraordinariamente difícil. En el caso de los juristas y sociólogos creo que será posible encontrar fórmulas adecuadas. Por el contrario, pienso que el conseguir un médico con formación en psiquiatría social o en psicoanálisis, e incluso un psicólogo experimentado en la práctica y en la investigación, ha de tropezar con grandes dificultades, quizá totalmente insuperables. Porque si dichos científicos son de talla, podrán trabajar y subir más en su propia disciplina con un esfuerzo notablemente menor que en el campo lleno de riesgos, aunque también de atractivos, de la audacia interdisciplinar. Si, por el contrario, son menos capaces, más bien se dañarán que aprovecharán a sí mismos y a la tarea complicada de la investigación criminológica. Me creo en la obligación de apuntar aquí, a este problema de personal, que no es peculiar del Max-Planck-Institut, sino que incluso quizá está aquí más suavizado que en el resto de la Criminología (60). En todo caso, parece que la falta de personal formado interdisciplinariamente y capaz, ha de disminuir notablemente e incluso desaparecer dentro de unos años.

En mi empeño de conseguir colaboradores, doy vueltas a un procedimiento amplio de selección, quizá por medio de concurso. Con ello, podría llegarse a un círculo más amplio de interesados; y a la vez, resolver el problema de que no haga la impresión que se quitan los colaboradores a otros centros o personas. A mi juicio, podría intentarse que el candidato presentara un programa concreto de investigación, que en lo posible encajase dentro del que se desarrolla aquí, y que lo defendiese en un coloquio semejante al presente.

IV. Programa de investigación

Como queda dicho, la meta de la investigación del grupo criminológico es todo el sistema de la justicia criminal en sentido amplio.

(60) Véase al respecto GÖPPINGER, H.: *Probleme interdisziplinärer Teamforschung in der Kriminologie*, loc. cit (nota 42), págs. 220 y sígs.; WÜRTENBERGER, Th.: loc. cit. (nota 1), pág. 237.

Pero un programa de investigación no puede ocuparse cada vez más que de algunos aspectos y problemas parciales, por las razones estratégicas, institucionales y de personal indicadas. Ahora se van a exponer brevemente y proponer a la discusión dos de estos posibles proyectos.

1. Primer campo de problemática: «Cifras negras y controles sociales».

A pesar de algunos intentos, falta aún en Alemania una investigación amplia sobre las cifras negras de la criminalidad, que a la vez tenga en cuenta las posibles desviaciones debidas al método de hacer la encuesta al autor del delito, así como la tan diversamente valorada tolerancia social. También habría que conseguir llegar, para el estudio de las cifras negras, a un concepto unitario del punto de partida, que aquí se postula: «conducta desviada y control social». Por lo demás, no debería limitarse el estudio de las cifras negras a los niños o a los delincuentes juveniles, ni a la encuesta de autores, sino incluir los delincuentes adultos y la encuesta de las víctimas (62). Atención especial habría que dedicar a los «tipos de delito sospechosos de cifras negras»; aunque no tanto por la lesión de la «autoridad del orden jurídico» cuanto por la llamada «igualdad en lo injusto».

Para la validez de la conducta objeto de encuesta y para la relevancia de los controles sociales, es recomendable desarrollar la investigación dentro de una especie de *estudio de una población*. De modo semejante lo han intentando recientemente Strotzka con una orientación psiquiátrico-social (65), Sveri en Suecia en forma de en-

(61) Por ejemplo, QUENSEL, S.; KIRCHHOFF, G.; WEYERHÄUSER, T., y ZENS, H.: *Delinquenzbelastungsskalen für männliche Jugendliche*, Kölner Zeitschrift für Soziologie, 22 [1970], págs. 75 y sigs.; AMELANG, M., y RODEL, G.: *Persönlichkeits- und Einstellungskorrelate krimineller Verhaltensweisen, eine Untersuchung zur Dunkelziffer strafbarer Handlungen*, Psychologische Rundschau, 21 [1970], págs. 157-79, aunque aquí con menores resultados y no sin interpretaciones equivocadas.

(62) Véase KAISER, G.: *Der Einfluß des Jugendrechts auf die Struktur der Jugendkriminalität*, loc. cit. (nota 5), pág. 357; MCCLINTOCK, F.: *The Dark Figure*, en: *Collected Studies in Criminological Research*, 5 [1970], páginas 7-34.

(63) HERZOG, R.: *Der Verfassungsauftrag zum Schutze des ungeborenen Lebens*, JR [1969], págs. 441 y sigs.

(64) A este respecto y de modo general, véase ARENSBERG, C.: *Die Gemeinde als Objekt und Paradigma*, en: «Handbuch der empirischen Sozialforschung», edit. por R. KÖNIG, Vol. I, 2.ª ed., Stuttgart, 1967, págs. 498 y sigs.; KÖNIG, R.: *Gemeinde*, ib., págs. 763 y sigs. Compárense los intentos de NAGEL, W.: *Die Kriminalität van Oss.*, Den. Haag, 1949; MAY, K.-H.: *Die Neumühle bei Landstuhl, kriminalsoziologische Studie in einem dänischen Dorf*, Jur. Diss., Freiburg, 1951; JESSOR, R.; GRAVES, Th., etc.: *Society, Personality and Deviant Behavior, a Study of a Tri-Ethnic Community*, New York, Chicago, 1968.

(65) STROTZKA, H.: *Kleinburg, Eine sozialpsychiatrische Feldstudie*, Wien, München, 1969.

cuesta a las víctimas (66), y Christie en una población noruega por medio de una encuesta a los autores de delitos (67), en este último caso sin resultado. Aunque la investigación proyectada será descriptiva, sin embargo, se extenderá más allá de la tradicional descripción fenomenológico-criminal, para estudiar la criminalidad registrada en poblaciones concretas de Baden (68). Respecto a las cifras negras de la criminalidad adulta, probablemente habrá que ir al estudio de una muestra representativa de todo el territorio federal.

En el plan de investigación, que se va a pergeñar, no constituye el estudio de las cifras negras un fin en sí. Este necesita ser complementado, para poder controlar los datos de los encuestados y especialmente para servir al estudio del proceso de selección y de la posible estigmatización. Sólo así pueden examinarse los mecanismos de selección realmente existentes, la consistencia de la conducta de las instancias sociales de control, y el posible perjuicio de ciertas personas o grupos.

Como resultado accesorio muy importante puede conseguirse también contribuir al estudio de la génesis y valor de las estadísticas criminal, judicial y policial. Si, por ejemplo, en 1968 fue puesto a disposición de los Tribunales de Menores igual número de delincuentes por el ministerio fiscal, que el de los que por las más diversas y fundadas razones fueron o incluso tuvieron que ser liberados de

(66) SVERI, K.: *Sixth European Conference of Directors of Criminological Research Institutes*, Strasburg, 1968, pág. 30.

(67) CHRISTIE, N.: *Crime and Social Control in a Small Town in the North of Norway*, International Exchange of Information on Current Criminological Research Projects in Member States, 4 [1967], pág. 277.

(68) Véase BAUER, H.: *Die Kriminalität von drei in ihrer sozialen Struktur verschiedenen Landgemeinden Mittelbadens während der Jahre 1920-1944*, Jur. Diss., Freiburg, 1951; HACK, H.: *Die Kriminalität zweier badischer Städte: Villingen und Donaueschingen, während der Vor- und Nachkriegszeit (1935-1939, 1946-1951), eine kriminalsoziologische Studie*, Jur. Diss., Mainz, 1955; OECHSLE, M.: *Die Kriminalität zweier badischer Landstädte während der Vorkriegs-, Kriegs- und Nachkriegszeit (1935-1949)*, Jur. Diss., Freiburg, 1953; PFEIFFER, E.: *Die Kriminalität in drei ihrer sozialen Struktur nach verschiedenen Gemeinden des Kreises Offenburg während der Jahre, 1930-1950*, Jur. Diss., Mainz, 1954; SCHALK, W.: *Die Kriminalität in vier in ihrer sozialen Struktur verschiedenen Gemeinden Südbadens in der Zeit von 1938-1952*, Jur. Diss., Mainz, 1955.—A pesar del mérito de estas reflexiones de geografía criminal, y no obstante la amplitud de la problemática y el empeño en modernizar el enfoque, no pueden menos de quedar cortas de resultados por el sistema empleado (análisis de actas y algunos interrogatorios, pero carencia de estudios de campo), y por la falta de asimilación del pensar sociológico. Es cierto que la sociología de una población sólo ahora promete ser fructífera desde el punto de vista criminológico, porque se pueden utilizar los resultados de los años cincuenta y sesenta. Además, vienen en nuestra ayuda los análisis sociológico-orgánicos sobre las instancias sociales de control, especialmente sobre la Policía, escuela y Justicia. Por otro lado, está terminando la fase experimental del estudio de las cifras negras. Finalmente, será ventajoso el haber agudizado la atención sobre los conflictos de teorías y sobre la victimología. Sólo con todo ello es posible contribuir a la «geografía criminal», y su dependencia de las clases e intensidad de los controles sociales.

tal procedimiento, cabe preguntar por qué motivos legales o extra-legales sucedió tal cosa, y si es que se emplearon los criterios legales del mismo modo en todos los casos.

El problema del proceso de selección de las instancias sociales de control, que comienza con la capacidad de decidir la criminalidad de un sujeto que poseen la escuela, la víctima y la policía (69), y que sigue a través de los mecanismos de selección de las instancias de control encargadas de administrar la Justicia, ocupa actualmente el centro de la atención internacional en Criminología (70). Tal interés ha recibido su impulso de la sospecha de que existen desigualdad, arbitrariedad y estigmatización de los ya de por sí socialmente perjudicados.

Piensen los empíricos desde hace mucho tiempo, que habría que recortar la competencia de los juristas en la ordenación de la convivencia social. Pero allí donde entretanto se ha hecho responsables de ello a otros profesionales, como psiquiatras, terapeutas, pedagogos sociales, y asistentes sociales, ha surgido la crítica también contra su modo de proceder.

Sin embargo, debería tenerse más en cuenta la necesidad constante de saber claramente a quién se sanciona, y tal vez se baldona o degrada. La investigación empírica sirve a este objetivo y a otros. En un acontecer de tan hondas consecuencias como la condena judicial, es legítimo en alto grado el deseo de claridad y racionalidad. Si es cierto, como parece, que la criminalidad en general, y al menos la criminalidad juvenil, se reparten por igual en todos los sectores sociales, entonces tiene *una importancia central la cuestión de quién* es seleccionado de entre la multitud de los transgresores de la Ley, para ser *solamente él* cubierto de oprobio, *y quién no, y además, por qué.*

2. Segundo campo de problemática: «Conducta desviada y control social en la Empresa».

Junto al análisis expuesto sobre el modo de selección por parte de las instancias estatales de control, convendría desarrollar un programa de investigación sobre la eficiencia y legitimidad de la administración de justicia (solución de conflictos), por y con profanos en la materia, especialmente sobre los mecanismos de selección en el campo extra-estatal. Me refiero a la ya mencionada «Justicia de Empre-

(69) Véase FEEST, J., etc. (edit.): *Die Polizei, Soziologische Studien und Forschungsberichte*, Köln-Opladen, 1971.

(70) A este respecto, véase KAISER, G.: *Kriminologie*, Karlsruhe, 1971, páginas 5 y sigs., con citas pertinentes. Ya había destacado EXNER, F.: *Kriminalitatischer Bericht über eine Reise nach Amerika*, Sonderabdruck, Berlin-Leipzig, 1935, págs. 1 y sigs., que «la literatura alemana no puede ofrecer nada comparable... a las descripciones jurídico-sociológicas sobre el aparato estatal para la persecución» del delincuente.

sa» [Betriebsjustiz] (71). El hecho de que esta cuestión se haya agitado, incluso quizá en demasía, durante el último decenio como problema político-legal, tanto ante la opinión pública como en la literatura científica, y de que aún no se haya calmado la agitación (72), muestra lo urgente de una investigación semejante.

La «Justicia de Empresa» es un tema que, curiosamente, apenas ha preocupado a los investigadores extranjeros hasta el presente, e incluso hasta un presente muy cercano. Sin embargo, ya alrededor de 1850 se hablaba de los «Tribunales de Fábrica en Francia» (73). Además, actualmente se investiga ya en el extranjero sobre los problemas de la criminalidad y los delincuentes en la empresa, así como sobre el llamado «cuerpo para defensa de la fábrica» [Werk-schutz] (74). Hay que advertir que esta problemática no coincide con

(71) Véase VON WEBER, H.: *Kriminalsoziologie*, en: «Handwörterbuch der Kriminologie», 2.^a ed., Vol. II, Berlín, 1967, págs. 63 y sigs.; FEEST, J.: «Betriebsjustiz»: *Private Administration of Justice at the Place of Work*, Abstracts on Criminology, 11 [1971], págs. 6 y sigs., en donde se resumen 12 investigaciones alemanas de los años 1953-1969.—También puede hallarse información al respecto en otras muchas investigaciones alemanas, especialmente en las que se refieren a hurtos en la empresa; véase MERZ, G.: *Die Kriminalität von drei strukturell verschiedenen Gemeinden des Elztales in der Zeit von 1920 bis 1949*, Jur. Diss. Freiburg, 1952, págs. 35 y sigs.

(72) Véase ARNDT, A.: NJW [1965], págs. 26 y sigs.; BAUR, F.: JZ [1965], págs. 163 y sigs.; KIENAPFEL, D.: JZ [1965], págs. 599 y sigs.; XXXIV Konferenz der Justizminister: DRiZ [1966], pág. 410; ESER, A.: *Gesellschaftsgerichte in der Strafrechtspflege*, Tübingen, 1970; LÖWISCH, M., y WÜRTEMBERGER, Th.: *Vertragsstrafe und Betriebsstrafe im Arbeitsrecht*. JuS [1970], págs. 261-7; ZÖOLLNER, W.: *Betriebsjustiz*, Zeitschrift für Zivilprozess, 83 [1970], págs. 365-93.—En febrero de 1971 se ha tenido que ocupar el Tribunal número 1 del Bundesarbeitsgericht con un nuevo caso.

(73) Véase MEISSNER, H.: *Die Fabrikgerichte in Frankreich*, Leipzig, 1846.—Para cuestiones más profundas, véase LEVASSEUR, E.: *Histoire des classes ouvrières et de l'industrie en France avant 1789*, 2.^a ed., Vol. II, París, 1901, pág. 425; RUSCHE, G., y KIRCHHEIMER, O.: *Punishment and Social Structure* (1939), New York, 1968, págs. 32 y sigs., donde se subraya la conexión entre «mercantilism and the rise of imprisonment»; RIMLINGER, E.: *Herrschaft und Fabrikordnung in der Frühzeit der russischen Industrielisierung* (1960), en: «Die soziale Frage», edit. por W. FISCHER, etc., Stuttgart, 1967, págs. 253 y sigs.; POLLARD, S.: *Die Fabrikdisziplin in der industriellen Revolution* (1963) ib., págs. 159 y sigs.

(74) Véase MARTIN, J.: *Offenders as Employees, an Enquiry by the Cambridge Institute of Criminology*, London, 1962, págs. 75 y sigs.; aunque en el Prólogo de RADZINOWICZ, pág. X, sólo se trata del aspecto After-Care, de las consecuencias sociales de la condena y de la rehabilitación.—Por el contrario, el capítulo sobre «Employees as Offenders», no se expresa ni en el Prólogo ni en el título del libro.—Véase también BENSMAN, J., y GERVER, J.: *Crime and Punishment in the Factory; The Funktion of Deviance in Maintaining the Social System*, American Review of Sociology, 28 [1963], páginas 588 y sigs.; HORNING, D.: *Blue Collar Theft: A Study of Pilfering by Industrial Workers*, Ph. D. Thesis, Indiana University, 1963; MOMBOISE, R.: *Industrial Security for Strikes, Riots and Desasters*, Springfield, Illinois, 1968; MULDER, H.: *Overtreders von Betriebsregels*, en *Onderzoek naar de kenmerken van gestraften en hun relaties met collega's en chiefs*, Zaandijk-Niederlande, 1969; SELZNICK, P.: *Law, Society and Industrial Justice*, New York, 1969; ROSER, A.: *Betriebsstrafe, eine Untersuchung über*

la administración comunal de la justicia, de carácter socialista (75). No obstante, supone a mi juicio la «Justicia de la Empresa» una parcela importante de los controles sociales, cuyo esclarecimiento empírico es necesario, tanto desde el punto de vista criminológico como desde el político-legal.

Porque los obreros pasan gran parte del día en la empresa. Sus relaciones sociales, incluso su vida fuera de la empresa, quedan fuertemente marcadas por ella. El convivir muchos hombres en un local reducido bajo el imperativo real del trabajo, parece que pide una regulación, que se asemeje al principio aplicado a la administración local, de la competencia generalizada. Podría hablar en favor de una tal competencia general de la empresa la función de aligerar la justicia, la eficiencia, e incluso resocialización (cogestión) (76). En contra podría argüirse con la renuncia de hecho a seguridades y controles jurídicos, así como con la posibilidad de reincidir en el paternalismo empresarial (Postura de: «El Amo»), la frustración de las prescripciones de las Leyes sobre Tribunales de Menores, en sí concebidas con sentido educativo, y el peligro para el monopolio estatal en la administración de la Justicia.

Un tal programa criminológico de investigación tendría que comenzar por enfocar la empresa como institución social, para luego entenderla como instancia de control, y así situarla en el contexto general de controles sociales. Con esta perspectiva habría que averiguar, *cómo* funcionan de hecho estos controles, especialmente en relación con los principios de igualdad ante la Ley y del estado de derecho. Particular interés muestran el estudio del registro de la criminalidad de empresa, así como el del conflicto entre la igualdad de tratamiento y el principio de oportunidad, al ser llevados a la práctica. También es importante averiguar el volumen de las cifras negras, el proceso de identificación de personas sospechosas (77), y

die Ermittlung und Bestrafung betrieblicher Ordnungsverstöße und Straftaten durch Betriebe der privaten Wirtschaft, Jur. Diss., Zürich, 1970.

(75) Véase ESER, A.: loc. cit. (nota 72) y SCHMIDT, H.: *Die sowjetischen Gesellschaftsgerichte am Beispiel der RSFSR*, Köln, 1969.

(76) Véase, por ejemplo, KNITTEL, E.: *Mitbestimmung in der Strafjustiz*, Marburg, 1970; también JÄGER, K.: *Arbeiterverwaltung und gesellschaftliches Eigentum, ein Beitrag zum Status jugoslawischer Unternehmen*, Stuttgart-Berlín, 1969; véanse también las «Conclusions of the Conference: Administrative Regulation of Responsibility and Subpression of Illegality and Criminality in Economy», *Jugoslavenska Revija za Kriminologiju i krivicno pravo*, 8 [1970], págs. 402-5.

(77) Véase al respecto MAYNTZ, R.: *Die soziale Organization des Industriebetriebs*, Stuttgart, 1966, pág. 54; WELTZ, F.: *Der zwischenbetriebliche Arbeitsplatzwechsel*, Frankfurt-Main, 1966; SCHMIDT, W.: *Psychologische Aspekte der krankheitsbedingten Fehlzeiten im Betrieb, empirische Untersuchungen unter besonderer Berücksichtigung sozialpsychologischer Faktoren*, Darmstadt, 1967; HARLOFF, H.: *Einfluß psychischer Faktoren auf die Mobilität der Arbeit*, Berlín, 1970; MAYER, R., y HERWIG, B. (edit.): *Betriebspsychologie*, en: «Handbuch der Psychologie», Vol. IX, Göttingen, 1970.—Sobre la sociología de las enfermedades en empresas concretas y en diversos

las clases de mecanismos de sanción (78). En las investigaciones realizadas choca observar, que entre los sancionados por las empresas es mucho menor el número de los que cobran sueldo que el de los que cobran jornal. Es claro que los delitos de los que podrían incluirse en la «criminalidad de cuello blanco» (*white-collar-criminality*), no quedan sin sanción; pero a lo que parece, se persiguen fuera de las juntas disciplinares previstas en los reglamentos de empresa.

También merecería la pena saber qué puntos de vista extrajurídicos influyen en los criterios de selección utilizados por la «Justicia de Empresa». Varios acontecimientos relatados en la prensa hacen sospechar que hay otros sucesos internos, diversos de los delitos, que se registran también por el «cuerpo para defensa de la fábrica» (Werkschutz), y que ciertamente pesan en el proceso de selección.

Sólo el análisis comparativo del sistema puede dar idea exacta sobre los mecanismos de control, sin peligro de desenfoques grandes. Además, puede capacitar para la valoración de los efectos de las sanciones criminales, incorporadas a la red de controles sociales. La investigación de la sanción y del tratamiento en el marco de un análisis comparativo del sistema, son las que satisfacen por igual las necesidades de la política criminal práctica y del interés especulativo. Por eso, debería darse la primacía al programa sobre la «Justicia de Empresa». A partir de aquí se han planteado también las tareas concretas de esta investigación (79).

V. Consideración final

La dicho ha dejado claro que se nos plantea una multitud de cuestiones criminológicas de transcendencia. A la vista de las posibilidades, necesariamente limitadas, hay que hacer una selección incluso entre los problemas claves. Esto es cierto aun después de realizar una selección previa en el campo temático, que se concreta en nuestro caso en todo el sistema de la justicia criminal.

grupos de obreros, véase PFLANZ, M.: *Medizinsoziologie*, en: «Handbuch der empirischen Sozialforschung», edit. por R. KÖNIG, Vol. II, Stuttgart, 1969, páginas 1123 y sigs.

(78) Un intento en tal sentido en LISIECKI, D.: *Reaktionsformen von Betrieben auf innerbetriebliche kriminelle Vorgänge*, Jur. Diss., Hamburg, 1965; DENGLER, D.: *Betriebsstrafe bei innerbetrieblichen kriminellen Verstößen?*, Jur. Diss., Münster, 1968; BOVERMANN, W.: *Die «Betriebsjustiz» in der Praxis*, Jur. Diss., Köln, 1969; ROSER, A.: *Die Betriebsstrafe*, loc. cit. (nota 74).

(79) Para evitar repeticiones, se acorta en el texto lo dicho en el discurso, así como tan sólo se insinúa el planteamiento del problema y la meta de la investigación. Véase respecto a las hipótesis, metodología y medios de investigación, así como respecto a la cronología del trabajo, FEEST, J.: *Betriebsjustiz*, loc. cit. (nota 71), pág. 12; y mi artículo de próxima aparición en esta misma Revista: *Kriminologische Forschung in Deutschland und die empirischen Untersuchungen am Max-Planck-Institut*.

En vista de las lagunas de conocimiento existentes y de los medios disponibles, se proponen aquí dos programas de investigación. Uno trata del volumen de la criminalidad y del análisis de los mecanismos de selección en una población pequeña. Como resultado accesario de este trabajo, se espera aportar una contribución sobre el valor de la estadística criminal, policial y judicial. El segundo programa de investigación se orientará hacia el funcionamiento real de la «Justicia de Empresa». En él se trata de examinar ante todo la legitimidad y la eficiencia de la solución extra-estatal de conflictos. Dado el programa de trabajo desarrollado hasta ahora por el Max-Planck-Institut, quería dar prioridad a este último proyecto.

Conforme a lo dicho hasta aquí, no puede consistir la labor del Grupo de Investigación de Friburgo en hacer de cauce a los resultados conseguidos en el extranjero y procurar su recepción entre nosotros en la rama del saber correspondiente. Tal tarea incumbe de por sí a todo criminólogo, dado lo internacional de la Ciencia que cultiva. La misión del Grupo de Investigación ha de consistir más bien en clarificar cuestiones importantes y capaces de ser utilizadas en la práctica, en lo posible a la altura de los tiempos actuales, por medio de programas que estén bien delimitados respecto a tema y duración. Para ello hay que luchar por conseguir una estrecha cooperación entre los colaboradores juristas y los que proceden de las ciencias experimentales. Sin embargo, no se pretende ignorar las diferencias metodológicas existentes entre dogmáticos del Derecho penal y criminólogos. Sino que se ha de procurar que la problemática dogmático-penal y la criminológica se conjuguen en una investigación criminológica lo más concreta posible. Dada la multitud de problemas y cuestiones, así como el hecho de que existen en el territorio federal otros investigadores que trabajan en el campo de la Criminología, creo que sólo puede esperarse un rendimiento óptimo del Grupo de Friburgo si se coordinan con ellos, a la vez que mantienen el pluralismo de la investigación.

El tratamiento procesal de la peligrosidad sin delito (problemas generales) (*)

VICTOR FAIREN GUILLEN

Catedrático de Derecho procesal en la Universidad de Valencia

INDICE: 1. La peligrosidad *ante delictum*.—2. Medidas de prevención y medidas de seguridad.—3. Proceso represivo y proceso preventivo.—4. Soluciones sobre el proceso especial: jurisdiccional o administrativo.—5. La constitucionalidad de leyes y normas procesales de peligrosidad.—6. Las partes.—7. El procedimiento. Los recursos.—8. La "cercanía" del proceso penal.—9. Sistemas españoles en concreto.

1. Todos los trabajos que, para el Derecho comparado nos han servido de base, están de acuerdo en diferenciar doctrinalmente a la medida de seguridad con respecto a la pena; aplicables, aquélla, para corregir un "estado" de amenaza, de probabilidad de cometer

(*) Estas líneas forman parte de un libro, al que pienso titular "El proceso por peligrosidad sin delito", que tengo en muy avanzada preparación.

Ha sido precedido por dos trabajos míos que serán citados reiteradamente; uno, titulado "Prevención y represión desde el punto de vista procesal", es una Comunicación que presenté a las Jornadas sobre peligrosidad organizadas por la Facultad de Derecho de Valencia y la de Oviedo en junio de 1970; el otro, titulado "Algunos aspectos procesales de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970", es el texto de una conferencia que pronuncié en la Facultad de Derecho de Salamanca en marzo de 1971, publicado por ella misma, en el cursillo sobre "Problemas procesales y penales de la actualidad".

Concurrió con esta labor, y la de preparación del libro que cito como de próxima terminación, la de que fui encargado por la Comisión Organizadora del V Congreso Internacional de Derecho procesal, que se ha de celebrar en México en breve, de elaborar la ponencia general sobre el tema "El enjuiciamiento de los sujetos peligrosos sin delito".

De esta Ponencia, ya elaborada, he tomado los datos de Derecho extranjero y de la correspondiente doctrina. Las Ponencias nacionales —ilustradas a su vez con copiosa bibliografía, por parte de sus autores— recibidas y estudiadas fueron las de Alemania (profesor Habscheid), Argentina (dos ponencias: profesor Vélez Mariconde y Clariá Olmedo), Chile (profesor Vergara), España (profesor Morón Palomino), Guatemala (profesor Navarro Batres), Italia (profesor Bricola), Uruguay (profesor Gelsi Bidart) y Venezuela (profesor Chiossone). Si la discusión de estas ponencias y de la mía queda para el citado Congreso, no obstante, en notas, he incluido, intercalando o siguiendo el desarrollo de las figuras legales españolas o de la doctrina correspondiente, noticia de los ordenamientos correspondientes a los países citados, que estimo, dada la órbita de esta revista, aleccionadores para los que leyeron.

un delito; ésta, para castigar un "acto" o "serie de actos"—el delito, la falta. Más ampliamente, el profesor Vergara, de Chile, nos habla de la aplicabilidad de las primeras "a la amenaza de daño o de perjuicio", destino de concepción quizá demasiado amplio.

También se distinguen por todos, la peligrosidad pre-delictual y post-delictual, apreciándose en los ordenamientos iberoamericanos—con excepción del argentino; inexistente en general, y sólo estudiado como un "posible futuro" por los profesores Vélez Mariconde y Clariá Olmedo—una determinada influencia de la Ley-madre de Peligrosidad, la llamada de "Vagos y Maleantes", española de 1933, recientemente derogada, la cual distinguía así los dos supuestos por pluma de uno de sus autores—el profesor y Magistrado Ruiz de Funes; el otro coautor fue el profesor Jiménez de Asúa, que tanta influencia tuvo, a través de su obra, en Iberoamérica.

Decía Ruiz de Funes en preámbulo al dictamen que se dirigió al Parlamento en defensa del proyecto de la Ley citada:

"El concepto de estado peligroso significa la vehemente presunción de que una determinada persona quebrantará la ley penal. Valora el delito como síntoma de una personalidad antisocial. Unas veces, producido el síntoma, es decir, el delito, se reacciona, no sólo contra él, sino contra la actividad que revela y que sirve de base para creer fundadamente que el delito cometido no es un episodio aislado, y que si no se toman ciertas medidas asegurativas habrá de repetirse sistemáticamente (peligrosidad delictual)".

Seguía diciendo:

"En otros casos, se trata de corregir una actividad antisocial inmoral o dañosa, que es índice seguro de una conducta reveladora de inclinación al delito (peligrosidad pre-delictual o sin delito)."

"En el primer caso de estado peligroso posterior al delito, se sanciona el delito con la medida penal; pero es preciso corregir la actividad antisocial que revela o poner al peligroso incorregible en condiciones de no dañar; es decir, adaptarlo o inocuizarlo."

"En el segundo caso de *estado peligroso sin delito*, es preciso emplear, para corregir el índice de peligrosidad y para prevenir los delitos futuros, iguales medidas de cura, adaptación e inocuización" (1).

Aparecida así la noción—traducida a una Ley española, la primera en su género—de "peligrosidad pre-delictual, el profesor Bricola (Italia), la matiza, a consecuencia del doble tipo de normas de corrección de la peligrosidad—de que después se tratará—en cuanto a las medidas consecuentes, entre "medidas de prevención" y "medidas de seguridad".

(1) Este dictamen, incluido en el Apéndice 9.º al "Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes", núm. 361, lo reproduce JIMÉNEZ DE ASÚA en su trabajo, fundamental para conocer la Ley española de Vagos y Maleantes, por ser uno de sus autores, *Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo de peligrosidad sin delito*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, T. 163 (1933), pp. 603 y ss.

El deslinde de unas y otras, sin embargo, no es tajante desde el punto de vista legal, aunque se afirme “que no todas las medidas de prevención no suponen la precedente comisión de un delito; más vale —dice— precisar.

Así, por ejemplo, la “diffida” (o represión administrativa) viene ligada en ocasiones a supuestos de hecho indiciarios de una conducta criminosa que no se puede probar suficientemente como para condenarla como tal.

En el artículo 1.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, se declara aplicable la represión (“diffida”), en resumen, a los siguientes casos:

1.º A quienes habitual y notoriamente se dedican a tráficos ilícitos.

2.º A quienes por su conducta o tenor de vida debe estimarse que viven habitualmente, aunque sea en parte, con el producto de delitos..., o que, por las manifestaciones que hayan dado lugar, den motivo fundado para considerar que están inclinados a delinquir.

3.º A quienes por su comportamiento sean considerados como dedicados a favorecer o disfrutar de la prostitución o de la trata de mujeres, o la corrupción de menores, a ejercer el contrabando, o el tráfico ilícito de sustancias tóxicas o estupefacientes, o a facilitar abusivamente su uso, o a dirigir habitualmente garitos clandestinos, o a hacer apuestas abusivas en las carreras” (2).

Todos estos hechos, según Bricola, son actos delictivos, pero no se castigan como tales, *porque falta su prueba*, que es sustituida por la “notoriedad”, por la “opinión”, etc. En realidad se trata de sujetos posibles cómplices, receptadores, proxenetas, contrabandistas, etc., o en el caso de la Mafia, de posibles miembros de una asociación para delinquir.

Pero en algún otro caso (v. gr., la aplicación de la represión —“diffida”— a los “vagos y ociosos habituales válidos para el trabajo”), no cabe pensar que en tal *status* subjetivo se presuma por el legislador una peligrosidad, que, de otro lado, es especialmente requerida para ordenar la medida de “repatriación forzosa” (a un determinado lugar o lugares geográficos, con exclusión de otros, según su intensidad).

Para la doctrina italiana —cfr. Caraccioli, cit., por Bricola—, cuando se trate de *medidas de seguridad*, el “juicio de peligrosidad” debe concretarse en la posibilidad de la comisión de un delito, en tanto que la sumisión de *medidas de prevención* se produce simplemente sobre la base de comprobación de que el sujeto lleva o es idóneo para llevar un género de vida que, no concretándose en propios y reales actos criminales, determina, sin embargo, una cierta situación de peligro...

Así, por ejemplo, la “peligrosidad en sí” como presupuesto para el internamiento del drogadicto (o aún más claro, del enajenado mental),

(2) Coincide en una serie de extremos con el artículo 2.º de la Ley de Vagos y Maleantes española de 1933 y con el 2.º de la nueva Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, que, modificándola, la ha sustituido.

tiene su clave, más que en una peligrosidad para las públicas seguridad moralidad, en aquella más lejana situación de peligro.

Llegó Bricola a la conclusión de que la única nota característica de las medidas de prevención, es la de no presuponer necesariamente la prueba de la comisión de un delito, aunque en rigor no falten algunos casos excepcionales en que se apliquen a delincuentes; en resumen: todas las *medidas de prevención*, en cuanto *ante-delictum* o, mejor dicho, *extra-delictum*, prescinden de la declaración judicial de la comisión de un delito; en tanto que las *medidas de seguridad* sólo puede aplicarse a personas que hayan cometido un delito, declarada su existencia judicialmente (excepto en los casos de los artículos 49 y 115 del Código penal italiano) (3).

Por ello, Bricola, estudia predominantemente los procesos preventivos y no el de seguridad propiamente dicho; en tanto que en los demás países representados, el estudio es más amplio, por no distinguirse claramente ambas categorías legales desde el punto de vista procesal —aunque sí desde el sustancial; así, p. ej., los artículos 2 y 4 de la Ley de Peligrosidad española, distinguiendo, como otras americanas, la peligrosidad sin delito y con él—.

Con respecto a la República Federal Alemana, el profesor Habscheid se fija predominantemente en la peligrosidad delictual: “la represión penal —dice— se funda sobre el principio de la culpa, por lo que, quienes se hallan en estado de irresponsabilidad, no pueden ser penados; pero es preciso organizar la defensa contra tales personas, visto que, en general, son recidivistas”; así, es necesaria la “prevención”.

3. Lo que se afirma expresamente en varios de los trabajos recibidos, y que vamos a detallar —todo ello es aplicable a España—, es la diferencia entre el “proceso penal represivo” con respecto al “preventivo”.

Ve clara esta diferencia Bricola, contemplando la Ley de 27 de diciembre de 1956; no hay “un hecho concreto” sino un “estado antisocial”, con lo que se llega en este proceso “a una resolución, difícil de concretar en el fallo y de ejecución complicada” (Gelsi Bidart, Uruguay).

Este autor se formula cuatro fundamentales preguntas, que se tratará de contestar a lo largo de este libro:

1) ¿Es el proceso el instrumento adecuado para tratar el estado peligroso y acordar las medidas a aplicarle?

2) ¿Deben especializarse los tribunales, o deben conocer de ello los ordinarios?

3) ¿Puede seguir el proceso declarativo de condena las mismas pautas que el proceso penal?

4) ¿Pueden aplicarse las mismas normas en materia de ejecución?

(3) Del mismo modo, seguimos hallando en el Código penal español, la posibilidad de que el propio tribunal penal imponga medidas de seguridad, pero en casos de “no delito”, como lo son los del procesado enajenado (artículo 9).

Razones fundamentales para diferenciar ambos tipos de proceso, las vemos, como Bricola y Gelsi, en cuanto a la prueba, ya que es más difícil “probar un estado” que “probar un hecho”, pues en el primer supuesto, precisa hacerlo con los hechos sintomáticos de ese estado. Lo cual supone, a su vez: a) una prueba indirecta, en cuanto que el medio probatorio no revela el objeto a probar, sino solamente uno de los hechos que, por su significación, y unido a otros, permita reconstruir el estado de que se trate; b) prueba múltiple, dirigida a varios hechos, y c) compleja o conjunta.

Esto es, una prueba indiciaria (la que se conseguiría, según la terminología de Muñoz Sabaté, por medio del método de la semiótica judicial, parte de la heurística) (4).

De lo cual, induce Gelsi, la necesidad de que los jueces de peligrosidad tengan “una mayor latitud en la apreciación de la prueba”; y más amplias facultades al juzgar. Desde Jiménez de Asúa se viene pretendiendo esa amplificación del arbitrio judicial como presupuesto necesario del proceso de peligrosidad extra-delictum; aunque no dejaba de fijarse en la necesidad de poner diques a ese necesario arbitrio (5).

La misma Constitución uruguaya dice que las medidas que se han de adoptar, sólo han de servir (se refiere a las cárceles) “para asegurar a los procesados y penales, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito” (art. 26-2), finalidades las tres que evocan un proceso preventivo.

Nosotros mismos hemos dicho, en cuanto a la diferencia entre el proceso penal (represivo) y el preventivo:

“... no cabe que desconozcamos las fundamentales diferencias que deben existir necesariamente entre un proceso “penal represivo” y otro “preventivo”, por la diferente finalidad-medio (6) que han de cumplir —pena, medida de seguridad—. Sí puede haber el poner parte de la misma técnica procesal unitaria al servicio de dos objetivos diferentes (podría hablarse aquí, metafóricamente, bien entendido, del “quia peccatum est” en contraposición al “ne peccetur”, pero sin confundirlos en ninguna forma). Piénsese en el concepto de peligrosidad sin delito, consagrado ya por nuestra Ley de 1933. ¿Cómo aplicarlo según normas procesales pensadas y construidas para imponer penas, por delitos ya cometidos? Es, sencillamente, absurdo.

“... las diferencias deben subsistir entre ambos procesos, habida cuenta de su respectiva finalidad. Recordemos aquí, p. ej., lo relativo a la lucha cautelar contra el supuesto peligroso, que debe ser diferen-

(4) Cfr. MUÑOZ SABATÉ, *La prueba de la simulación*, Tesis doctoral, Barcelona, 1971, passim (en publicación).

(5) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Manual de Derecho penal*, Madrid, 1934, I, páginas 372 y s. y 392 y s.

(6) Para nosotros, la función material o causal de todo proceso está en la obtención práctica de satisfacciones jurídicas (Cfr. nuestro trabajo *Ideas generales para una teoría general del Derecho procesal*, en “Temas del Ordenamiento procesal”, Madrid, 1969, I, pp. 289 y ss.; *El proceso como función de satisfacción jurídica*, en la misma obra, I, pp. 353 y ss., passim).

te de la que se dirige frente al supuesto delincuente (7), aunque la clave de los dos tipos de proceso cautelar sea la misma; y lo relativo a la ejecución de las medidas de seguridad, que debe ser reformado totalmente, alejándola de la idea de "penalidad" que las acompaña actualmente (8).

Esta idea de aproximación, hasta su casi confusión (o sin casi), entre penas y medidas de seguridad, la comenta Bricola —para Italia, pero no es allí donde el fenómeno se da— así:

No se trata (las medidas de prevención, equivalentes a las impuestas en España por peligrosidad sin delito) de obtener una reeducación, sino que son "penas camufladas" y se las unen consecuencias perjudiciales para el sujeto, de tipo explícitamente penal. Cita como ejemplo el de la agravación de las penas (Ley anti-Mafia, art. 6) a supuestos delincuentes mafiosos que se hallen sometidos a medidas de prevención. Lo cual, además —subraya—, puede chocar con el artículo 3 de la Constitución (éste será un tema del cual, con referencia a España, nos ocuparemos con intensidad; está descuidado completamente. Cfr. *infra*, Cap. IV de este Libro). Además —sigue Bricola— ocurre a menudo, en las amnistías y en los indultos, que de ellos quedan excluidos los "sometidos a medidas de prevención".

Nosotros estamos convencidos de que, en el estado actual del proceso penal, el de peligrosidad debe apartarse del mismo lo suficiente como para poder fijar algunos puntos diferenciadores esenciales.

Partiendo del Derecho material, como se ha dicho, que es diferente, aquí se trata de probar la existencia de un "estado" y no de un "hecho", de un "acto", lo cual, evidentemente, ocasiona más complicaciones probatorias, al poner, al frente de los medios de prueba, al indiciario.

La reunión de indicios exige, a su vez, una inquisición previa y amplia del juez, sin que éste sea excesivamente asaetado por el ejercicio de las facultades de la defensa —aún no debe haber imputación—, que en el proceso penal es más normal. Piénsese en que una de las bases del funcionamiento de la idea de "peligrosidad", dado el criterio básico de jurisdiccionalidad y no de legalidad de las categorías, es el del amplio arbitrio concedido a los jueces. Pues bien, para ejercitarlo acertadamente, su conocimiento debe ser muy amplio, lo cual exige la citada inquisición. Por la misma razón, el ejercicio de algunos de los poderes de la defensa durante dicho período preliminar, y a salvo los que a la parte interesada se le concedan expresamente

(7) Con esta advertencia —escrita en junio de 1970— deseábamos salir al paso del error cometido en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, artículo 12, que aplicaba la medida de "prisión provisional", incompatible con el ordenamiento de seguridad, ya que... a un peligroso sin delito no se le puede condenar a "prisión".

Este error, reiterado en el Proyecto de Ley de 1970, ha sido corregido en la Ley (Cfr. *infra*, Cap. IX); pero en el Reglamento para su aplicación, desde este punto de vista, no está nada libre de pecado.

(8) Cfr. nuestro trabajo *Prevención y represión desde el punto de vista procesal*, en "Anuario de Derecho penal", Madrid, 1971-I, § 1. Y el Cap. XI de este libro.

—los primarios, los constitucionales—, debe recaer sobre el propio juez, según los principios derivados del sistema inquisitivo. Así aparecerán en el proceso de peligrosidad fenómenos que en el penal serían anómalos (y por ello, en aquél, deben estar delimitados y regulados muy minuciosamente, para evitar extravíos).

No es pensable, como también hemos dicho, dado que se trata, en nuestro caso, de un estado “pre-delictual”, de probabilidad de cometer un delito, que el supuesto peligroso quede, al amparo de sus garantías procesales penales ordinarias, en una situación de libertad incontrolada que haga más fácil su “caída” o, al menos, su continuación en el estado de peligrosidad incontrolado; de ahí la necesidad de adoptar medidas cautelares personales, en muchas ocasiones. Pero por tratarse de no delinquentes, no pueden ser las mismas que en el proceso penal.

Si la tipicidad y legalidad básicas de que arranca un proceso penal, admiten que su procedimiento sea relativamente holgado y elástico, en el de peligrosidad, la falta de aquélla (y sólo la existencia de categorías de peligrosidad incluidas en la ley, forzosamente amplias a su vez), exige una rigurosísima regulación del mismo, de modo que esta severidad compense la mayor amplitud de arbitrio que necesariamente se ha de conceder al juez para que declare la existencia del estado de peligrosidad e imponga la correspondiente medida o medidas. Precisa, pues, un procedimiento a la vez más amplio en cuanto a posibilidades de su instrucción —hace falta hacerse cargo y comprender toda la personalidad del supuesto peligroso y de ahí la mayor amplitud de aplicación del sistema inquisitivo—, y de otro lado, más severo, dentro del necesario aligeramiento de formalismos para conseguir su aceleración.

Además, en cuanto a la ejecución de las medidas de seguridad, el juez, al haber dictado una sentencia relativamente indeterminada (o totalmente indeterminada, cuando la medida impuesta no tiene límite máximo), se halla en la posición de haber de seguir desde muy cerca tal ejecución, para poder llegar, durante ella, a una “determinación” (9).

Así, pues, estimamos que el tratamiento legal debe confiarse a jueces especiales y especializados. Ello será desarrollado en el capítulo V de este libro.

La posibilidad que preveíamos de aprovechamiento de muchos principios y normas en concreto del proceso penal español de la LE-CRIM, hizo que, con ocasión de informar sobre el “Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal”, sugiriésemos que se crease un Código unitario (que se podría denominar “Código procesal penal y de las medidas de seguridad”), que constaría de una “Parte General”, conteniendo principios y figuras de aplicación a ambos tipos de proceso; y sendas Partes Especiales, dedicadas, la una, al proceso penal represivo, y la otra, al preventivo. Esta idea —que no ha sido

(9) Cfr. FAIREN, *Algunas conclusiones sobre el proceso de la Ley de Peligrosidad y el Reglamento para su aplicación*, en “Revista de Derecho procesal Iberoamericana, Madrid, 1971, fasc. II-III, p. 641.

aceptada por los pre-legisladores— estimamos solucionaríamos la controversia sobre el tema “proceso único” o “doble proceso” (10 y 11).

4. Las soluciones que en el Derecho positivo correspondiente a los países que han enviado ponencias nacionales al V Congreso Internacional de Derecho procesal, y la respectiva doctrina, vemos plasmadas para el problema de la peligrosidad sin delito (que casi siempre va legalmente unida a la delictual, con excepción de Alemania e Italia, desde el punto de vista procesal), son de tipo administrativo o judicialista.

Ateniéndose a los datos legales de cada país, sin embargo, estimamos que es preferible la solución judicialista, y no sólo por las razones que se apuntan en este trabajo en su favor (Cfr. *infra*, Cap. II), sino también porque en este proceso se trata de garantizar la observancia de normas jurídicas y de aplicarlas a los casos concretos; derecho genérico a disfrutar de una sociedad pacífica que el “peligro” perturba; sociedad pacífica a la que expresa o tácitamente se refieren las Constituciones en sus declaraciones.

Tanto por razón de los órganos judiciales que dirigen este proceso de peligrosidad en España, como por la finalidad que el mismo persigue, como por el medio—regulado legalmente a modo de contradictorio, con relativa igualdad de las partes—, como por el acto en que se concreta el proceso—la sentencia, “verdad legal” con efectos de cosa juzgada, de que carecen las resoluciones administrativas—, deducimos que se trata de un conjunto de actos judiciales de naturaleza jurisdiccional (12).

Mas, con referencia a España, no debemos olvidar la idea primaria de la independencia del juez, y frente a ella, de la dependencia del funcionamiento administrativo. Y es jurisdiccional, a nuestro entender, la actividad de ese juez independiente e inamovible, si la desarrolla sin discrecionalidades procesales previstas por la ley, con finalidad en la elaboración y cumplimiento de una resolución, interpretando medios de ataque y de defensa, reponiendo el derecho vulnerado—aunque sea un derecho, no de “tipos”, sino de “categorías” legales—; solución de cumplimiento necesario, derivada del incumpli-

(10) Cfr. nuestro trabajo cit., *Presente y futuro*, pp. 14 y ss., y *El Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal de 1967*, en “Temas del Ordenamiento procesal” cit., II, pp. 1.246 y ss.

(11) Ibamos mucho más lejos en cuanto a la unificación procesal. Cfr. nuestro libro *Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil de 1967*, Valencia, 1966, pp. 11 y ss., y en *Temas cit.*, II, páginas 639 y ss.

(12) Con respecto a Italia, BRICOLA habla de una “jurisdicción subjetiva” (en sentido diverso de la doctrina tradicional italiana, que designaba como “subjetiva” a la jurisdicción civil, en tanto la penal y administrativa serían “objetivas”). BRICOLA se refiere, sin duda, al hecho de que en el proceso de prevención italiano hay un comienzo administrativo y un desarrollo posterior judicial, pero en el que la escasez de garantías de la defensa le hace pensar a su vez que, bajo jueces independientes, se desarrolle una actividad más bien administrativa, por su relativo discrecionalismo.

miento por el peligroso de normas jurídicas superiores (se trata en no pocos casos de principios y normas de categoría constitucional) (13).

Entre las soluciones legales que las ponencias presentan, predominan las judiciales; y además se percibe claramente, en cuanto a países como Venezuela—con vigente régimen administrativo—, una tendencia hacia lo judicial (plasmada en el actual proyecto de Ley).

En cuanto a la especialización de los jueces, en varios países sudamericanos—salvo Clariá, en Argentina— la proclaman como necesaria unánimemente, aunque no haya unanimidad con respecto a su intensidad (cfr. Uruguay); y hallamos quejas que, provenientes de Chile—Vergara—, coinciden con las nuestras (14) sobre su falta, sea total o parcial.

Allí en donde no existen en las leyes o en la práctica, se preconiza igualmente la creación de cuerpos de especialistas médicos, sociólogos, psicólogos, etc., que auxilien a dichos jueces. Y efectivamente, la formación de comisiones formadas por estos individuos especialistas—peritos—es una de las garantías exigibles en todo caso, para que un régimen de “sentencias indeterminadas” relativamente, como son las de declaración positiva de la peligrosidad, funcione sin “peligro” a su vez, para con los derechos individuales y sobre todo, con el de libertad.

Se piensa—y pensamos nosotros—mejor en jueces individuales que en colegiados—nosotros hacemos una excepción para la segunda instancia—; y en que aquéllos sean, a su vez, tanto jueces de conocimiento como de la ejecución, por la necesidad de que sea siempre el mismo individuo quien “determine”, fije el “quantum” de la sentencia. Identificándose en la misma persona que la elaboró y dictó, la “determinación” a efectuar a través de su observación personal y continua de la influencia de cada tratamiento sobre la conducta y personalidad del sujeto peligroso.

5. Problema que ha traído la atención de bastantes ponentes, y la nuestra—se trata de un problema muy descuidado en España, desgraciadamente—: el de la constitucionalidad, en nuestros respectivos países, de las normas sobre peligrosidad y su declaración—proceso—; tanto globalmente—leyes de peligrosidad; su admisión o no admisión por las Constituciones— como cuanto con respecto a determinadas normas de las mismas en particular.

(13) Si es un tipo de tribunales como el que describimos el que propugna CLARIÁ OLMEDO (Argentina; cfr. *infra*. Cap. II y V), nuestra discrepancia con él desaparecería. Pero cuando se refiere al “control judicial” ulterior de la labor de estos organismos que sugiere como posibles, a través de la acción y pretensión contencioso-administrativas, nos hace dudar sobre si, según él, es la primera actividad citada, jurisdiccional o no. Por el modo de cómo describe su manera de funcional—al procedimiento que él mismo imagina para el futuro como posible en la legislación de su país— parece que lo sea; la duda está en si los encargados de aplicar ese procedimiento obedecerán solamente a la ley o también a la administración superior—al poder político incluido—.

(14) Cfr. nuestros trabajos *Prevención y represión desde el punto de vista procesal cit.*, y *Algunos aspectos procesales de la Ley de Peligrosidad de 4 de agosto de 1970*, Facultad de Derecho de Salamanca, 1971, *passim*.

Con referencia a Argentina, hallamos la posición rotunda de Clariá Oimedo, para la cual una tal ley de peligrosidad sin delito no respondería a la Constitución federal; en toda otra serie de casos (también Vélez Mariconde con respecto a Argentina; Habscheid con ref. a la República Federal de Alemania; Bricola sobre Italia—este trabajo está centrado casi totalmente sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes y normas de peligrosidad, con un enfoque que al comparatista debe resultarle utilísimo—; Gelsi Bidart para la República Oriental del Uruguay; Chiossone para Venezuela) encontramos loabilísima preocupación sobre la constitucionalidad de las leyes; verbi gracia, el caso de Venezuela, en donde el conflicto reside en la incompatibilidad de la Ley vigente con la propia Constitución, que es posterior a ella; solución: elaborar una nueva Ley—en cuyo Proyecto colabora el propio Chiossone—.

En los países en donde el control de la constitucionalidad de las leyes y sus normas está deferido, de modo procesal constitucional, a un Alto Tribunal, la solución de estos gravísimos conflictos es más fácil; pese a la actitud “neutralista” que en determinados casos atribuye Bricola a la Corte Costituzionale italiana—sobre todo, por no entrar a calificar los procedimientos de prevención, como administrativos o jurisdiccionales, problema constitucional de gran trascendencia—, dicho Alto Tribunal, en múltiples ocasiones (15), ha declarado la ilegitimidad constitucional de una serie de sus normas, sobre todo, por no garantizar suficientemente los derechos de la defensa que la propia Constitución prevé (Cfr. *infra*, Cap. IV).

En España, en donde el control de la constitucionalidad de las normas está deferido a un organismo político—así lo califica su misma Ley, de 5 de abril de 1968—, integrado por el Jefe del Estado y el Consejo del Reino, la solución es mucho más difícil, si pensamos, además, en la muy angosta legitimación activa para promover el “recurso de contrafuero”, su carácter político y el plazo para interponerlo (sólo de dos meses a partir de la publicación de la norma o acto en la Gaceta de Madrid); este recurso está pensado y elaborado para el futuro (desde 1968), con lo que se da el caso de normas anteriores (p. ej., algunas de la Ley de Orden Público de 1959, y de otras posteriores; de la misma Ley de Peligrosidad, publicada el día 6 de agosto de 1970, y de su Reglamento, publicado el día 3 de junio de 1971, que de tratarse de un sistema amplio, podrían ser atacadas por inconstitucionalidad—de modo análogo a como lo fueron en Italia diversas normas del *Codice di procedura civile*—y que no pueden serlo; no quedando otro remedio que el de llegarse a una derogación normal de las mismas por el Legislativo.

Entiéndase desde este punto, adquirida por nosotros, la conclu-

(15) También ha declarado la inconstitucionalidad de varios artículos del Código de procedimiento penal.

Cfr. estas sentencias de la Corte Costituzionale, en nuestro trabajo *La situación actual del Ministerio Fiscal*, en “Revista de Derecho procesal Iberoamericana”, Madrid, 1970-IV, pp. 792 y s., nota, y en las colecciones y bibli. que allí citamos.

sión—con los antecedentes que expondremos circunstanciadamente en el Cap. IV, *infra*—de que, a efectos de garantizar los derechos del ciudadano en el más alto grado, por razón de las normas de peligrosidad—materiales o procesales—, debe existir un control muy amplio de su constitucionalidad (y de la de su aplicación) a cargo de un organismo jurídico y jurisdiccional exclusivamente.

6. Con respecto a las partes, se admite, en general, el carácter de tal, del sujeto a proceso de peligrosidad. Es de interés la intervención del Ministerio Fiscal o Público—salvo en Chile, en donde su intervención no es obligatoria—.

Para que conste de aquí en adelante, debemos hacer notar que los trabajos extranjeros hablan de la “acción pública”, pero que esta expresión tiene diversa amplitud y significación en España, en donde, como es sabido, y con analogía con el Derecho inglés, no solamente ejercita la “acción pública” el Ministerio Fiscal, sino también cualquier otro ciudadano en pleno ejercicio de sus derechos, sea o no el ofendido o el perjudicado por el delito, siempre que éste sea “perseguido de oficio” (el 95 por 100 o más de los del Código penal) (por el contrario, por no existir este sistema en Italia, dice Bricola, que no puede hablarse de interposición de la “acción penal” por el Ministerio Público por la coincidencia de posibilidades del mismo con las de otras personas—en cuanto a la Ley anti-Mafia—; y con respecto al procedimiento de prevención de la Ley de 27 de diciembre de 1956, la iniciativa corresponde al *Questore*—funcionario administrativo—y el *Pubblico Ministero* interviene solamente como dictaminador, pero no como parte).

El querellante particular queda excluido en ciertos regímenes—entre los que se cuenta el español—; y estimamos que acertadamente, pues su actuación, en una materia tan sumamente complicada como lo es la de la prueba de la peligrosidad social—abundantemente indiciaria—, podía complicar equívocamente la labor del juez, porque el interés del querellante particular en la persecución de la peligrosidad es difícil probar que sea público, con respecto a un “estado” no tan nítido como el de un “acto”—delito—por el que resultó ofendido o perjudicado, y aún menos por parte de terceros, y podría abrir, mucho más que en lo penal, un interés “en la venganza”. (En cuanto a ofendidos y perjudicados—que puede haberlos, contra lo que alguien dice, Vergara—sus pretensiones deben deferirse a los tribunales civiles correspondientes).

Volviendo al sujeto pasivo y a su situación, se nota en las peticiones un natural anhelo de verlo convertido en “parte” lo antes posible, desde la iniciación de las actuaciones (incluso en un país con régimen penal general inquisitivo, como lo es Chile, en el proceso de peligrosidad se introduce una excepción al principio del secreto de la inquisición o investigación, de tal modo que el supuesto peligroso pueda conocer todas las actuaciones). Hay que tener en cuenta que, en tanto el supuesto peligroso no tenga derecho a intervenir, se hallan en peligro incluso sus derechos constitucionales (p. ej., no

poder recusar al juez, con perjuicio del principio o norma del “tribunal competente”, en un momento procesal oportuno, esto es, apenas conozca la existencia del motivo de recusación) (Cfr. *infra* Capítulo VI, 5).

Hemos planteado con respecto a nuestro país (Cfr. *infra* Cap. VI) el problema del automatismo en la declaración de peligrosidad (el “serán” y no el anterior “podrán ser” “declarados peligrosos” de la Ley española actual), lo cual puede incidir sobre la falta de temibilidad de los sujetos—enmascarada en esta Ley bajo el nombre de “peligrosidad social”—y, a su vez, suponer un intento de reintroducir totalmente el principio de legalidad en el proceso de peligrosidad, lo cual no es posible hacer sin desvirtuarlo, al hacerlo con sus categorías básicas.

En cuanto al desarrollo del proceso en ausencia del supuesto peligroso (la rebeldía española, cfr. el Cap. VI, 7, *infra*), Vergara—Chile— declara imposible la continuación de aquél si el sujeto no comparece ante la citación que se le hace—no siendo habido—para interrogarlo, por ser indispensable este acto. Con respecto a España, Morón indica que la ausencia del supuesto peligroso no debe obstar a la continuación del procedimiento; pero en este sentido, entendemos que el artículo 19 de la Ley, que admite como medida cautelar la “declaración en rebeldía”—al fijarla como tal cautelar—, indica que el proceso va a continuar hasta que se dicte sentencia—sentencia en rebeldía; lo cual al igual que con respecto a otras normas de otros procesos comentadas en algún otro trabajo nuestro, y que prevén una condena “inaudita pars” en vez de fijar la suspensión del proceso en tal caso, que es la solución correcta, y ello, hasta que el supuesto peligroso sea habido o comparezca) diputamos inconstitucional por restringir los derechos de la defensa frente a su no limitación con respecto al caso, por obra del artículo 19 del Fuero de los Españoles (Cfr. *infra*, Cap. IX).

7. Predominan las legislaciones—y los pareceres—en favor de que el procedimiento se rija, en cuanto a su primera parte, ante el juez individual, por el principio inquisitivo (discordante, Vélez Mariconde); los regímenes examinados—incluido el administrativo actual de Venezuela—son dos exámenes del asunto—dos instancias—al menos.

Entendemos, apartándonos de Vélez Mariconde, y en favor del sistema español de dos instancias (tanto en la Ley de 1933 como en la actual), que la apelación, concebida de modo amplio y con posibilidad de que en la misma se propongan y practiquen pruebas con dirección y asistencia del interesado, no puede obstaculizarse a la intermediación, que en la misma debe ser exigible (cfr. el Cap. IV). Sí estamos de acuerdo en que la intermediación del peligroso con el juzgador es de todo punto indispensable, por tratarse de un procedimiento en el que debe primar el contacto entre ambos, a efectos de que el segundo conozca la personalidad del primero y, en su caso, ordene el tratamiento más adecuado; pero esto no obsta a que un segundo

tribunal vea el asunto, abra nuevas posibilidades probatorias y llegue, si procede, a enmendar o revocar la calificación y tratamiento determinados en la primera instancia.

Mostramos nuestro acuerdo—con Vélez Mariconde y Clariá Olmedo—sobre que la prueba sea apreciada no “según conciencia”, sino “según las reglas de la sana crítica”, expresión de contenido y de raigambre y actualidad española (y no aplicadas por la Ley de 1970), que muestran un freno lógico—el de la crítica, fundada a su vez en máximas de la ciencia, de la técnica, de la experiencia—, a cualquier exceso que invocando simplemente su conciencia pudiere cometer el juzgador (Cfr. *infra*, Cap. VIII, 4).

Los procedimientos examinados destacan el papel de los peritos; así, en todo caso, es necesaria esta prueba en la primera instancia y en especial la audiencia de los referidos, en su fase preliminar, de investigación. Trátase de peritajes científicos.

El recurso de casación existe en Italia; lo estima posible, en Chile, Vergara; lo sugieren para Argentina Vélez Mariconde y Clariá Olmedo—siempre para la hipótesis de que se llegase a elaborar una legislación de peligrosidad para su país; y el último, desde el punto de vista administrativo—. En cuanto a España, no existe este recurso ni ningún otro ante el Tribunal Supremo; y pedimos la creación de aquél, por quebrantamiento de las normas procesales de la Ley de Peligrosidad, y otro, también ante el Tribunal Supremo, más amplio que la casación propiamente dicha, que abra mejor la posibilidad de controlar los errores cometidos en la apreciación de las pruebas en las instancias. Y naturalmente, diputamos necesario, como se dijo, un recurso por inconstitucionalidad (que existe en Alemania, Italia, Chile, Uruguay) dirigido contra las normas de peligrosidad atentatorias a la Carta Fundamental.

El “juicio de revisión” aparece en diversas legislaciones (Chile, Uruguay) con las mismas características del español de igual nombre, de dirigirse contra la cosa juzgada (Cfr. *infra*, Cap. VIII, 4, b y X); no se trata de un recurso, sino, a nuestro entender, de una pretensión nueva, impugnativa independiente, lo que tiene unas consecuencias de gran interés dado el tenor del artículo 34 de la Ley de Peligrosidad vigente (Cfr. loc cit.).

En la primera fase de los procedimientos, rige, por lo general el principio de la escritura, como corolario del inquisitivo, y el oral-protocolario en cuanto a las actuaciones necesariamente tales—interrogatorios, declaraciones—; y en algunos regímenes—España— durante esta fase, el del secreto, ya que el sujeto pasivo aún no es parte (Cfr. Cap. VI).

Más adelante, los períodos probatorios se rigen por la oralidad, pero protocolizada, ya que existe, también en general, el recurso de apelación.

Se prevé en general, y es lógico, que se “hagan cargos” al supuesto peligroso, para que, a su vista, proponga prueba “de descargo”; pero en España, esto no está previsto—grave error a reparar lo antes po-

sible—, así como tampoco la conformidad del sujeto con los cargos (ello está previsto en Venezuela). Es de desear que se regule pronto esta figura de la conformidad en España, ya que tradicionalmente tiene entrada—aunque con límites, a la inversa del sistema británico— y responde al principio acusatorio, también tradicional en España, de aplicación legal tan amplia, que admite al acusado penal a “disponer” libérrimamente de su propia defensa y a renunciar a ella parcialmente, siempre que la pena mayor solicitada por la acusación no exceda de seis años de privación de libertad—límite inexistente en el sistema del “guilty or not guilty” inglés—. Este sistema, debería ser adecuado a la peligrosidad en cuanto al tiempo e intensidad de cada medida.

Reiteramos aquí la idea (ya expresada en nuestros trabajos “Prevención y represión” y “Algunos aspectos”, cits. *supra*) de la necesidad de que los procedimientos—incluido el español— se hallen regulados exhaustiva y claramente, sin cláusulas generales ni trámites de forma o contenido borroso (Cfr., por ej., *infra*, en Italia, la “invitación” al supuesto peligroso; en España, las “vistas” en apelación, de cuyo contenido nada dice la Ley; la “rebeldía”, sin que tampoco diga nada sobre sus consecuencias). Y que la terminología jurídica se aplique correctamente por el legislador, habida cuenta de que las instituciones deben aplicarse por su naturaleza, contenido y finalidad, y no por el nombre con que arbitraria o erróneamente se las pueda bautizar en el texto legal. Tal es el caso del “juicio de revisión” de la Ley de Peligrosidad, frente al llamado “recurso de revisión” de la LECRIM, que tiene la misma naturaleza y finalidad. El que en este caso, pese al léxico legal defectuoso, se trate de un nuevo juicio y no de un recurso, tiene la importante consecuencia, A) de su probable admisibilidad, pese al texto del artículo 34 de la Ley de Peligrosidad, y B), a) de deducir que las sentencias españolas de condena por peligrosidad, surten efectos de cosa juzgada material, ya que la “revisión” de dicha ley se refiere, de un lado, a la simple “determinación” del “quantum” de la sentencia, y de otro, versa sobre nuevos hechos, esto es, los que *determinan* la modificación o el cese del estado de peligrosidad, o bien, b) a “conductas” *posteriores* a la sentencia y *anteriores* a la determinación de su ejecución; esto es, a *hechos* que la sentencia no recogió, y que, por lo tanto, no pueden estar amparados por su fuerza de cosa juzgada (Cfr. *infra*, Cap. VIII y X).

Con respecto a las medidas cautelares, manifestamos nuestra opinión contra las de “encarcelamiento” o “prisión provisional”, por entender que no se puede someter a tal régimen cautelar a quien no puede ser condenado a una pena de “cárcel” o de “prisión”. Se trata de una clara reminiscencia—entre otras que se verán, Cap. XI— de la idea de “penosidad” que debe desaparecer en absoluto con todas las demás.

En cuanto a la ejecución de las sentencias, que debe ser confiada a los mismos jueces que condenaren, ahí está una de las claves de todo el problema, de fuerte matiz económico. Hay quejas en cuanto

a ello, en Chile, en Guatemala, en Uruguay. Precisamos de medios, de muchos medios especiales, en personal y en material (Cfr. Cap. XI).

Esta ejecución, totalmente distinta de la de las penas, se la concibe —como se la debe concebir, y no a título de “pena”— como un tratamiento determinante del “quantum” de la sentencia relativa (o absolutamente) indeterminada, en cuyo desarrollo, el Juez está asistido de consejeros técnicos, cuya importantísima labor nos hace sugerir que se les deba rodear de garantías de independencia semejantes a las de los jueces (Cap. XII).

8.—Pese a todo, no podremos nunca prescindir de la “cercanía” de los códigos o leyes procesales penales propiamente dichos; aun cuando dejásemos de tener en cuenta —lo cual sería absurdo— el “parentesco” entre peligrosidad y delito, la misma fuerza de inercia de los potentes edificios jurídicos construidos por obra de muchas generaciones humanas, influiría sobre nosotros, forzándonos a no cortar los cables que deben unirlos (17).

(17) Así lo vemos reconocido en varias de las ponencias recibidas. En cuanto a Chile, VERGARA nos dice que aun sin hallarse una remisión expresa de la ley correspondiente (Cfr. *infra*, Cap. III), del texto de sus artículos 16, 27, y 29, se induce la entrada en juego, como supletorio, del procedimiento penal ordinario. Pero hay que tener en cuenta que, dentro del sistema procesal penal, las normas del juicio chileno para crímenes o simples delitos de acción pública, se aplican a los procedimientos criminales especiales; es importante este criterio, ya que hace posible, que dentro de la regulación del procedimiento de peligrosidad, no se hayan tenido en cuenta situaciones procesales de detalle que es preciso atender, “y que el juez debe aplicar en casos determinados”.

En el supuesto —que no nos afecta directamente a nosotros, visto el tema de que tratamos— de que concurren delito y estado de peligrosidad, se acumulan ambos procesos ante el Juez que conozca del delito cuando haya “declaratoria de reo” (art. 31 de la Ley); el procedimiento, en tal caso, es el de delitos, el penal ordinario, pero ni el querellante ni el actor civil pueden intervenir en lo relativo al estado antisocial.

Sigue diciendo VERGARA que se adoptó el proceso por razón de delitos para la peligrosidad, por “la naturaleza muy breve y concentrada” del mismo. Existe acusación formal, que se extiende al estado antisocial; la sentencia es, naturalmente, compleja. Cuando se produce la doble condena, es facultativo del juez el aplicar la medida de seguridad; puede dejarla sin efecto, previo informe del Instituto de Criminología o de su representante en el respectivo establecimiento penal, informe en el que se establezca la falta de peligrosidad delictual y el hecho de la readaptación social (art. 37 de la Ley).

Si se cometiera un delito por el sujeto a una medida de seguridad, durante el curso de la misma, se suspende el tratamiento desde el momento en que el sujeto se halle en prisión preventiva; si fuere condenado, el juez deberá resolver sobre si deberá cumplirse el resto de la medida después de la pena impuesta.

Caso especial es el de Alemania —problema debido en no poca parte a su carácter de Estado federal—: es el de la concurrencia entre el *Sicherungsverfahren* y el *Ereiheitsentziehungsverfahren* (procedimiento de seguridad y procedimiento de restricción de la libertad), cuyo estado actual nos comunica HABSCHIED.

Hay que tener en cuenta que ambos procedimientos visan, ante todo, a los sujetos peligrosos que sufren de una enfermedad mental grave.

En el caso de que concurren las posibilidades de abrir ambos procesos —cosa muy posible, dada la calidad de los sujetos— se produce el problema

9. En España no existe distinción legal entre “medidas de prevención” y “medidas de seguridad”; y el proceso para los estados de peligrosidad pre-delictual, delictual y post-delictual, se regula, en la actualidad, como único, en la Ley de Peligrosidad de 1970, con derogación del anterior sistema, el de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, que acumulaba el tratamiento procesal de la peligrosidad—cuando existiera a la del delito cometido por el peligroso, bajo la competencia de los tribunales penales ordinarios—.

Así pues, existe un proceso de peligrosidad único para las tres especies de dicha figura (salvo lo que se dirá, *infra*), sin diferenciar el tratamiento procesal de los sujetos peligrosos sin delito, de los delincuentes.

A) En el artículo 2.º de la Ley se recogen las categorías de sujetos peligrosos sin delito; mas el artículo 4.º declara la aplicación de los preceptos de la misma a los “condenados por tres o más deli-

entre ambos, de diversa naturaleza, como se verá (Cfr. Cap. VIII), y para su resolución, se formulan tres tesis en cuanto a su prioridad:

A) La primera tesis es la de PETERS; principio de prioridad; el conflicto se resuelve en favor del procedimiento que se inició primero.

B) La segunda, la del Tribunal Federal, el cual ha dicho que la clave de la solución la da el § 42 de la StPO; visto que la ley exige el internamiento “si la seguridad pública lo exige”, tal internamiento sólo puede exigirse “cuando las medidas de la legislación de los países (*Länder*) no son suficientes”; esto es, cuando las normas del Derecho de los países de la federación sobre el “procedimiento para la restricción de la libertad” no bastan.

C) La tercera tesis es la de JÜRGEN BAUMANN; para este autor, como el *Sicherungsverfahren* en federal y especial, predomina siempre sobre el *Ereihitsentziehungsverfahren*.

HÄBSCHID se une a esta última tesis por hallarla conforme a las reglas del predominio del Derecho federal sobre el de los *Länder*, y de la ley especial sobre la general.

La Ley de Peligrosidad española de 1970 soluciona el problema de la concurrencia de la delincuencia y de la peligrosidad, a la inversa de como lo hacía la Ley de Vagos y Maleantes de 1933—en el régimen chileno de acumulación creemos hallar huella de aquélla—; esto es, separando totalmente a ambos procesos.

“Cuando un Tribunal o Juzgado que entienda de un proceso penal—dice su art. 13—conozca, por razón del mismo, de alguna conducta que pueda estar incursa en alguno de los estados de peligrosidad de la presente Ley remitirá testimonio de los antecedentes necesarios al Juzgado a quien compete la tramitación del expediente de peligrosidad. Los Juzgados encargados de la aplicación de esta Ley y las Salas especiales que establece el artículo 9.º remitirán asimismo a los Juzgados competentes testimonio de actuaciones de las que puedan resultar la comisión de hechos delictivos o la participación de los encartados en ellos.”

En cuanto a la ejecución de penas y medidas concurrentes por razón de los dos procesos, el artículo 25 dice que “... Si concurriere con la medida de seguridad impuesta alguna pena total o parcialmente pendiente de ejecutar, y aquéllas y éstas no fueren susceptibles de cumplimiento simultáneo, se ejecutará preferentemente la pena”.

(Cfr. *infra*, Cap. XI).

El Reglamento desarrolla esta cuestión de un modo análogo, en cuanto a la posibilidad final de no cumplimiento de la medida de seguridad, al ordenamiento chileno, pero a través del juicio de revisión (art. 97).

tos, en quienes sea presumible la habitualidad criminal, previa declaración expresa de su peligrosidad social”.

B) Ahora bien, en el Código penal, y en su artículo 9.º, aparece la posibilidad de los tribunales penales ordinarios de someter a una medida de internamiento de duración indefinida al enajenado irresponsable que, como tal, y pese a haber ejecutado todos los actos conducentes a la consumación del delito, por su propia figura patológica no es imputable, y por lo tanto, no puede ser condenado como delincuente. Este internamiento en establecimiento adecuado, tendría la duración que el tribunal decida, puesto que no podrá salir del mismo sin su “autorización”.

Esto es, nos hallamos ante un supuesto de resolución judicial que no condena, pero que sujeta a una medida de privación de libertad.

Cierto es que el sometido a ella no queda encuadrado en ninguna de las categorías de peligrosidad social previstas en la Ley de 1970, ya que no puede ser condenado como “delincuente” (peligrosidad delictual o pos-delictual) ni como simple peligroso sin delito, puesto que un demente, en el sentido a que se refiere el Código penal, “no puede tener inclinación al delito”. Pero no es menos cierto que ese sujeto es peligroso en sentido amplio para la sociedad y que el internamiento a que se le somete es una medida que asegura a la misma, a fin de evitar que continúe cometiendo desmanes, víctima de su enfermedad.

Entendemos que la Ley de Peligrosidad —que además, no contiene disposición derogatoria al efecto— no ha podido tocar la situación de tales individuos, los cuales siguen sometidos a los tribunales penales; pues no vemos como aplicable el artículo 13 de aquélla, según el cual, “cuando un tribunal o Juzgado que entienda de un proceso penal, conozca, por razón del mismo, de alguna conducta que puede estar incurso en alguno de los estados de peligrosidad que definen los artículos 2.º, 3.º y 4.º de la presente Ley, remitirá testimonio de los antecedentes necesarios al Juzgado a quien compete la tramitación del expediente de peligrosidad”. Inaplicable esta norma, ya que la categoría de “demente que haya efectuado todos los actos conducentes a la consumación de un delito”, no está prevista en la Ley.

Nos encontramos, pues, con un supuesto —hay alguno más en el Código penal— en el que un sujeto “socialmente peligroso” en sentido amplio, ya que no en el técnico-jurídico, no es condenado —no puede serlo, por irresponsable—, pero sí, como consecuencia del proceso penal, es sometido a una “medida de seguridad” en sentido amplio esta vez, y no técnico.

Para excluir la aplicabilidad de la Ley de Peligrosidad, con su propio proceso, que sería en estos casos, ulterior al penal, además del argumento legalista esgrimido, hay que observar que ese proceso por peligrosidad sería inútil; en su parte de averiguación de los artículos 15 a 17 de dicha Ley, puesto que tal averiguación ya se efectuó en el “sumario” penal —instrucción—; en su parte probatoria, por iguales razones; y lo mismo en cuanto a la de alegaciones. Y en resumen,

chocaría con la cosa juzgada de la resolución del tribunal penal declarando la demencia del sujeto y ordenando su internamiento.

Ahora bien, ni el Código penal, ni otra norma que conozcamos, regula el medio que debe utilizar el tribunal penal para conceder "autorización" al sujeto a tal internamiento, a fin de que éste cese, ni la duración del mismo (con lo cual pasa a ser indeterminado, cosa gravísima); esto es, nos hallamos de nuevo ante una sentencia indeterminada, sin que se prevean las normas para determinar el "quantum" de la medida de internamiento acordado.

Nuestro sentido jurídico nos indica que esta situación debe tener una regulación legal, aunque los tribunales vayan proveyendo a ella por caminos jurisprudenciales que no tienen por qué forzar ninguna norma vigente.

Y esa solución debe hallarse en que, si bien no ha lugar a aplicar la Ley de Peligrosidad a tales sujetos en cuanto al desarrollo de un proceso específico por razón de la misma, por las razones expuestas, sin embargo, no se ve dificultad en que pueda aplicarse, con las modificaciones del caso, lo referente a la "ejecución de las medidas" previsto en la misma; esto es, la de la dirección del internamiento por el tribunal; la sumisión del sujeto a un verdadero tratamiento (¿para qué y por qué razones limitarse a dejarlo en su lamentable estado, o bien que empeore en su curso, y no intentar sanarlo, recuperarlo en lo que sea posible?) efectuado por técnicos—las Juntas de Tratamiento previstas en la Ley y Reglamento de Peligrosidad, pueden ser las llamadas a efectuar tal tratamiento—; imponer al tribunal la obligación de vigilar su marcha a intervalos regulares; abrir un "juicio de revisión análogo al previsto para los peligrosos propiamente dichos, esto es, los comprendidos en la Ley de Peligrosidad, ya que, por no existir una condena penal, el "recurso de revisión" de la LECRIM sería demasiado angosto (aunque sin perjuicio de poder abrirlo, en lo posible, a los repetidos sujetos).

Lo que los tribunales penales llevan a efecto hoy día, guiados de su sentido jurídico simplemente, debe llegar a adquirir estado legal. Y no dejar subsistir una situación en la que un sujeto, claramente "peligroso" para la sociedad (como lo es ciertamente quien hubiera sido condenado por cometer un delito, y no lo es en razón de su demencia), no sea "peligroso" técnicamente a los efectos que le sean favorables, y especialmente, a los de la determinación del tratamiento y el plazo del mismo, si su enfermedad lo permite.

No trataremos más, aquí, de este punto; alguna alusión más se hará en el capítulo V.

C) Coexisten con estos dos tipos de enjuiciamiento de la peligrosidad—peligrosidad en general, para el segundo caso—el de la Ley de Orden Público desde 1959; si los dos primeros son de tipo jurisdiccional, el último lo es administrativo. De éste nos ocuparemos, *infra*, en el capítulo V, y brevemente, por tratarse de un extrañísimo fenómeno (según el cual, autoridades gubernativas pueden imponer medidas de privación de libertad a "peligrosos para el orden público

o que por su conducta supongan una amenaza notoria para la convivencia social” (art. 23-2) “que careciesen de arraigo en el lugar o de solvencia notoria”; esto es, a “peligrosos” no comprendidos en la Ley de peligrosidad —y a salvo de ella— y sin delito) de trascendencia constitucional inclusive, lo dejaremos aparte, sin perjuicio de examinarlo en otro trabajo con la intensidad que merece. Y termino esta explicación por donde debía haber comenzado; mi libro, ya terminado y a punto de ir a la imprenta, así como este fragmento, están dedicados a la memoria de quien fue un gran maestro del Derecho procesal y gran amigo: al Prof. Ord. de la Universidad de Florencia, doctor Carlo Furno (*).

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

Sobre los límites de la ejecución por imprudencia

ANGEL TORIO

Profesor Agregado de la Universidad de Valladolid

I. En el presente estudio se procede a revisar ciertos aspectos del problema de los delitos de exclusiva ejecución dolosa, en los cuales el tipo del delito elimina de antemano la posibilidad de que hallen aplicación las normas generales relativas a los delitos de imprudencia. Se trata de una cuestión peculiar y fundamental del derecho penal español cuya importancia no es preciso encarecer, necesitada en virtud de su desenvolvimiento teórico y práctico recientes, no sólo de un balance que refleje su estado, sino de ser contrastada con las contribuciones dogmáticas que a través de la declaración de que el dolo es parte constitutiva del tipo, acaban por producir en el planteamiento tradicional del problema una profunda transformación.

El estudio se orienta, inicialmente, a obtener una imagen aproximativa del estado de la cuestión, con lo que se recuerda su estructura y sentido en el seno del código. Después transita a examinarla críticamente, llegando a la conclusión, frente al criterio de la doctrina dominante, de que acaso es necesario invertir la forma en que se procede tradicionalmente a resolverla, puesto que sólo el tipo de delito o figura de delito puede arrojar luz suficiente respecto a la posibilidad de la ejecución por imprudencia. Frente a la posición más extendida de que el artículo 565 permite que *todo* delito sea, en principio, cometido culposamente, es sometida a consideración la tesis opuesta de que en este terreno depende todo del tipo específico del delito (1), por lo que deben rechazarse tanto las posiciones aprioristas que afirman la posibilidad prácticamente ilimitada de la comisión imprudente, como las que en una línea lógica irreprochable, pero jurídicamente discutible, llevarían a sostener, desde la premisa de que el dolo es característica típica *general* de los delitos dolosos, y no forma de culpabilidad, que el artículo 565 reclama una nueva interpretación, en virtud de la cual hay que concebirlo como un *delictum sui generis*, en el que es decisiva la acción imprudente y secundarios los efectos que se desprenden de ella, susceptibles de ser conceptuados como resultado o condición de punibilidad.

(1) Sobre la utilización del término "tipo", veáanse las págs. 72 y ss.

En los límites de un breve trabajo es casi imposible ir más allá del propósito indicado y examinar también los complejos presupuestos originarios en que descansa la cuestión, cuyo estudio ha pretendido enlazarse firmemente al derecho positivo, sin vincularse a criterios contrastados insuficientemente con él, o controvertidos inconcluyentemente desde el punto de vista científico.

Esto supuesto, es preciso declarar, dado el carácter polémico de numerosos conceptos fundamentales en la dogmática contemporánea, que la determinación de los delitos que reclaman una ejecución exclusivamente dolosa tiene aquí como presupuesto una concepción preponderantemente objetiva de la antijuricidad, que en conexión con la doctrina dominante, admite que el juicio sobre la antijuricidad depende en ciertos delitos de características anímicas o internas, es decir, de elementos subjetivos. Mientras que éstos poseen, según opinión más extendida entre nosotros, carácter excepcional, la polémica entre la dirección tradicional y la teoría finalista ha acabado por revelar que la presencia de los elementos subjetivos de lo injusto no sólo es verdaderamente frecuente, sino que los mismos presuponen en ocasiones el dolo del hecho como nota del tipo (2).

Si la doctrina finalista predetermina, a nuestro juicio, mediante la declaración de que el dolo es característica constitutiva de lo injusto, una transformación *cualitativa* o sustancial del problema considerado, que acabaría por atribuir al artículo 565 la naturaleza de un *delictum sui generis*, el reconocimiento de la frecuencia del dolo como factor típico configurador, produce una sensible transformación *cuantitativa*, ya que cuando esto sucede hay que estimar que, o bien la producción del tipo por imprudencia es lógicamente inconcebible —como en el hurto del número 1.º del artículo 514—, o que sin estar conceptualmente excluida, según ocurre en la omisión de socorro del artículo 489 bis, es la misma irrelevante, pues lo tipificado legislativamente es solamente la ejecución dolosa.

El tratamiento del problema está afectado, en otro sentido, por las modificaciones experimentadas por la teoría del tipo en la dogmática actual. En ellas resulta peculiar una visión material del concepto, constituido no sólo por las características delimitadoras del injusto, sino por notas atinentes a la culpabilidad. En la noción del tipo del delito, como materia digna de castigo, cabe contemplar un tipo de lo injusto y un tipo de culpabilidad como elementos suyos constitutivos. Las referencias a tal concepto logran mayor claridad en el examen de algunas cuestiones y una visión sistemática más depurada de ellas. La doctrina dominante hace recaer, principalmente, el peso de la cuestión en los elementos subjetivos de la antijuricidad, a los que asigna el papel de obstruir la realización por culpa. Es discutible, sin embargo, que la

(2) V. CÓRDOBA RODA, J., *Una nueva concepción del delito (la doctrina finalista)*, 1963, pág. 93.

presencia de un elemento de esta clase elimine siempre la posibilidad de la ejecución culposa (3). En todo caso corresponde también esta función a otras características, objetivas o subjetivas, que presuponen, sin duda, una fundamentación previa de la intijuricidad y que, como notas que exceden a ésta, han de ser estimadas, en ciertos casos, como elementos de la culpabilidad especialmente tipificados.

Fundamentalmente, se pretende aquí dar respuesta al problema de los delitos que contienen características positivas típicas incompatibles con la ejecución imprudente. Se prescinde de tratar, por lo tanto, el problema del error evitable sobre los presupuestos de una causa de justificación y el del error evitable de prohibición. Estas dos cuestiones son contempladas en una línea que cabría designar como puramente metódica, en cuanto se limita a examinar las repercusiones que producirían las conclusiones obtenidas en las doctrinas que admiten que ambas clases de error han de ir a parar al seno del artículo 565. Esto no supone, sino que, por el contrario, deja imprejuzgada, la decisión positiva sobre el tratamiento de ambas cuestiones, que queda remitido a ulterior ocasión.

Como indicación preliminar, hay que destacar también que el ámbito de la ejecución por culpa ha experimentado en ciertas orientaciones científicas y jurisprudenciales recientes una amplificación sensible. Existen decisiones en las que se acepta que la injuria, la quiebra fraudulenta, el escándalo público, el aborto o la corrupción de menores pueden ser cometidos por imprudencia (4). Es patente que en ciertos casos se rompe así con una tradición jurídica sostenida a través del derecho codificado. Al reflexionar en que tales puntos de vista, corresponden a una base jurídico positiva existente desde el código penal de 1870, cabe preguntar sobre las razones exegéticas y, correlativamente, político criminales, en que descansa un giro tan significativo. Esta amplificación, por otra parte, no se percibe sólo en la jurisprudencia. En la doctrina se observa también algunas mutaciones esenciales. La tesis de que sea posible, por ejemplo, una violación por imprudencia, lleva a pensar en la necesidad de establecer límites precisos entre la *simple posibilidad conceptual* y la *incriminación jurídica efectiva* de la comisión por culpa. Mientras que Binding consideraba satisfactoria en su día la situación del derecho penal alemán por el número escaso de delitos culposos que permitían, junto al dolo, la realización imprudente (5), es perceptible hoy una expansión creciente de esta forma de responsabilidad penal hacia territorios reservados históricamente para la comisión dolosa. Habría que interro-

(3) V. CÓRDOBA RODA, J., *Die Regelung der Fabrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, en ZStW, 81, pág. 437.

(4) V. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho penal español*, p. gen., 2.^a ed., 1971, pág. 399.

(5) BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, IV, 1919 (reimp. de 1965), pág. 282.

gar sobre si esta expansión ha de considerarse como un bien o si al contrario, hay que ver aquí un reflejo no deseable de la hipertrofia de la función penal propia de la época (6). Frente a una reserva de esta naturaleza, no sería válida la observación de que la proliferación de los comportamientos imprudentes, connatural a esta hora histórica, aconseja proceder así, pues en primer lugar, tal aumento está ligado primordialmente al desarrollo técnico, con el que la mayor parte de los delitos indicados no guarda relación, y en segundo término, nada dice tal incremento cuantitativo sobre que delitos reservados tradicionalmente para el cumplimiento intencional, hayan de sufrir una transformación cualitativa orientada a captar también comportamientos por culpa.

Invita todo ello a comprobar, tras muchos años de vigencia de la situación legal básica, si no existe en torno a los presupuestos de aplicabilidad de las normas contenidas en el artículo 565 del código una inseguridad grave, que ha de considerarse como un residuo adverso a la función de garantía de los tipos y un motivo de oscuridad respecto a la vigencia real del principio *nullum crimen sine lege* (7).

Mientras que en el derecho penal comparado, el escaso número de delitos culposos es objeto de precisión exacta por la ley, que proporciona al Juez una imagen prácticamente agotadora sobre su contenido, el intérprete del código penal ha de comenzar por la verificación de una tarea que en otros ordenamientos toma a cargo suyo el legislador, es decir, por establecer con exactitud si la ejecución imprudente se halla o no conminada con pena. Una decisión segura al respecto es fácil obtenerla en escasos delitos. Excepto en el homicidio, las lesiones y pocas conductas más, el intérprete no puede determinar sin vacilación si un comportamiento es o no punible cuando se ejecuta por culpa. Esto puede observarse en delitos como el allanamiento de morada, detenciones ilegales, la omisión de socorro, etc., etc. en todos los cuales es conceptualmente factible una realización del tipo con error evitable y en los que, sin embargo, la incriminación efectiva da lugar a espinosas y serias vacilaciones. Esta situación pone de relieve que las tareas interpretativas suscitadas por el delito culposo—donde la determinación de la lesión del cuidado necesario en el tráfico plantea siempre serios problemas— están agravadas en el código penal por una operación previa comprometida, cual es la de determi-

(6) V. MAYER, H., *Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, pág. 48., con fuerte crítica a la escasa atención prestada por el Proyecto oficial alemán a la necesidad de terminar con la inflación del Derecho penal, reprobable desde la perspectiva de la Justicia y la Humanidad..., pues no es suficiente fundamento de la pena que el hecho dañe algunos intereses de la sociedad, sino que esta sanción sólo es tolerable donde verdaderamente no pueda prescindirse de ella.

(7) V. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Legalidad (Principio de)*, en «Enciclopedia Jurídica Seix», T. XIV, 1971, págs. 889 y sigs., con exposición del entendimiento actual de la regla *nullum crimen sine lege*.

nar si el sentido de la ley es extender también la pena a la ejecución por imprudencia de los elementos objetivos del tipo.

II. Según la doctrina prevalente todo delito puede ser cometido por imprudencia, salvo que lo impida su propia naturaleza. Rodríguez Muñoz, autor de la contribución más importante sobre la estructura y sentido del artículo 565 del Código penal, indica que el Derecho español ha seguido el criterio, diverso al adoptado por el alemán, de establecer la punibilidad de la conducta culposa en todo caso, salvo aquellas excepciones en que la naturaleza conceptual del delito excluya de por sí el castigo de otra conducta que la dolosa (8). Esta tesis tiene doble significado, práctico y metódico. Jiménez de Asúa la considera demasiado absoluta y excesivamente parca en las excepciones que admite, lo que aconseja, a su juicio, ampliarlas en el sentido de negar la posibilidad de la incriminación por culpa en aquellos delitos que exigen taxativa o conceptualmente el elemento doloso, cuando la ley no ha prefijado paralelamente la acción u omisión culposa, a la manera en que se hace con la prevaricación; en los delitos de tendencia; en los que presentan elementos subjetivos de lo injusto, siendo raramente posible por último, en los delitos de peligro (9). En las bases metodológicas, esta posición coincide, sin embargo, con la de Rodríguez Muñoz. Ambos autores contemplan la regla del artículo 565 como principio genérico de incriminación de la imprudencia, del que son sustraídas ulteriormente por vía interpretativa ciertas excepciones concretas. Detrás de este procedimiento está situado, como veremos, un concepto del tipo en el que se consideran excepcionales los elementos internos o anímicos configuradores, en correspondencia con una visión objetiva de la antijuridicidad que coincide esencialmente con los postulados de la dogmática predominante en las primeras décadas del siglo. Mediante esta tesis queda posibilitado un amplio cuadro de delitos imprudentes que se distingue por mostrar, junto al delito doloso, un delito culposo paralelo, situación a la que se oponen solamente ciertas infracciones de carácter excepcional. Estas infracciones excepcionales son las que distinguen tal interpretación de la idea de Binding, previa a la consolidación de la teoría de los elementos subjetivos de lo injusto, de que el tipo objetivo de cada delito culposo es idéntico al del delito doloso de igual género, ya que no existe un tipo único reservado para una sola forma de ejecución, por diversificarse ambas clases de infracciones sólo en la culpabilidad (10).

Dicha orientación ha significado un perfeccionamiento decisivo frente a la doctrina procedente de finales del pasado siglo y principios del actual, en la cual dominaba una visión empírica o no sis-

(8) V. RODRÍGUEZ MUÑOZ, en el *Tratado de Derecho penal*, de MEZGER, II, 1949, pág. 190.

(9) V. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, T. V, 2.ª ed., 1963, páginas 1044 y sigts.

(10) V. BINDING, K., loc cit., pág. 451. Aclaraciones en la nota 31.

temática del problema, en concordancia con la jurisprudencia. Sin embargo, es posible revisar y complementar hoy algunas de sus declaraciones con vista a la transformación profunda de la teoría del delito en las décadas últimas, transformación en que puede percibirse una subjetivación creciente de la noción de antijuridicidad y un entendimiento material del tipo, que aleja este concepto de la caracterización formal que era propia de sus formulaciones originarias.

El problema de los delitos que reclaman unilateralmente la ejecución dolosa ha de precisarse también en otro sentido o dirección. En su base se halla una distinción fundamental que ha sido vislumbrada respecto a ciertos delitos concretos por algunos autores, pero que por su significado general ha de ser llevada al primer plano de la discusión.

Ha de destacarse a este respecto la necesidad de distinguir entre *posibilidad conceptual* y *posibilidad jurídica* de la ejecución imprudente como conceptos no siempre coincidentes entre sí (11). En su confusión radica, probablemente, uno de los más graves motivos de malentendidos que vienen produciéndose en este ámbito. Mientras que al hablar de la posibilidad conceptual de la imprudencia se permanece en el plano perjurídico de la lógica formal, con el fin de averiguar si existe o no contradicción lógica en su admisibilidad, cuando se interroga, por el contrario, respecto a la posibilidad jurídica, la pregunta versa sobre la incriminación efectiva de la acción imprudente de que se trate. Es sabido que, por ejemplo, doctrina y jurisprudencia suelen considerar el delito de allanamiento de morada reservado para una ejecución dolosa excluyente con la impunidad correlativa de la realización por culpa (12). Pese a ser evidente la posibilidad conceptual de la ejecución por imprudencia, para lo cual basta pensar en que exista una confusión evitable del sujeto respecto a la cualidad de ajena de la morada o sobre la existencia de la voluntad contraria del morador, se declara generalmente que estas situa-

(11) V. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, p. esp., 4.^a ed., 1971, página 239, donde se dice respecto a la bigamia: «Conceptualmente es posible la comisión culposa..., mas la presencia del artículo 479 obliga... a negar tal posibilidad de incriminación, habida cuenta de la *ratio legis*»; SAINZ CANTERO, J. A., *El delito de tenencia ilícita de armas*, en «Rev. Gen. Leg. y Jurisp.», 1965, sep., pág. 33, sugiere también esta distinción: «No es que no sea hipotizable una tendencia culposa..., sino que no entraría en el área de aplicación del artículo 565 en relación con el 254»; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *El delito de intrusismo*, en «Rev. Gen. Leg. y Jurisp.», sep. 1969, págs. y sigts., toma en cuenta la idea diciendo: «Que sean imaginables supuestos de error evitable sobre determinados elementos típicos, no quiere decir que necesariamente tales errores engendren una responsabilidad criminal a título de culpa. Si así fuese, delitos inequívocamente dolosos serían susceptibles de cometerse también por imprudencia..., la total interpretación de la figura de delito puede conducir a la conclusión de que se trata de un delito exclusivamente doloso...».

(12) V. SUÁREZ MONTES, F. R., *El delito de allanamiento de morada*, en «Rev. Gen. Leg. y Jurisp.», sep. 1968, págs. 33 y sigts.

ciones son irrelevantes para el derecho penal. Una situación paralela, igualmente discutible, puede surgir también en las detenciones ilegales, donde, por ejemplo, la acción de encerrar a otro puede ejecutarse por negligencia sin inconveniente lógico alguno. Pese a ello suele sostenerse también en este caso que la aplicación del artículo 565 no debe de tener lugar (13). En ambos delitos se sobreentiende que aun estando presente tal posibilidad conceptual, la conducta culposa es penalmente irrelevante.

En otros delitos falta previamente, por el contrario, la posibilidad conceptual de esta conducta. Esto sucede, por ejemplo, en el hurto del número 1.º del artículo 514, donde la exigencia del ánimo de lucro presupone el dolo del hecho como nota típica prioritaria. Pueden destacarse numerosos delitos reveladores de la necesidad ineludible de esta distinción, reflejo en este campo de la naturaleza diversa de la consideración lógica y la jurídica. Baste con citar, por ahora, el delito de omisión de socorro, en el que es evidente la posibilidad conceptual de la realización imprudente, por mediar un error evitable sobre la existencia del peligro, y dudosa, por el contrario, la relevancia penal de tal comportamiento (14).

En la distinción insuficiente de estos dos planos existe una grave fuente de malentendidos, de la que no se encuentra totalmente libre la doctrina contemporánea. Esta insuficiencia refleja una concepción formal que acude para decidir problemas específicamente jurídicos, no a los criterios interpretativos propuestos por la ciencia del Derecho, sino a la argumentación de la lógica clásica. En virtud de un método extraño al contenido de cada figura delictiva particular, es posible atribuir carácter poco menos que axiomático al principio de que todo delito puede cometerse por imprudencia sin reparar en que su validez sólo podría ser consecuencia del examen previo del contenido de las distintas figuras delictivas. La actual interpretación invierte, en cierto modo, los términos del problema. En vez de subordinar la aplicación del artículo 565 al hecho demostrado de que la figura no obstruya que esta disposición pueda entrar en juego, procede justamente al revés. La norma del artículo 565 es concebida como regla general según la cual todo delito admite la comisión por imprudencia, regla general que no dejará de tener aplicación mientras no quede justificada la naturaleza excepcional del delito de que se trate. El carácter formal, a priori del contenido delictivo concreto, de tal procedimiento no necesita ser resaltado en mayor medida. Baste con insistir en que con él se da de lado, en principio, a la peculiaridad de la figura delictiva, que entra tardíamente en consideración para constituirse, en cuanto excepción, en un motivo que favorece la confirmación de dicha regla general. Puede oponerse a estas observaciones que tal es, en definitiva,

(13) V. CORDOBA RODA, J., *El delito de detenciones ilegales*, en «ADPCP», 1965, págs. 24 y sigts.

(14) Vid. la nota 52.

el sentido del artículo 565, de acuerdo con su tenor literal. Este tenor literal se limita, sin embargo, a establecer los presupuestos de punibilidad para el caso de que la figura de delito no contenga menciones incompatibles con la culpa. Ello indica, por tanto, que nada puede afirmarse respecto al radio de acción del artículo 565 mientras la existencia de tales menciones no haya sido consultada.

Según la tendencia científica prevalente, la disposición contiene la segunda forma de culpabilidad, es decir, la culpa como realidad jurídicamente ulterior al tipo y a la ausencia de causas de justificación. Para la concepción del delito que atribuye a la cláusula del artículo 565 el significado general que aquí se rehusa, la fundamentación del injusto, normalmente objetiva, depende en ocasiones de características anímicas o internas, que en cuanto elementos de tipo, han de cumplir un papel jurídico previo a la formulación de cualquier pronunciamiento sobre las exigencias de culpabilidad. Estos elementos subjetivos de la antijuridicidad —partes correlacionadas del tipo, de la antijuridicidad y de la culpabilidad— despliegan en ciertos delitos, según la advertencia de Jiménez de Asúa, una función obstructora de la comisión por imprudencia. Pero puesto que esta obstrucción se realiza ya, precisamente, en el tipo de lo injusto, será entonces imposible hablar de una regla general de incriminación de la culpa, contenida en el artículo 565, de la que sean sustraídos ulteriormente los delitos que contienen elementos subjetivos de lo injusto, sino que estos deberán conceptuarse previamente como motivos adversos a la constitución de dicha regla. Es evidente entonces que existe también un reparo lógico-jurídico que oponer a la doctrina dominante. Esta doctrina presenta una regla general sobre el ámbito de la forma de culpabilidad denominada culpa; dentro de la propia lógica de la regla, procede después a sustraer de ella algunas excepciones particulares: el examen del método utilizado acaba por evidenciar finalmente que estas excepciones son, en verdad, objetos pertenecientes a un campo jurídicamente prioritario, es decir, al campo del tipo de lo injusto.

El análisis de este proceso discursivo acaba, pues, por hacer patente que aquel principio general ha sido establecido sin contar con la función obstructora previa desplegada tanto por los elementos subjetivos del injusto, tomados de momento como ejemplo demostrativo de que la cuestión tratada tiene un planteamiento que necesita ser considerado, como por el dolo del hecho en los casos en que es parte constitutiva del tipo delictivo.

Este planteamiento ha de producirse, por otra parte, en uno, o en varios, de los campos propios de la teoría del delito. La doctrina más extendida entiende que su área propia es la de la culpa en cuanto forma de culpabilidad. Es al tratar de la culpa donde suele prestarse atención al problema. Cabe oponer válidamente a esta idea que la cuestión de los delitos susceptibles de ejecución culposa es un tema a decidir en el terreno de la concreta figura delictiva. El estudio de

ella es el que obtura o posibilita que encuentre aplicación el artículo 565. Con esta indicación, el problema experimenta, sin duda, una transformación cuyas consecuencias prácticas no han de pasar inadvertidas. Pues en vez de ponerse en la base de la discusión el principio general de que de todo delito, salvo excepciones, es susceptible de comisión por imprudencia, habrá sido reconocida, por el contrario, la necesidad ineludible de examinar críticamente las diversas figuras delictivas antes de poder llegar a una conclusión al respecto. La cuestión habrá experimentado así un desplazamiento evidente desde la parte general a la parte especial. No será posible dar en aquella *reglas de contenido jurídico vinculante*, sino al contrario de lo que indica la doctrina prevalente, *orientaciones* a lo sumo sobre ciertos grupos de delitos, susceptibles de ser confirmadas o rectificadas por la figura individual. En la parte especial, existen declaraciones sobre las figuras delictivas particulares en que es posible la comisión por culpa. En la raíz de tales declaraciones no deja de pesar, sin embargo, la regla general previa que se supone contenida en el artículo 565. La generalidad de dicha regla es, sin embargo, discutible. Basta con observar que la posibilidad de ejecución por imprudencia suele ser negada, y a veces no considerada siquiera en una gran parte de delitos contra el Estado y la Sociedad.

Esta transformación del problema habrá mostrado entonces que el criterio decisivo para dar respuesta a la pregunta concerniente a los delitos que reclaman una ejecución dolosa excluyente, es el contenido típico de cada figura delictiva, no la simple posibilidad lógica o conceptual de la ejecución por imprudencia. De esta forma se manifestarán en este terreno las advertencias relativas a que un sistema jurídico penal no puede deducirse de unas cuantas declaraciones fundamentales, o de unos pocos axiomas, obteniendo principios regulativos nuevos por la vía de la mera deducción lógica, sino que es preciso remitir toda decisión material a la peculiaridad de cada problema, bien que procurando no contradecir los principios generales. Como en otros sectores, el empleo de la lógica exclusivamente formal es insuficiente aquí para los fines del Derecho. De ahí que tal tipo de lógica ceda crecientemente el paso a una lógica material, es decir a una lógica del objeto, donde la argumentación descansa sobre consideraciones jurídicas sustanciales, desarrollándose con arreglo a perspectivas políticas-criminales y valorativas (15).

La distinción entre simple posibilidad conceptual y posibilidad o relevancia jurídica está presente en el derecho penal comparado a través del promeso de tipificación de los especiales delitos imprudentes: tal posibilidad conceptual es igualmente amplia en otros ordenamientos penales, mientras que la posibilidad o relevancia jurídica queda reducida en ellos a un grupo pequeño de acciones culposas es-

(15) V. JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. T., 1969, páginas 24 y sigts.

pecialmente tipificados, estimadas penalmente relevantes, es decir, dignas de castigo.

Es aconsejable, pues, una sustitución del planteamiento lógico-formal y, en cierta medida, extratípico del problema, por una forma de consideración que descansa menos en reglas generales que en el tipo delictivo individual.

El artículo 565 estará en función, consecuentemente, de una consulta doble. En primer lugar, de que la figura delictiva no intercepte ya su aplicación, por contener características típicas incompatibles con la culpa. Sólo en este caso habrá lugar para examinar, subordinadamente, que están presentes además los elementos *proprios* de los delitos de imprudencia.

Cuanto queda indicado constituye un punto de partida tan sólo, frente al que pudiera oponerse quizá que la seguridad conferida por la interpretación prevalente del artículo 565 cede el paso a una visión individual de cada figura delictiva, con aminoración correlativa de la seguridad jurídica encarnada por esta «fórmula general». Esta reserva sería, sin embargo, infundada. La concepción dominante del artículo 565 contiene, sin duda, tendencias e implicaciones expansivas de la punibilidad, mientras que el método propuesto obliga, por el contrario, a una visión concreta, individual y específica de la tipicidad, en que el contenido de la figura de delito es considerado como realidad digna de castigo, con el distanciamiento consiguiente de la visión formal del problema propia de aquella. De esta forma se facilita una aplicación razonablemente restrictiva de las figuras de delito susceptibles de comisión culposa, que no impide la aproximación del código al derecho penal comparado de su círculo de cultura, a través de las pertinentes tareas jurisprudenciales y dogmáticas.

La distinción entre posibilidad conceptual y posibilidad o relevancia jurídica, entrevista por autores españoles como Rodríguez Devesa, Sáinz Cantero o Rodríguez Mourullo, ha sido sugerida igualmente en la dogmática extranjera. Kern la pone de relieve respecto a los delitos de expresión, donde a su juicio cabe pensar, sin más, en la manifestación culposa de un determinado contenido, siendo distinta cuestión, si el derecho en vigor admite tales delitos de expresión culposamente cometidos, es decir, si establece penas para los tipos de expresión cometidos por imprudencia (16). La distinción surge también, por ejemplo, cuando se suscita la cuestión de una tentativa por imprudencia, concebible, pero impune, o cuando se advierte sobre la admisibilidad lógica de la culpa respecto a conductas cuya falta de punibilidad está, sin embargo, acreditada en la ley (17).

(16) V. KERN, E., *Los delitos de expresión* (traducción de Finzi, C. A.), Buenos Aires, 1967, pág. 92.

(17) V. MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal* (trad. de Córdoba Roda, J.), Tomo II, pág. 219.

III. Lo decisivo es, por tanto, si el tipo del delito obstruye o intercepta ya, según su sentido conjunto, la posibilidad de la ejecución por culpa. La declaración de estar presente una situación semejante es en cada caso consecuencia de un proceso exegético a cumplir sobre la figura de delito concreta, proceso en el que cabe y ha de recurrirse a todos los criterios interpretativos.

En el ámbito de las doctrinas generales del delito sólo es posible, en consecuencia, efectuar indicaciones orientadoras. La pregunta sobre si un delito es o no susceptible de ejecución culposa no puede obtener respuesta concluyente en la parte general, en contra de lo que suele afirmar la concepción dominante. Es este un problema que corresponde, por el contrario, a la parte especial. Las referencias de Jiménez de Asúa sobre ciertos delitos particulares anticipan en alguna medida este punto de vista (18). Lo que puede indicarse, a lo sumo, como regla general es que no admiten obviamente, la ejecución por culpa los delitos que contienen el dolo entre sus elementos típicos constitutivos. Pero una contestación como esta exige aún, sin embargo, aclaraciones sucesivas. En primer lugar, porque el concepto del dolo no es unívoco en la dogmática actual, donde a veces se designa como dolo la simple voluntad de ejecución de las características objetivas del tipo, mientras que en otras es aludida así la forma básica de la culpabilidad comprensiva también de la conciencia de la antijuricidad. Tal contestación no separaría, en segundo lugar, en que el dolo es considerado característica *típica* constante de los delitos dolosos cada vez con frecuencia mayor en la doctrina española (19). No advertiría, por último, que el problema de la aplicabilidad del artículo 565, correlativo al de la determinación de los delitos de exclusiva ejecución dolosa, ha experimentado en la ciencia contemporánea una transformación sensible, pues según una opinión extendida han de incluirse en dicha disposición los casos de error evitable sobre los presupuestos fundamentados de una causa de justificación, mientras que otro sector reconduce también a ella los supuestos denominados de culpa de derecho o error

(18) V. loc. cit., págs. 1050 y sigts.

(19) V. CERZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, en «ADPCP», 1961, págs. 55 y sigts.; el mismo, *Notas a la traducción de El nuevo sistema del Derecho penal*, de HANS WELZEL, 1964; CÓRDOBA RODA, J., *Una nueva concepción del delito (la doctrina finalista)*, cit., págs. 93 y sigts.; *Notas al Tratado*, de REINHARDT MAURACH, T. I., págs. 301 y sigts. y el artículo de la ZStW antes mencionado; SUÁREZ MONTES, R. F., *Consideraciones críticas a la antijuricidad en el finalismo*, 1963, examina, sin aceptarlos expresamente, los puntos de vista finalistas sobre el dolo, las causas de justificación y la culpa, a los que opone serias reservas; una declaración expresa sobre la inserción del dolo en el tipo, en GIMBERNAT ORDEIG, E., *El sistema del Derecho penal en la actualidad*, sep., del «Anuario de Ciencia Jurídica», 1971, págs. 285 y sigts.; YÁÑEZ ROMÁN, *La teoría final de la acción*, en «Rev. de la Fac. de Derecho de la Univ. de Madrid», 1968, págs. 493 y sigts., entre los autores que tienen más conexión con el tema citado en el texto, a partir de la monografía de RODRÍGUEZ MUÑOZ del año 1953.

evitable sobre la conciencia de la atijuricidad (20). Es preciso, por tanto, analizar el sentido del contraste entre dogmática tradicional y dogmática finalista respecto al problema tratado, tomando posición sobre la solución correspondiente. Por otro lado, es necesario también poner de relieve qué grado de compatibilidad existe entre tal solución y las tendencias que remiten al artículo 565 tanto la disciplina del error sobre los presupuestos constitutivos de una causa de justificación, como la del error evitable sobre la antijuricidad.

IV. Entre los autores que admiten una concepción objetiva de la antijuricidad, matizada por el reconocimiento de la existencia de elementos subjetivos del injusto, tiene el problema discutido la orientación siguiente:

a) Está excluida la incriminación de la imprudencia en los delitos que contienen el dolo entre sus elementos. Rodríguez Muñoz habla de los casos en que la naturaleza conceptual del delito excluye de por sí el castigo de otra conducta que la dolosa (21); Antón Oneca, de supuestos en que el dolo forma parte de la figura delictiva, sea de forma expresa o tácita, pues no es necesario, afirma, que el legislador mencione la voluntad de ejecución manifiestamente, sino que es posible que mediante un proceso de interpretación pueda establecerse la necesidad de su existencia (22). Jiménez de Asúa se pronuncia también en este sentido (23). La referencia al dolo es efectuada también por Rodríguez Devesa, con mención de los diversos grupos de delitos en que forma parte de la figura delictiva. Estos son, en primer lugar, aquellos en que el legislador incluye entre los elementos constitutivos del delito las palabras «de propósito», «a sabiendas», «maliciosamente» u otras semejantes, con las que generalmente se entiende producida la exclusión de las formas culposas; en segundo término, los delitos en que la naturaleza de la acción impide pensar en la posibilidad de esta forma de ejecución, que por ello está excluida, pues no es imaginable, a su juicio, la fabricación de moneda falsa del artículo 283 o el fingimiento de firma sin la concurrencia del dolo, pudiéndose afirmar, en este sentido, que hay delitos que *re ipsa in se dolus habent* (24). Quintano Ripollés hablaba de la existencia de casos que reclaman una reduplicación del dolo (25). Aparte la singularidad de la expresión, esto supondrá un dolo previo, susceptible de incluirse aquí.

(20) V. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, T. VI, 1962, página 589; CÓRDOBA RODA, J., *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, 1962, págs. 130 y sigts.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos*, en «ADPC», 1963, págs. 642 y sigts.

(21) V. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A., en el *Tratado de Mezger*, T. II, cit., página 190.

(22) V. ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, p. gen., 1969, pág. 224.

(23) V. *Tratado*, T. V., cit., págs. 1044 y sigts.

(24) V. *Derecho penal español*, p. gen., cit., pág. 397.

(25) V. *Derecho penal de la culpa*, 1958, pág. 235 y sigts.

b) Existe unanimidad prácticamente total sobre la exclusión de la comisión por culpa si el delito contiene entre sus características constitutivas un elemento subjetivo de lo injusto, aludiéndose también a los delitos de tendencia como caso particular (26).

c) Tras el criterio de Silvela ha declarado el Tribunal Supremo en ocasiones repetidas que no es posible la ejecución imprudente en los delitos de resultado, mencionando éste con la conocida expresión «mal efectivo y concreto». De esta restricción se ha separado la Sala Segunda con alguna frecuencia, extendiendo la pena a delitos de simple actividad ejecutados culposamente, lo que se pone de relieve, por ejemplo, en el caso de las falsedades (27).

d) Generalmente, se entiende que las faltas, a no ser que se hallen tipificadas especialmente, no permiten la ejecución por culpa (28).

e) Ciertas afirmaciones aisladas parecen sugerir también la impunidad de la ejecución por imprudencia de un injusto de bagatela. Rodríguez Devesa indica que la práctica ha conseguido limitar al alcance desmesurado de las cláusulas generales de incriminación culposa por diversas vías, ante todo con la absoluta falta de interés en la persecución penal de infracciones de mínima gravedad cometidas culposamente, como el leve desconchado de pintura producido por un vehículo de motor al salir torpemente del aparcamiento (28).

f) La aplicabilidad del artículo 565 no puede extenderse a los delitos contenidos en la legislación especial, a causa de lo que se establece el artículo 7 del código. Frente a este criterio, estimaba Quintano Ripollés compatible aquella disposición con el contenido del Código de Justicia Militar (29).

V. Entre los partidarios, sucesivamente más numerosos, de la inclusión del dolo en el tipo, Córdoba Roda afirma lo siguiente: en el delito culposo ha de producirse a consecuencia de la acción un resultado no querido por el autor. Cuando al respecto se habla del resultado, la expresión no se toma, sin embargo, en un sentido material, sino en un sentido ideal, es decir, como lesión o peligro del bien jurídico. La punición por imprudencia se extiende tanto a los tipos de causación —como el homicidio y las lesiones— como a los delitos de simple actividad, tal como ciertas modalidades de falsedad documental o abuso deshonesto. De acuerdo con ello, rechaza este autor la tesis de que la

(26) V. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. V., cit., págs. 1050 y 1058; QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., pág. 237; BARBERO SANTOS, *El bandolerismo en la legislación vigente*, en «ADPCP», 1970, pág. 269.

(27) El asunto sigue siendo discutido en la doctrina. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., pág. 238, niega la posibilidad en los delitos de simple actividad; contra, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, p. general cit., pág. 398; RODRÍGUEZ MOURULLO, *El delito de intrusismo*, cit., páginas 41 y sigts.; CÓRDOBA RODA, J., *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, cit., pág. 431.

(28) V. DEL ROSAL, J., *Principios de Derecho penal español* T. II, pág. 543.

(29) V. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *La culpa en el Derecho penal militar*, en «Revista Esp. de Der. Mil.», núm. 4, jul.-dic. 1957, págs. 9 y sigts.

punibilidad por culpa se limite a los tipos que exigen la producción de un resultado natural, o como afirma el Tribunal Supremo, de un mal efectivo y concreto. Destaca, además, que la idea de que los delitos que contienen elementos subjetivos de lo injusto no permite la ejecución imprudente, aun resultando satisfactoria por implicar una restricción del ámbito de aplicación de la culpa, no es plenamente correcta desde el punto de vista lógico, pues es perfectamente concebible la realización de un tipo que presenta elementos subjetivos de lo injusto estando presente un error evitable sobre el tipo objetivo y sin que, simultáneamente, falten tales elementos, según sucede en la violación o el abuso deshonesto cuando el autor yerra sobre la edad o la seriedad de la resistencia de la víctima. A su juicio tampoco puede castigarse normalmente, por último, la ejecución por imprudencia de los delitos en que el dolo se resalta expresamente por la ley, pues la mención de él suele coincidir con la voluntad legal de poner únjcamente bajo penal la ejecución dolosa (30).

VI La tesis de que el dolo pertenece al tipo, acogida de forma crecítne en la doctrina española, repercute esencialmente sobre el problema debatido aquí llevando a la conclusión lógica de que ningún delito del libro segundo del código, salvo los culposos especialmente tipificados, admite la realización por imprudencia. Es evidente que si el dolo fundamenta la tipicidad de la acción, el delito no puede admitir simultáneamente notas que, como la culposa, presuponen materialmente su ausencia. La escisión del «nuevo sistema» del derecho penal, cumplida en el área sistemática del tipo, entre delitos dolosos y culposos, encontrará reflejo en el artículo 565 del código penal a partir de aquella premisa. Pues mientras que el tipo, entendido de forma objetiva, hace factible, o no elimina, la realización por dolo y por culpa, la concepción compleja propia de la dirección final originará que resulte excluída en su propia área la tipicidad de las conductas imprudentes. Los delitos culposos tendrán que encontrar, en consecuencia, todas sus características típicas constitutivas fuera del campo propio de los delitos intencionales. En tal interpretación del artículo 565, aparecerá reflejada indirectamente la «culminación» de la teoría del tipo que se inició décadas atrás con el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto. Mientras que la tipicidad de los delitos dolosos deberá ser terminada a través del contenido de voluntad del autor, la de los delitos de imprudencia reclamará una fundamentación en todo especial: el artículo 565 habrá de ser contenido ahora, conforme a esta visión del problema, como un *delictum sui generis*, que contiene dentro de sí la totalidad de las características típicas que la constituyen. Para quienes admitan el postulado de que el dolo es elemento típico — sobre la base o con independencia de determinada concepción de la ac

(30) V. *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, cit., pág. 437.

ción— será, pues, contradictoria toda indagación relativa a si ciertos delitos admiten la culpa, pues nunca podrá compatibilizarse la idea de que el delito reclama el dolo típico y da pie, simultáneamente, para una investigación sobre la posibilidad de su ejecución imprudente. Los partidarios de dicho postulado fundamental tendrán que apreciar, paralelamente al sistema finalista, un *delictum sui generis* en el artículo 565 del código.

Es inevitable pensar entonces si no se está aquí ante la tesis del *crimen culpae*, que rehusada de forma general, reaparece de la mano de la doctrina finalista de la acción y de quienes comparten su postulado de que el dolo pertenece a la tipicidad. Esta suposición hace necesarias algunas precisiones.

Para la doctrina dominante, no conoce el código penal — ni debe aconsejarse *de lege ferenda* tampoco— un ataque unitario a bienes jurídicos de naturaleza culposa, sino distintos *crimina culpae*, que poseen recíproca autonomía. Estos delitos suponen un tipo que carece de notas incompatibles con la culpa, susceptible de ser realizado dolosa o culposamente. La carencia de contenido subjetivo del tipo permite, por ello mismo, que pueda recibir un contenido subjetivo cualquiera. Por ejemplo, el homicidio es concebido, según este punto de vista, como lesión de la vida humana, es decir, como un proceso objetivo, causal, ajeno al contenido de voluntad. Esta neutralidad subjetiva hace que pueda conectarse al tipo indistintamente una y otra forma de culpabilidad. En la existencia de tipos de esta naturaleza parece hallar confirmación la afirmación de Binding de que sólo quienes piensan poder transformar artificialmente lo que es especie exclusiva de culpabilidad en un *crimen culpae*, imaginan también haber establecido un *delictum sui generis* ejecutable sólo por imprudencia (31).

La adopción de una concepción exclusivamente objetiva del tipo en el derecho penal español no produciría, pues, en su propia área, restricción alguna a la aplicación del artículo 565. Esta restricción sólo podría determinarla, ulteriormente, la exigencia en la figura delictiva de momentos especiales de culpabilidad. Tal concepción objetiva de la tipicidad mostraría, en sí misma, concordancia con la idea de que todo delito puede ser cometido culposamente.

Esta visión de la tipicidad sólo es sostenida raramente en la dogmática alemana y austríaca. En general, ha sido complementada

(31) V. BINDING, K., *Die Normen*, loc. cit., pág. 451. Esta declaración y las que han sido utilizadas antes suponen una concepción objetiva de la antijuricidad. OEHLER, D.: *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, 1959, pág. 16, recuerda la declaración de BINDING, en *Normen*, I, pág. 244, de que «lo que se denomina injusto objetivo es puro azar», pero advierte de que en otros momentos existen manifestaciones suyas en favor de una concepción objetiva de la antijuricidad. Así, en *Normen*, II, 1, pág. 231, nota 7. En este sentido se halla la afirmación de la posibilidad de un cumplimiento del tipo objetivo tanto dolosa como culposamente a que se ha aludido antes en el texto. La toma de posición de BINDING no es, para OEHLER, suficientemente clara.

por el reconocimiento de los elementos subjetivos del tipo. De la misma manera que su descubrimiento hizo quebrar en su día la separación entre antijuridicidad y culpabilidad, su admisión por la doctrina española lleva a su vez a que los diversos *crimina culposa*, paralelos según la concepción objetiva a los delitos que admiten la ejecución por dolo, experimenten una reducción por razones que proceden, no sólo de la exigencia de una especial culpabilidad, sino del propio ámbito del tipo del injusto. Pues si el delito es acción típicamente antijurídica, no podrá cumplir el tipo la imprudencia en tanto se atribuya —lo que sucede comúnmente— un contenido material a tales elementos que resulte contradictorio con ella. Es conocido que la polémica mantenida entre la dirección dogmática tradicional y la finalista en la década de los años cincuenta, a la que puede considerarse terminada sin transacción, ha posibilitado en la primera un entendimiento más amplio y más exacto de los elementos subjetivos de la antijuridicidad, que ha conducido a admitir que, si no en todos los delitos dolosos, como pretende la concepción final, en ciertos delitos al menos es el dolo del hecho parte típica constitutiva. Esto sucede, sin duda, con frecuencia. Pero con uno u otro matiz, la doctrina de los elementos subjetivos de lo injusto no altera el significado sistemático de la contraposición *crimen culpae-crimina culposa*. De la misma forma que cuando el tipo, correlativamente a la tesis de Beling, es entendido de forma puramente objetiva, no existe inconveniente para sostener que el código penal lo que concede son *crimina culposa* correlativos u homogéneos con las infracciones dolosas, la doctrina de los elementos subjetivos del tipo indica que mientras no esté acreditada su presencia nos encontramos ante idéntica situación. En consecuencia, el sentido sistemático de la afirmación de que el artículo 565 expresa la existencia de *crimina culposa* diversos resulta confirmado. Este contiene una forma de culpabilidad, sin ser transformado en una norma jurídica independiente que contenga dentro de sí todos los elementos de injusto y de culpabilidad.

Por el contrario, esta transformación es efecto ya, según ha sido expuesto, de las declaraciones correspondientes a la última fase de la evolución histórico-dogmática de la tipicidad, en la que es característica la inserción del dolo en el tipo. El proceso científico que lleva desde la concepción de Beling hasta la doctrina finalista muestra, según esto, una línea paralela a la del proceso dialéctico inmanente en la contraposición *crimina culposa-crimen culpae*, cosa que, desde otro punto de vista, no escapó a la perspicacia de Rodríguez Muñoz.

Procede preguntar ahora sobre las consecuencias de esta mutación. En este sentido, hay que destacar primordialmente la eliminación o anulación de un finalismo que proceda consecuentemente, de la función atribuida en la literatura al artículo 565. La inexistencia del dolo del hecho hace que quiebre la tipicidad de la acción culposa por falta de congruencia entre tipo objetivo y subjetivo, debiendo ser fundamen-

tada entonces de conformidad con el delito independiente en que ha sido transformado el contenido del artículo 565; en su caso con los artículos 586, 3.º y 600, eventualmente, con las disposiciones del libro II del código relativas a los delitos culposos especiales. En el ámbito del artículo 565 habrá tenido, pues, lugar, a través del proceso evolutivo de la teoría del tipo, una metamorfosis de lo que la dogmática estimaba ser forma de culpabilidad, y es ahora delito especial o *sui generis*. Según tal hipótesis, refleja el código penal con exactitud la concepción final de lo injusto, pues además de permitir una disociación de delitos dolosos y culposos en el área del tipo, la potencia en mayor medida que otros ordenamientos confirmándola con una norma general.

Todas estas consecuencias dimanarían lógicamente de la premisa de que el dolo es elemento constitutivo del tipo. Sin embargo, existen en el propio artículo 565 datos que parecen oponerse a esta premisa y a las conclusiones a ellas inherentes. En el párrafo último del artículo 565 indica, por ejemplo, el legislador que delito doloso o intencional y delito culposo o por imprudencia son el *mismo* delito, lo cual no puede significar cosa distinta a que el tipo es idéntico en ambos. Puede, sin embargo, prescindirse de este lado, en la discusión para que la solución de un problema primordial no dependa sólo de motivos lingüísticos o de razones lógicas, independientes de criterios jurídicos sustanciales.

La declaración de que el dolo es elemento del tipo es posible que confirme también aquí las ventajas lógico-sistemáticas atribuidas con frecuencia a la dirección final. Problema diverso es si con ello no surgen inconvenientes sustanciales o materiales de peso, como los que, por ejemplo, se ponen a cargo de la doctrina del *crimen culpae* (32).

Ha solido tropezar esta noción con objeciones procedentes no sólo del plano dogmático, sino también constitucional. Sus implicaciones negativas han sido evidenciadas con frecuencia. Puntos de vista constitucionales oponen al concepto su incompatibilidad con la función de garantía de los tipos. Al concebirse el artículo 565 como *crimen culpae* hace que queden relativamente indefinidos la acción y el resultado típico, que han de ser determinados mediante un proceso judicial de integración. Aunque pudiera creerse que la concepción de los delitos imprudentes como *crimina culposa* conduce en el código, a igual resultado, esto, en verdad, no es así. La doctrina de los *crimina culposa* supone que el tipo es en ciertos delitos igual para delito doloso y culposo, con lo que el argumento de que el artículo 565 deja sin precisar la materia prohibida, deviene inexacto, pues esta disposición no contiene la materia prohibida, es decir, el tipo, sino una forma de culpabilidad que tiene el tipo como presupuesto. Es preciso, por tanto, examinar con detalle las consecuencias implicadas en la tesis finalista, pues parece

(32) V. ENGISCH, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, pág. 50, considera un mérito de EXNER haber replanteado el problema de la culpa desde el punto de vista de que no hay un *crimen culpae*, sino solamente *crimina culposa*.

producir un profundo cambio en el actual estado de la literatura española sobre los delitos culposos. La recepción o admisión del sistema finalista no puede ser efecto solamente de postulados prejurídicos, lógicos o filosóficos, sino también de la comprobación de las consecuencias a que conduce en cada orden jurídico concreto.

Según Mezger, el derecho positivo no conoce un único *crimen culpae* general, es decir, un único delito culposo, unitario, consistente en la infracción de determinados deberes, sino delitos culposos particulares (*crimina culposa*) (33). Esta extrañeza al derecho positivo ha sido destacada de forma general. Rodríguez Muñoz expresa la misma idea y advierte que según la tesis del *crimen culpae* la propia esencia del delito culposo radica en la imprudencia, consistiendo la acción anti-jurídica y culpable sólo en realizar *algo* imprudente que trasciende al mundo exterior, siendo el denominador común imprudencia el que es tablece el carácter unitario de la conducta, exigiéndose *sólo* a los efectos de penalidad otra cosa ulterior que, pese a su variedad en cuanto resultado, en nada afecta al carácter unitario del propio delito, del que tal efecto es mera condición de punibilidad (34). Maurach afirma también que «el derecho positivo no conoce ningún *crimen culpae*, sino únicamente un *crimen culposo*, lo que quiere decir que si bien en el código penal alemán se dan una serie de tipos punibles únicamente por comisión culposa, no existe, sin embargo, una disposición paralela al parágrafo 828 del código civil, de modo que toda conducta culposa, lesiva o peligrosa para el Derecho, esté situada bajo pena» (35), de la misma forma en que, según el artículo 1.902 del código civil español, todo el que causa daño a otro mediante culpa o negligencia está gravado por un deber de reparación. Actualmente proporciona Rodríguez Devesa indicaciones valiosas que apuntan, en alguna medida, hacia la dirección expuesta aquí, afirmando que «lo esencial del *crimen culpae* no sería la realización culposa del tipo de lo injusto, sino la imprudencia misma, la falta de atención o de cuidado, operando el resultado, en su caso, como procedimiento de selección de las imprudencias punibles, con lo que habría que hablar no de un homicidio culposo o por imprudencia, como procedería con arreglo a la tesis de los *crimina culposa*, sino de un delito de imprudencia con resultado de muerte», destacando que «si el delito consiste en la imprudencia misma, se impone la doble consideración de que el tipo del delito de imprudencia no es el delito doloso y que la imprudencia no ha de ir referida entonces al resultado» (36).

A los argumentos dogmáticos se suman, conforme ha sido dicho;

(33) V. *Tratado*, cit., II, págs. 180 y sigts.

(34) V. MEZGER, E., *Tratado*, cit., I., págs. 204 y sigts. El texto de RODRÍGUEZ MUÑOZ es el que está hoy todavía en primer plano sobre estos problemas.

(35) V. *Tratado*, cit., II, pág. 219. Vid. en pág. 254 el punto de vista de CÓRDOBA RODA.

(36) V. *Derecho penal español*, p. gen., cit., págs. 401 y sigts.

otros de carácter constitucional (37). Una concepción que vea en el artículo 565 un delito independiente de imprudencia punible, un *delictum sui generis*, ha de cargar con reparos procedentes del área del principio *nullum crimen sine lege* y de la concepción del tipo delictivo como garantía de la persona humana. Pues, en efecto, el artículo 565 no logra proporcionar entonces una imagen exacta de la conducta antijurídica, una orientación clara de lo que está prohibido y permitido y, en fin, conminado con pena criminal. Habría que preguntar en ese caso, qué acontecimientos o resultados constituyen los presupuestos de la pena establecida en los distintos párrafos de la disposición y esperar, lógicamente, una de estas dos respuestas: o que todos los delitos pueden proporcionar tal elemento integrador, en el sentido de que es punible todo ataque imprudente a bienes jurídicos protegidos en los tipos de los delitos dolosos, o entender, por el contrario, que a través de cierto proceso interpretativo, es posible efectuar una selección de los *hechos* imprudentes conminados con penas criminales (38).

El código penal mostraría, en el primer caso, mayor hipertrofia aún que la que ya lo caracteriza, según las interpretaciones usuales, frente a otros ordenamientos penales de su mismo área de cultura, hipertrofia o inflación de los delitos culposos que acabaría por reproducir, paradójicamente, la declaración de que *todo* delito puede cometerse por imprudencia, declaración ésta adversa, en verdad, al proceso de diversificación dogmática entre acción causal y acción final y de subjetivación creciente de lo injusto. Respecto a la segunda alternativa, es una carga de quienes postulan un concepto final del tipo indicar con arreglo a qué criterios ha de ser cumplido dicho proceso de selección.

Tras un itinerario histórico-dogmático complejo el finalismo mostraría así que sus dificultades tradicionales en el campo de los delitos culposos están incrementadas por la peculiar regulación de la imprudencia en el código penal español. Esta consecuencia pudiera atribuirse, acaso, a una identificación apresurada entre los efectos de la tesis final sobre el tipo y la concepción del artículo 565 como un *crimen culpae*. Mas es difícil rechazar, según una línea lógicamente sostenible, la conclusión de que si el dolo es característica típica, el artículo 565 tiene que ser entendido como *delictum sui generis*. Pudiera sugerirse que, en todo caso, este *delictum sui generis* no tiene por qué soportar las objeciones dirigidas desde siempre a la tesis del *crimen culpae* que han sido señaladas, pues el delito especial de imprudencia punible del artículo 565 permitiría reducir su radio de eficacia

(37) V. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Legalidad (Principio de)*, cit., pág. 890.

(38) Sobre todos estos problemas debe verse el punto de vista de CÓRDOBA RODA, en MAURACH, *Tratado*, I, págs. 301 y sigs., 307 y sigs. y II, 216 y siguientes, y el artículo de la ZStW, citado anteriormente.

a grupos particulares de hechos, de forma semejante, por ejemplo, a la apuntada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando limitaba la aplicación de la disposición a la producción de un resultado natural, o mediante consideraciones restrictivas homogéneas o paralelas. Esta interpretación exigiría en este caso un examen de las características típicas del delito de imprudencia contenidas en el propio artículo 565 que sería necesario proseguir. La tipicidad de los delitos imprudentes está, por de pronto, en función de la *ejecución de un hecho* y de notas ulteriores. En consecuencia, ha de comenzarse por determinar qué *hecho* es el que se menciona aquí a fin de lograr una restricción razonable del ámbito de aplicación de la norma (39). Pues puede advertirse ya que la mera identificación de tal mención típica con el elemento externo de cualquier delito doloso, es decir, con el tipo objetivo de las figuras del libro segundo del código, no conseguiría impedir en absoluto la inflación de acciones punibles por imprudencia a que conducía la tesis del *crimen culpae*, ni la imprecisión de la materia prohibida que hace a esta concepción del artículo 565 problemática según una idea material del principio *nullum crimen sine lege*.

Las aproximaciones sucesivas a la solución buscada muestran que existe una relación entre aspectos materiales y sistemáticos del problema. El reconocimiento de los elementos subjetivos de lo injusto ha conducido a la doctrina española de inspiración neoclásica a una separación insuficiente de ambos aspectos. La tesis de que el dolo es elemento del tipo, propia de la dirección final, lleva a considerar a su vez el contenido del artículo 565 como uno, o varios, *delicta sui generis*. En uno u otro caso la afirmación tiene como base el tipo (de lo injusto), no el tipo del delito como conjunto de características fundamentadoras de lo injusto y de características especiales de culpabilidad propias de una determinada especie delictiva. Hay que preguntar, pues, sobre el criterio que permite dar una orientación material y sistemáticamente aceptable al problema.

VII. El concepto del tipo está hoy tan controvertido como sujeto a variantes terminológicas, lo que hace precisas algunas declaraciones sobre el sentido en que puede afirmarse que el problema estudiado pertenece sistemáticamente al área del tipo o figura del delito, no exclusivamente al campo del tipo del injusto ni del tipo de la acción (40). Hay que recordar al respecto que es posible reconocer, en primer lugar, un tipo de la acción que según MEZGER-BLEI, es equivalente a la totalidad de los presupuestos de la acción punible, incluidas las exigencias de culpabilidad. El tipo de la acción comprende el

(39) V. CÓRDOBA RODA, en el *Tratado* de MAURACH, I, págs. 303 y sigts.

(40) V. DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal*, p. gen. v. I, 1968, páginas 703 y sigts.

dolo, o en su caso, la culpa, como formas de culpabilidad. Esta es elemento general del delito (41).

Cuando se habla sin más del tipo se alude, sin embargo, al tipo de lo injusto, es decir, al tipo en sentido estricto o técnico, como conjunto de características en las que encuentra expresión la antijuricidad de un determinado comportamiento humano. El tipo de lo injusto puede contener elementos subjetivos, pero el dolo —como dolo natural o voluntad de ejecución de los elementos objetivos del tipo— no forma parte de él. No impide esto que en ciertos delitos la voluntad de ejecución sea utilizada por el legislador para la constitución de lo injusto. La presencia de elementos subjetivos de lo injusto va ciertamente más allá de los ejemplos tradicionales de los delitos de intención, tendencia o expresión, citados como casos *clásicos* al respecto. Con relación a *delitos determinados* puede ser decisiva también la dirección imprimida por el sujeto de la acción para la producción del resultado, siendo entonces la voluntad un elemento típico subjetivo (42). La decisión sobre la frecuencia de estos casos depende del examen de las figuras delictivas concretas. Pero el dato de que el dolo no pertenece siempre al tipo se confirma en el Código penal, de forma más sencilla que en los derechos donde se distingue típicamente un delito culposo y otro doloso que lesionan el mismo bien jurídico (por ejemplo, homicidio doloso y homicidio culposo), pues el artículo 565 revela con evidencia que ambas formas de culpabilidad implican un tipo unitario (por ejemplo, matar a otro, menoscabar su integridad, etc., etc.).

Estas acepciones son, sin embargo, insuficientes. Hasta ahora ha quedado dicho que el tipo de lo injusto no depende siempre, aunque puede depender, del dolo del hecho, y que el dolo, en el sentido técnico de la expresión, es decir, el dolo malo, la voluntad antijurídica, es elemento general, al lado de la culpa, del concepto del delito.

Es preciso aludir todavía a otras manifestaciones del *tipo*, habida cuenta de la peculiaridad de ciertas figuras delictivas que muestran momentos o características de culpabilidad especialmente tipificados. Como ejemplo pueden proponerse ciertos delitos en que el dolo natural es reclamado por la figura delictiva sobre la base de un injusto típico constituido *ya* mediante la ejecución de la acción determinante de la lesión del bien jurídico. La acción típica es igual, por ejemplo, en el infanticidio y el asesinato premeditado. Lo injusto se halla fundamentado en tales especies delictivas con la lesión de la vida humana mediante la realización de una *acción*. La antijuricidad no depende en ellas ni de la *causa honoris* ni de la premeditación. Estas notas típicas implican o presuponen el dolo del hecho, por un lado; por otro, no pueden ser consideradas elementos subjetivos de lo injusto del infanticidio o del asesinato, pues la fundamentación de la antijuricidad ha

(41) V. MEZGER-BLEI, *Strafrecht* I Allg. T., 14 ed., pág. 106.

(42) V. MEZGER-BLEI, loc. cit. pág. 104.

sido previamente cumplida, al margen de ellos y de la dirección letal del autor, por la lesión del bien jurídico. La presencia de elementos concernientes a la necesidad de una culpabilidad peculiar es, además, más frecuente de lo que pudiera creerse a primera vista, si se rectifica la tendencia a identificar cualquier mención subjetiva existente en la figura del delito como alusión a la antijuricidad tipificada. Existen delitos que reclaman una culpabilidad específica. En relación con esta característica detallada de forma más precisa a continuación, es posible hablar de un tipo de culpabilidad comprensivo de los factores que distinguen de forma inmediata la actitud culpable del autor expresada en el hecho (43). Hay delitos en que este tipo de culpabilidad está caracterizado por reclamar la presencia del dolo como culpabilidad *exclusiva* interceptándose así por lo tanto, la posibilidad de la ejecución por imprudencia.

A las naciones indicadas del tipo viene a unírseles, por último, otra acepción. Trátase de la noción del tipo de delito constituido por el tipo de lo injusto y el tipo de culpabilidad, es decir, por la figura de delito, como conjunto de elementos particulares, *no generales*, de que depende la punibilidad de una acción. Es esta una noción específica, material y valorativa, que por tener que responder a las exigencias del código español se aleja de otras concepciones. En particular, es distinta del concepto de tipo del delito propuesto por Gallas (44), o por Jescheck (45) por la razón de que el dolo no es captado permanentemente por ella, sino sólo en ciertos delitos particulares. Parte, pues, de que el dolo ha de ser considerado como forma de culpabilidad. Se aproxima a ellos, sin embargo, por su carácter concreto y específico, y el distanciamiento de una visión simplemente formal.

Como síntesis de lo expuesto, puede decirse que la noción de tipo es concebida en las direcciones siguientes (46):

(43) V. GALLAS, W., *La teoría del delito en el momento actual*, traducción de CÓRDOBA RODA, J., págs. 25 y sigts.; JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pág. 168.

(44) V. GALLAS W., loc. cit., págs. 45 y sigts.

(45) V. JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., págs. 168 y 308 y siguientes.

(46) Las manifestaciones del «tipo» que se ofrecen en el texto son consecuencia del examen del estado actual de la literatura—de la que ha podido decirse que adolece de una confusión babilónica—, en función de las exigencias peculiares del Derecho penal español. No existe inconveniente, sino que es necesario, a mi juicio, mantener todas las variedades citadas, incluso concibiendo el dolo como forma de culpabilidad. En todo caso es imposible proporcionar aquí una justificación más detallada, intentando precisar también el sentido de otras manifestaciones del «tipo» o de otras menciones del «tipo» existentes en la dogmática. Interesa destacar de entre el cúmulo de opiniones que, sin duda, encubren a veces una realidad unitaria—tipo legal, tipo del error, tipo objetivo, o, en su caso, tipo del sistema o tipo del injusto, así como tipo general o tipo de la acción—el punto de vista de SCHÖNKE-SCHÖRDER, *Strafgesetzbuch (Kommentar)*, 15 ed., 1969, págs. 20 y sigts., donde, previo indicar que no carece de razón SCHAFFSTEIN al hablar de una selva de la doctrina del tipo, frente a las

En primer lugar, como *tipo de la acción*, equivalente a la totalidad de presupuestos de la acción punible, incluida la culpabilidad y las condiciones de punibilidad. La culpabilidad, concebida normativamente, muestra como formas suyas el dolo y la culpa, elementos *generales*, alternativamente, del delito.

cinco acepciones proporcionadas por ENGISCH en el libro homenaje a MEZGER, piensan ser necesarias solamente las dos siguientes: Primera, el *tipo general*, en el sentido del tipo de garantía, con el que se designa la totalidad de presupuestos que han de darse para que pueda imponerse la pena, dentro del cual puede distinguirse entre tipo objetivo, comprensivo de los presupuestos objetivos, externos a la persona del autor, y tipo subjetivo, con el que se designan los presupuestos internos « ella, como el dolo, la imputabilidad, etc. Este concepto del tipo general coincide sustancialmente con el tipo de la acción. Es también el tipo de garantía, en el sentido del principio *nullum crimen sine lege*. La segunda acepción a que SCHÖNKE-SCHRÖDER, pág. 22, aluden es el *tipo legal*, con el que se menciona la parte del tipo general mediante la cual determina el legislador lo injusto del hecho, o sea, con exclusión de las condiciones de punibilidad y los presupuestos de culpabilidad, mas con inclusión de los elementos negativos del tipo. Para SCHÖNKE-SCHRÖDER la significación del tipo legal—coincidente con el tipo del error de ROXIN—es que el dolo del autor tiene que captar sus elementos, de manera que el desconocimiento de los mismos excluye la actuación dolosa. En este sentido, el tipo legal es el tipo objetivo según una concepción compleja de la tipicidad que incluya el dolo como característica subjetiva suya, o sea, el dolo como tipo subjetivo, junto a los demás elementos subjetivos existentes eventualmente en él. Lo que llama la atención en la posición de SCHÖNKE-SCHRÖDER es que asignan, por último, al denominado tipo de lo injusto, constituido por el tipo legal más los elementos subjetivos de lo injusto, función simplemente sistemática, no función práctica. Esta conclusión es discutible. Es interesante destacarlo por la razón siguiente. Al trabajar en la parte especial con una noción del tipo—como tipo de lo injusto—en el que están contenidos los elementos subjetivos de lo injusto—por ej., el ánimo de perjudicar o el ánimo de lucro—, pero no el dolo del hecho, se produce una imagen tortuosa en la exposición del delito. Lo que ocurre entonces es lo siguiente.

En los arts. 306 y 514, 1.º, es típicamente antijurídica la acción si media ánimo de perjudicar o ánimo de lucro, aún sin reclamar previamente, para la fundamentación de la tipicidad, el dolo típico, el dolo del hecho, es decir, la voluntad de falsificar o de tomar una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño. El dolo aparece solamente en un momento ulterior al tratar de la culpabilidad. Podría afirmarse que el *dolus naturalis*, verdadero momento *ex ante* respecto al ánimo de lucro o de perjudicar es tratado, sin embargo, *a posteriori* de ellos. Esto no les sucede a los finalistas, cuyo concepto de tipo no incurre, sin duda, en contradicciones lógicas. SCHÖNKE-SCHRÖDER, previo negar significado práctico al tipo de lo injusto, trabajan a lo largo de la parte especial con la noción de tipo legal. Así surge una imagen lógicamente coherente, pero dogmáticamente contradictoria, pues si el tipo de lo injusto carece de valor práctico, entonces no tiene tampoco significación jurídica, ya que todo concepto penal ha de tener forzosamente una dimensión actuable. Este inconveniente y los que han permitido designar como tortuoso el tratamiento de ciertos delitos mediante la inclusión de elementos subjetivos en la antijuricidad tipificada, pero sin inserción correlativa del dolo del hecho en ella, son evitados, admitiendo una noción de tipo de lo injusto como la del texto. En unión de las demás acepciones en él ofrecidas, pueden articularse en Derecho español todas, o al menos prácticamente todas, las menciones típicas contenidas en los diversos delitos de la parte especial de forma lógicamente coherente y jurídicamente sostenible.

En cuanto *tipo del delito*, es decir, como figura delictiva específica (por ejemplo, infanticidio, atentado, malversación, etc.) equivale el tipo al conjunto de características peculiares de injusto y de culpabilidad propias de un delito determinado. Este tipo del delito contiene, pues, lo específico y diferencial de las distintas figuras delictivas, sin que formen parte de él, por el contrario, los elementos comunes o generales del delito. A su formación concurren el tipo de lo injusto, y en su caso, el tipo de culpabilidad.

El *tipo de lo injusto*, en tercer lugar, o sencillamente, el tipo en sentido técnico, o sea, el conjunto de características concernientes a la antijuricidad de un comportamiento humano, del que, al contrario de lo que indican los autores partidarios de la dogmática finalista, no forma parte permanente o generalmente el dolo del hecho, aunque ciertamente puede contribuir a constituirlo, lo cual sucede en ocasiones frecuentes.

El *tipo de culpabilidad*, por último, como cuadro de características especiales de la culpabilidad de una determinada especie delictiva, sin incluir, en consecuencia, las notas solamente generales, como la imputabilidad, las formas de culpabilidad y la ausencia de causas de inculpabilidad en sentido estricto. La posibilidad de emplear el término tipo para designar tales elementos está discutida, pero no hay inconveniente en designar así a la exigencia típica de notas particulares existentes en algunos delitos atinentes sólo a la culpabilidad.

Cuanto ha sido expuesto proporciona ya indicaciones suficientes sobre el sentido que se atribuye a la posición del dolo en el sistema, en lo que resulta indispensable para la claridad del presente estudio. El dolo es, según él, una noción compleja, una realidad estratificada, a cuya formación concurren elementos intelectuales, volitivos y valorativos. En este sentido, es el dolo una noción normativa, comprensiva de la conciencia de la antijuricidad. Nada impide, sin embargo, que el legislador tome partes o estratos de la realidad compleja denominada dolo con el propósito de lograr determinadas finalidades. Pero como ha sido advertido, es imposible derivar de la circunstancia de que el dolo forme parte del tipo de la acción la conclusión de que es también parte constitutiva del tipo de lo injusto. También respecto al derecho español habla en contra de esta posibilidad la evidencia de que dolo y culpa —por ejemplo, en el homicidio o en los daños— pueden referirse al mismo tipo de lo injusto, lo cual prueba que ninguno de ellos está contenido en él. En este mismo sentido, no debe inducir tampoco a confusión el dato de que en ocasiones aparezca exigido expresamente el dolo como elemento configurador de la especial figura delictiva. En ellos no puede decidirse sin un proceso de interpretación previo si esto es debido a la voluntad legislativa de considerar antijurídico únicamente un proceso de ejecución doloso —con la consiguiente incorporación al tipo de lo injusto del dolo del hecho—, o si, por el contrario, sobre la base de un injusto típico plenamente constituido, es

exigida tan sólo una culpabilidad dolosa excluyente, apareciendo protegida cualquier otra actitud personal por el principio *nullum crimen sine lege*. Es significativa a este respecto la mención anterior del asesinato premeditado y del infanticidio, delitos específicamente dolosos en que la antijuricidad está fundamentada prioritariamente por la lesión del bien jurídico.

Lo que queda expuesto permite concluir que el dolo puede cumplir en el sistema *papeles diversos*. Nada impide que en ocasiones la voluntad de ejecución, *dolus naturalis* o dolo del hecho —parte tan sólo del dolo total—, sea elemento conformador de lo injusto, y que en otras, aparezca tipificado en la figura de delito para indicar la necesidad de una culpabilidad particular. Estos supuestos de tipificación del dolo natural en la dirección del injusto típico o del tipo de culpabilidad dejan incólume, sin embargo, la realidad de que el dolo es forma general de culpabilidad, es decir, una realidad valorizada normativamente, de la que la conciencia de la antijuricidad es elemento constitutivo. La tesis de que el dolo, o de forma más precisa, alguna nota suya, cual la voluntad de ejecución de los elementos del tipo objetivo, puede cumplir tareas sistemáticas plurales ha sido patrocinada en ocasiones. No es extraña, desde un punto de vista material, a la doctrina española. Dejando aparte los casos de mención típica expresa de la voluntad de ejecución del delito, este parece ser el sentido de la manifestación de Rodríguez Devesa de que el *dolus in re ipsa* excluye la comisión por imprudencia, en sustancial coincidencia con V. Weber cuando hacía referencia a la existencia de palabras indicativas de una actividad final en el propio área del tipo. Esta tesis no es ajena a autores alineados en la dogmática tradicional, aun sosteniendo que el concepto dolo ha de ser reservado para la forma tradicional de culpabilidad (47). Ha sido patrocinada también por autores que admiten la pertenencia del dolo al tipo. Para Roxin la conocida discusión de si el dolo pertenece a éste o a la culpabilidad constituye un problema aparente, pues su relevancia para el tipo deriva de que sin él no es posible a su juicio perfilar la descripción legal del delito de forma acorde con las exigencias del Estado de Derecho, mientras que su pertenencia es relevante desde la perspectiva de la culpabilidad en cuanto debe delimitar su forma más grave de la más leve (48). Por diverso camino, es decir, con base en

(47) V. MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, cit., pág. 104.

(48) V. ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, págs. 42 y siguientes. Indicaciones sobre este problema en GIMBERNAT ORDEIG, E., *El Sistema del Derecho penal en la actualidad*, cit., pág. 282, en nota, quien destaca frente al criterio citado que «los argumentos hablan a favor de una solución más sencilla: el dolo pertenece al tipo y no tiene nada que ver con la culpabilidad». Sobre la pertenencia del dolo a la culpabilidad, o en su caso, al tipo, están todas las razones aportadas en la polémica entre dogmática tradicional y finalista. El punto de vista sostenido en el texto parte de que en Derecho español—sin necesidad de argumentar con la literalidad del último párrafo del artículo 565, donde

el derecho positivo, la idea de que el dolo del hecho puede cumplir tareas sistemáticas plurales, o mejor, puede ser considerado en diversos momentos del sistema, es sostenida también aquí.

Las expuestas acepciones del «tipo» muestran que respecto al problema tratado nada decide una consideración que se desenvuelva, por lo tanto, en el área del tipo de la acción, donde el dolo es considerado forma de culpabilidad, puesto que la culpa también lo es. Lo decisivo está constituido por el *tipo de delito* o *figura del delito*.

Es en este campo sistemático donde tiene que debatirse el problema tratado aquí, pues lo que permite darlo solución es, en definitiva, si el dolo, en sentido natural, es característica constitutiva de la figura de delito —sea elemento de lo injusto o elemento especial de la culpabilidad— o, por el contrario, debe estimarse forma general de la culpabilidad. Su tipificación especial como nota conformadora del tipo de lo injusto hará que la ejecución por imprudencia no sea típicamente antijurídica. Su presencia en la figura de delito como característica específica de la culpabilidad interceptará también la posibilidad de ejecución imprudente, aunque por distinto fundamento jurídico. Las aproximaciones sucesivas al problema conducen así a reconocer la exactitud material de las declaraciones efectuadas en su día por Antón Oneca para quien lo decisivo venía dado por el hecho de que el dolo fuese o no dato típico de la figura delictiva (49).

VIII. La conclusión anterior es indicativa de que el problema de los delitos de excluyente ejecución dolosa obliga, como ha sido sugerido precedentemente, a un examen cuidadoso de la figura de delictiva, a una interpretación total, como ha advertido Rodríguez Mourullo (50), a fin de determinar si lo que el tipo del delito considera digno de castigo es, de antemano, la ejecución dolosa únicamente, o si, por el contrario, queda un residuo que permite plantear la aplicabilidad del artículo 565. La operación tiene, según el criterio restrictivo que por razones históricas, ético-jurídicas, culturales y constitucionales ha de ser puesto en primer plano, doble carácter. Trátase, en primer lugar, de la

la «mismidad» se referiría al tipo—, el delito doloso y el culposo suponen, *en principio*, un tipo único de lo injusto (desprovisto, pues, de notas incompatibles con una u otra forma de culpabilidad). A partir de ahí sólo puede tratarse de si en *ciertos delitos* el dolo del hecho es característica *típica* constitutiva. A esto hay que contestar positivamente. Por lo demás, pienso que el profundo e interesante artículo de GIMBERNAT ORDEIG, del que he tenido noticia avanzado este trabajo, así como la idea de ROXIN de que el legislador no puede prescindir de incluir el dolo en el tipo para perfilar la figura de delitos de forma acorde con las exigencias del Estado de Derecho, están justificados desde la perspectiva de la pertenencia del dolo al tipo general o tipo de la acción. En todo caso, la posición de GIMBERNAT ORDEIG merece ser considerada con mayor detenimiento que el que ha sido posible ahora.

(49) V. *Derecho penal*, cit., págs. 224 y sigts.

(50) V. *El delito de intrusismo*, cit., pág. 41.

investigación agotadora de la especie delictiva correspondiente, que acabe por decidir, lo que no sucederá en ocasiones frecuentes, que el dolo del hecho no es parte conformadora suya, o si se prefiere, que el legislador no ha tipificado sólo la ejecución dolosa, sino que posiblemente ha abierto vía a la incriminación de la imprudencia. A esta investigación ha de sucederle después otra operación, orientada a subsumir la acción imprudente de que se trate en el marco del artículo 565. Este método es, por lo tanto, diverso al propuesto por la doctrina dominante, según la cual todo delito puede cometerse, en principio, por culpa. Esta idea, repercusión, en fin, del concepto puramente causal de acción y de la intelección formal de la tipicidad, ha de ser sustituida por una visión concreta, valorativa y específica de ella, a la luz de consideraciones histórico-jurídicas que muestran a los delitos imprudentes como formas excepcionales de incriminación de la conducta humana. Es posible que mediante esta orientación sean evitados algunos de los apriorismos que se observan hoy en la materia. La consideración histórico-valorativa de la figura de delito puede llevar también con sencillez a evitar algunas declaraciones llamativas de la doctrina y de la práctica, como la que, por ejemplo, acaba por admitir la posibilidad de un parricidio culposo, sin reparar en que la agravación radica aquí en razones exclusivas de culpabilidad (51).

Sobre el cumplimiento de tal proceso exegético no cabe proporcionar indicaciones generales. Han de estar presentes en él los diversos criterios interpretativos de la norma penal. Lo único que es factible en el ámbito de las doctrinas generales del delito es proporcionar, no reglas generales jurídicamente vinculantes, sino pautas u orientaciones para el tratamiento del problema, que pueden estar contradichas, o no confirmadas, por la figura delictiva concreta. En este sentido cabe sugerir lo siguiente.

Indicaciones sobre la ejecución dolosa exclusiva pueden proceder ya, en ciertos delitos, del bien jurídico protegido. La naturaleza de éste permite a veces que la interpretación se decida en el sentido de que la lesión o el peligro tiene que provenir típicamente de la ejecución dolosa, mientras que la ejecución por imprudencia ha de ser estimada atípica y, por lo tanto, impune. En este sentido habría que negar quizás la tipicidad de una lesión de la solidaridad humana por imprudencia en el artículo 489 bis del Código penal, pese a que el tenor del tipo no impide conceptualmente una omisión de socorro culposa. La tesis de Rodríguez Devesa de que el artículo 489 bis contiene un delito de peligro para la vida, la integridad corporal, etc., conduce con probabilidad a la solución opuesta, pues cumplidos los requisitos formales del tipo, no dimana entonces del bien jurídico exigencia ninguna

(51) V. DEL ROSAL, J.; COBO, M.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal español*, p. esp., 1962, pág. 162, con interesantes precisiones; antes DEL ROSAL, *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, 1952, págs. 73 y sigts.

concerniente al dolo. Respecto a ciertos delitos en que el problema es indudablemente discutible, el bien jurídico muestra también aquí virtualidad interpretativa (52).

La formación técnica del tipo revela ocasiones que ciertas variedades suyas pueden realizarse conceptualmente por culpa, mientras que otras excluyen *ab initio* esta posibilidad. Es este, por ejemplo, el caso de la violación y el abuso deshonesto. En ambos delitos están configuradas formas de ejecución unilateralmente dolosas —como el empleo de fuerza o intimidación para la consecución del fin del autor— junto a otras susceptibles de realización conceptual por imprudencia. Esto ocurre si el sujeto yerra evitablemente, según ha sido sugerido, sobre la edad o la resistencia de la víctima. En delitos que poseen esta estructura, puede ser decisivo que el tipo esté constituido alternativa o cumulativamente. Las distintas modalidades tendrán, en el primer caso, un sentido valorativo unitario. Por la dependencia existente entre ellas, puede decidirse entonces, con vista a variedades exclusivamente intencionales, que la ejecución imprudente de otras —en sí misma imaginable— es jurídicamente irrelevante (53).

Según se dijo precedentemente, ha sido desechada hoy la idea de que los delitos de imprudencia exigen la presencia de un resultado material. No existe nada en contra de la comisión culposa de delitos de simple actividad. Binding llegaba a afirmar que algunos defectos del tratamiento de la culpa obedecían al criterio erróneo de que esta reclama tal resultado (54). No puede admitirse tampoco que la presencia de vocablos activos en el tipo obligue a interpretararlo en el sentido de que la acción implica necesariamente una conexión final con el resultado prohibido (55).

Indudablemente, no admiten la ejecución culposa los diversos delitos culposos especiales descritos por el legislador a lo largo del libro segundo del código. Hablaba Quintano Ripollés aquí de la imposibi-

(52) En favor de la admisibilidad de la comisión culposa, NAVARRETE URIETA, J. M.^a, *La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código penal*, en la «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid», 1959, págs. 428 y sigts.; SAINZ CANTERO, J. A., *El delito de omisión del deber de socorro*, en «Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.», 1960, pág. 452; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, T. IV, 1967, pág. 416; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, 1967, págs. 261 y sigts. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho penal español*, cit., pág. 110; en contra, ALAMILLO CANILLAS, F., *La solidaridad humana en la ley penal*, 1962, pero por razones diversas, págs. 121 y sigts.; TORIO LÓPEZ, A., *Aspectos de la omisión especial de socorro*, en «ADPCP», 1967, pág. 600, con base en la Ley 122-62, hoy derogada; respecto a la investigación del dolo, GIMBERNAT ORDEIG, E., *¿Cuándo se «conoce» la existencia de una víctima en la omisión del deber de socorro del último párrafo del artículo 489 bis del Código penal?*, en «Rev. Der. Circ.», 1969, págs. 2 y sigts.

(53) V. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *El delito de intrusismo* cit., pág. 41, negando la posibilidad en la violación.

(54) V. *Die Normen*, cit., T. IV, pág. 313: «la teoría se despliega con ignorancia de otros delitos que los de resultado...».

(55) V. MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, cit., pág. 104.

lidad de incriminar un «culpa de la culpa». Las explicaciones de la literatura acerca de estas figuras deben considerarse sustancialmente satisfactorias (56). Trátase en ellas de delitos que guardan paralelismo con un delito específicamente doloso. En consecuencia, a falta de tal tipificación especial, la culpa sería impune.

El código conoce, por otro lado, raros delitos en que dolo y culpa estén equiparados. Esto ocurre por ejemplo, en el área de la prevaricación de los artículos 358 y 360, donde se castiga la ejecución dolosa y la culposa del delito. Sucede también en la conducción temeraria de un vehículo de motor del artículo 340 bis, a, núm. 2 según cierta dirección de la doctrina (57). Pero las razones para declarar esta situación en otros delitos tienen que ser muy evidentes, pues conforme al artículo 565, delito doloso y culposo deben distinguirse firmemente en la penalidad.

Ha sido dicho precedentemente que la necesidad del dolo en la figura delictiva puede estar reclamada tácita o expresamente. Precisar en qué casos forma parte del tipo del injusto y en cuales es únicamente elemento del tipo de culpabilidad, depende del correspondiente proceso interpretativo. Esto merecería ser considerado especialmente en el delito de aborto, donde la lesión de la vida humana dependiente mediante una acción parece ser ya típicamente antijurídica, según indica la incriminación del aborto culposo del artículo 412.

En la doctrina actual falta un criterio firme para poder delimitar las características subjetivas pertenecientes a la antijuridicidad y las que, por el contrario, atañen de forma exclusiva a la culpabilidad. Es esta una de las cuestiones polémicas del derecho penal del presente, que aquí ha de remitirse a la literatura existente sobre ella (58). Puede indicarse, a lo sumo, que la presencia de un elemento especial de la culpabilidad en la figura delictiva será delatada en ocasiones por el hecho de que el injusto se encuentre plenamente fundamentado con independencia de ella. Cuando esto ocurre es probable que el elemento de que se trate haya de ser atribuido inmediatamente a la culpabilidad, no a la antijuridicidad, puesto que esta ha sido (con prioridad lógico-jurídica), previamente establecida. Esta situación se presenta, por ejemplo, en el infanticidio del artículo 410. La doctrina suele considerar la *causa honoris* como elemento subjetivo de lo injusto. Pero la idea merece ser revisada, pues si quiere decirse que el ánimo de ocultar la deshonra es elemento *fundamentador* de la antijuridicidad del infanticidio, se corre el riesgo de un grave malentendido, cual es que la muerte del recién nacido no es injusta si no media tal ánimo. Es posible que

(56) V. *Derecho penal de la culpa*, cit., págs. 234 y sigts.

(57) V. BERISTAIN, A., *El delito de peligro por conducción temeraria. Notas al art. 340 bis, a (Núm. 2)*, en «Rev. Der. Circ.», 1970, pág. 567.

(58) V. indicaciones en CÓRDOBA RODA, J., *Notas al Tratado de MAURACH, T.*, cit., I, págs. 328 y sigts.; JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., págs. 308 y sigts.; BARBERO SANTOS, loc. cit., pág. 269.

quienes atribuyen a la *causa honoris* dicha naturaleza, redarguyen que estando ausente esa nota la muerte es subsumible bajo el artículo 405. Pero con ello se pone de relieve la debilidad del razonamiento, pues lo que mostraría la rectificación es que la muerte del recién nacido es en verdad injusta aunque no medie ese propósito, el cual no ejerce, por tanto, ninguna función fundamentadora de la antijuridicidad. La verdad es que el tipo es idéntico en el parricidio, el infanticidio y el homicidio simple. Lo que es injusto en ellos es la lesión de la vida humana. El parentesco, en el artículo 405, y la *causa honoris*, en el artículo 410, son elementos de culpabilidad que presuponen un injusto agotadoramente fundamentado. No cabe dudar de que la muerte del recién nacido es, prioritariamente, la muerte de un hombre en el sentido del artículo 407. Pero entonces hay que reconocer que esta identidad de la acción lesiva de la vida humana es ya suficiente para que la antijuridicidad reclamada por ambas especies delictivas esté plenamente constituida. Parentesco y *causa honoris* surgen por tanto a la consideración jurídico penal *a posteriori* de la antijuridicidad típica como peculiares notas vinculadas de forma exclusiva e inmediata al juicio de reproche (59).

Las indicaciones precedentes permiten efectuar ahora una síntesis de las pautas *indiciarias* de la exigencia excluyente del dolo en la figura de delito. En primer lugar, están los delitos en que el dolo es reclamado expresa o tácitamente, como en los artículos 409, párrafo 1, ó 283, número 1.º, en el tipo del injusto. Están también ciertos elementos subjetivos de lo injusto que de acuerdo con su contenido material suponen el dolo del hecho (ejemplo, artículo 514, número 1.º). En segundo lugar, la comisión por imprudencia está neutralizada igualmente si el dolo natural es reclamado como característica propia, típica, de la culpabilidad por la figura de delito. De la misma forma que en el tipo de lo injusto ciertos elementos subjetivos favorecen la afirmación de que presuponen un dolo típico, ocurre a su vez que otros elementos—objetivos y subjetivos— del tipo de culpabilidad conducen en este ámbito sistemático a idéntica conclusión.

Conforme a la doctrina actual (60), estos elementos especiales de la figura delictiva, atribuibles directamente al juicio de reproche, son los siguientes:

a) Las características objetivas de la culpabilidad. Elementos de carácter objetivo están orientados en ocasiones hacia la culpabilidad, no hacia la antijuridicidad. Su naturaleza es discutida. En la doctrina española ha sido interpretado en esta dirección por Del Rosal el elemento típico «recién nacido» del infanticidio (61), siendo posible con-

(59) V. DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal español*, parte esp., págs. 162 y sigts. y 307 y sigts.

(60) V. amplias indicaciones en JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 309.

siderar también si es esta la naturaleza del parentesco en el parricidio del artículo 405, donde la agravación radica en razones de culpabilidad determinantes de la imposibilidad de la ejecución por imprudencia (62).

b) Los elementos especiales de culpabilidad concebidos subjetivamente que, implicando el dolo, no se identifican, sin embargo, con él. Es paradigmática la premeditación, que en el asesinato presupone un injusto totalmente establecido sobre la base de la acción lesiva de la vida humana y que ha de ser adscrita al tipo de culpabilidad.

c) Ciertas características de la actitud anímica (*Gesinnungsmerkmale*), cuya existencia, contenido y naturaleza está necesitada en la literatura de sucesivas investigaciones. Entienden algunos autores que tales elementos del ánimo son, simplemente, elementos subjetivos del injusto (63). Pero en realidad muestran en ocasiones un contenido atribuible inmediata y exclusivamente a la culpabilidad, como sucede con las notas «deliberada» e «inhumanamente» en el asesinato del artículo 406, número 5.º del Código. La crueldad de la ejecución remite al dolo, no como nota general, sino como elemento típico de la figura delictiva.

IX. Ha de preguntarse, en fin, si las indicaciones que anteceden producen alguna repercusión en el tratamiento del error sobre la ausencia de los presupuestos de las causas de justificación y del evitable error de prohibición, problemas que según un sector de la doctrina, han de reconducirse al seno del artículo 565 del código penal. Lo que se sugiere a continuación evita una decisión material sobre estas cuestiones, limitándose a algunas advertencias que tienen como base discursiva la hipótesis de que su solución se encuentre en la disposición mencionada.

Para la doctrina dominante, el error evitable sobre la ausencia de los elementos configuradores de una causa de justificación —por ejemplo, el autor del hecho cree con error vencible que es objeto de un ataque actual e inminente a su vida, que no existe en realidad— constituye un supuesto de imprudencia (64). Esta tesis puede ser sostenida como solución particular de esta clase de error o como efecto de la admisión de la doctrina de los elementos negativos del tipo. En todo caso lleva a la conclusión —coincidente con las indicaciones de la

(61) V. DEL ROSAL, *Estudios penales, Infanticidio (límite objetivo)*, 1948; así es concebida también la ilegitimidad en el infanticidio del artículo 217 en Alemania: V. MAIHOFFER, W., *Objektive Schuldelemente*, en «Festschrift für Hellmuth Mayer», 1966, págs. 194 y sigts.

(62) V. DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, parte esp., cit., pág. 56.

(63) V. JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch*, cit., pág. 311, participa de una concepción diferenciadora, puesto que los factores de que cabe deducirlos pertenecen al ámbito del injusto y también de la culpabilidad. La peculiaridad material radica en que la actitud anímica éticamente desvalorizada es indicada inmediatamente en el tipo delictivo.

(64) V. FERRER SAMA, A., *Error (Derecho penal)*, en «NFJ», VIII, 1956, páginas 647 y sigts.

teoría del dolo y de la teoría limitada de la culpabilidad— de que el error evitable del autor le hace responder de un delito de imprudencia. Esta decisión es, a la luz del derecho positivo, correcta. Por tanto, el autor ha de ser absuelto cuando el error es inevitable y castigado con arreglo al artículo 565, o en su caso, con arreglo a los artículos 586, número 3, y 600, si el error pudo ser eliminado mediante la diligencia debida.

Pero tanto si esta decisión implica la admisión de la doctrina de los elementos negativos del tipo como si es solamente respuesta particular a este problema concreto, habrá de aclararse que la aplicación del artículo 565 ha de quedar circunscrita, en todo caso, a los delitos que admiten la comisión por imprudencia. De acuerdo con ello, no podrá sostenerse que el artículo 565 es aplicable también aunque el tipo del delito obstruya la posibilidad de la ejecución por culpa. La razón de ello es que el artículo 565 contiene una *regulación unitaria*, que afecta no a todos los delitos, sino a un sector de delitos de los que cabe declarar inequívocamente que la ejecución por culpa no está excluida de antemano. Esta limitación no siempre es tenida en cuenta por la literatura. Pero su conformidad con el sentido del artículo 565 es, sin embargo, evidente, pues esta norma contiene una regulación homogénea que es aplicable únicamente a ciertos delitos, no a todos los delitos. Por tanto, es imposible sostener que un delito exige la realización excluyentemente dolosa de sus características positivas y que, simultáneamente, puede cometerse por imprudencia si el autor yerra evitablemente sobre la inexistencia de los elementos configuradores de una causa de justificación. Una declaración semejante comenzaría por negar la posibilidad de ejecución imprudente de ciertos delitos para después sostener esa posibilidad, contrariándose así el carácter unitario de la regulación contenida en el artículo 565 del Código. El sentido de este es que el error sobre los elementos positivos del tipo prejuzga el tratamiento del error sobre los elementos negativos, o al margen de la admisibilidad de estos discutidos elementos, de las eximentes putativas en general. Esta advertencia acaba por inclinar la solución de este problema en el sentido de conseguir una restricción razonable, que equipara la situación española a la del derecho comparado (65).

La posibilidad de reconducir no sólo esa clase de error, sino el auténtico error de prohibición al seno del artículo 565, ha sido afirmada también por un sector destacado de la doctrina actual. En esta, presenta el problema de la conciencia de la antijuridicidad tres orientaciones principales.

Para la tendencia que cabe designar como clásica, o dominante, el conocimiento de la antijuridicidad es elemento del dolo. En ella

(65) CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, cit., págs. 34 y sigts.

conduce la ausencia de este conocimiento a que el autor tenga que ser absuelto no sólo cuando el error era inevitable, sino también cuando era vencible, pues esta dirección no suele distinguir entre las dos hipótesis. Según esto, el error culpable de prohibición es también impune. Es fácil comprender que este punto de vista no haya podido imponerse categóricamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, donde el problema de la conciencia de la antijuridicidad carece aún de orientación firme y donde aparecen todavía declaraciones que recuerdan que el «error de derecho penal» ha de reputarse inessential (*error iuris criminalis nocet*) (66).

En segundo lugar ha de mencionarse modernamente la posición patrocinada por Cerezo Mir, quien en sentido finalista entiende que el conocimiento de la antijuridicidad no tiene puntos de apoyo positivos en el ordenamiento.

Pero mediante el recurso a la analogía, no prohibida por no actuar en perjuicio del autor (analogía *in bonam partem*) hay que llegar dogmáticamente, a su juicio, a la conclusión de que el error invencible de prohibición conduce a la absolución del autor por falta de la posibilidad de actualizar el conocimiento de la antijuridicidad, del mismo modo que la enajenación determina la absolución por falta de la capacidad para que pueda ser lograda dicha actualización, según el número 1.º del artículo 8. Paralelamente, ha de ser tratado error evitable como eximente incompleta según la regla 1.ª del artículo 9, con los efectos del artículo 66 del Código sobre la penalidad (67).

La formalización dogmática de la tercera dirección se debe a Córdoba Roda, con quien coincide Rodríguez Mourullo (68). También esta tesis contempla en la conciencia de la antijuridicidad una nota del delito de manera que sólo cuando está presente se hace acreedor el autor a la penalidad establecida para el delito doloso. Sin dicha conciencia falta por error evitable, es obligado estimar la existencia de una *culpa de derecho*, que debe ser incluida, al igual que la *culpa de hecho*, en el ámbito del artículo 565.

Mediante esta tesis —única con la que guarda verdaderamente relación el problema discutido aquí— se conseguiría que no quedase im-

(66) V. Sentencia de 1-II-69, con mención del artículo 2 del Código civil.

(67) V. CEREZO MIR, J., *La conciencia de la antijuridicidad en el Código penal español*, en «Rev. Est. Pen.», 1964, págs. 449 y sigts.; también *El nuevo sistema del Derecho penal*, de HANS WELZEL, nota 30, págs. 113-114. Esta tesis merece ser tenida muy en cuenta, pues posibilita una *graduación* matizada de la penalidad en los casos de error evitable de prohibición. No creo que la posición de este autor esté necesariamente en función de la doctrina finalista, sino que puede ser compartida desde otros puntos de vista sistemáticos.

(68) V. CÓRDOBA RODA, J., *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, cit., págs. 130 y sigts.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos*, cit., pág. 642 y sigts.

pune el error culpable de prohibición. Este esfuerzo dogmático ha procurado hallar puntos de apoyo *jurídico positivos* para el tratamiento del error evitable de prohibición, lo que constituye una actitud superadora de la posición de la doctrina dominante.

Frente a estas ventajas, la tesis es portadora de los inconvenientes atribuidos en la literatura alemana a la teoría estricta del dolo, es decir, de producir lagunas excesivas en el castigo del error culpable de prohibición. Pues aunque ha sido advertido que este reparo no tiene cabida en el derecho español por la regulación general contenida en el artículo 565, es lo cierto que, según ha sido mostrado, este precepto no se refiere a todos los delitos, sino a aquellos delitos que no contienen el dolo del hecho entre sus elementos típicos constitutivos. La regulación, homogénea e indivisible, se refiere, pues, no a todos los delitos, sino solamente a un sector de comportamientos punibles. De acuerdo con esa regulación única no parece entonces hacedero reconocer la existencia de limitaciones respecto a culpa de hecho y no reconocerlas, por el contrario, respecto a la culpa de derecho. A partir de esta matización, la culpa de derecho sólo podrá ser castigada, por tanto, en aquellas infracciones que admiten la forma culposa, es decir, en los delitos en que no está previamente obstruída la posibilidad de la ejecución por imprudencia. Este matiz muestra entonces que incluyendo el error evitable de prohibición en el artículo 565 se produce una asimilación total con la teoría del dolo. Entre las consecuencias que produce ésta en el derecho alemán y la tesis de la culpa de derecho, a incluir en el artículo 565, después de esta restricción, existirán simples diferencias cuantitativas, supuesto que el número de delitos que admiten la ejecución por imprudencia sea, como parece ocurrir, mayor en el código penal que en el derecho comparado. En las bases cualitativas, uno y otro punto de vista acaban, sin embargo, por coincidir. En ambos casos se trata de la estricta teoría del dolo, aceptada en su día por Binding, seguida, actualmente por Schröder y Baumann, según la cual si la falta de conciencia del autor es debida a un error culposo sobre la antijuridicidad, son aplicables las disposiciones correspondientes a la imprudencia, siempre que la punibilidad de esta se halle establecida en la ley.

La doctrina de la culpa de derecho, aun consistiendo en una aportación de indudable significación jurídica frente a las vacilaciones de la jurisprudencia y las ilimitadas lagunas a que conduce el criterio de la doctrina dominante, acaba por posibilitar también un campo excesivamente amplio a la eficacia excusante del error de prohibición, especialmente llamativo respecto a ciertos delitos.

En el ámbito del aborto, el carácter unitario de la regulación contenida en el artículo 565, obligaría a nuestro juicio, a sostener lógicamente un criterio absolutorio tanto en lo referente al error vencible

sobre la cualidad de generalmente prohibida de la acción antijurídica (error directo), como en lo concertinente al error, también vencible, sobre la existencia o el ámbito de una causa de justificación (error indirecto de prohibición). Pues si se cede paso a la tesis de que en estos casos ha de condenarse según la idea de que el artículo 565 contiene una regla general sobre la culpa jurídica, ya no se tiene en cuenta la regulación única o indivisible que contiene esta disposición, que impide incluir en ella el delito de aborto.

Si se admite esta puntualización, la tesis de la culpa de derecho lleva a que la mujer haya de ser absuelta en todos los supuestos siguientes. En primer lugar, si produce su aborto ignorando la prohibición general del mismo, por suponer erróneamente que en España dicha conducta está permitida bajo ciertas condiciones, como por ejemplo sucede en Inglaterra desde la ley de 1967. En segundo término, cuando admita erróneamente que habiendo quedado embarazada en virtud de un delito sexual— por ejemplo, violación— existe una norma permisiva especial que la permite abortar (indicación ética). Por último, deberá ser absuelta también si entiende erróneamente que una acción de esta especie contra la vida del feto está autorizada por una causa de justificación existente en realidad, pero de ámbito diverso.

Frente a la exigencia, pues, de que el código proporcione criterios *generales* relativos a la conciencia de la antijuridicidad, que eliminen la presencia de lagunas, se produce así la inversión metódica de que el *tipo especial* de delito acaba por decidir el problema del error evitable de prohibición. Exclusivos problemas de tipicidad prejuzgan entonces una cuestión general del ordenamiento, es decir, una cuestión que el ordenamiento ha de resolver, no en dependencia de la figura específica de delito, sino con base en el concepto general de delito.

La doctrina de la culpa de derecho pone así de relieve, a pesar de sus ventajas frente a la concepción dominante, los inconvenientes de que adolece la teoría del dolo, de entre los que destacan primordialmente el de abrir lagunas y producir irregularidades en el tratamiento del error de prohibición. Esta última indicación tiene importancia indudable, pues tales irregularidades pueden llevar a una inversión valorativa del tratamiento de la conciencia de la antijuridicidad, al establecer, por ejemplo, la punibilidad respecto a conductas pertenecientes al área del derecho penal político o administrativo y determinar la absolución, por el contrario, en delitos exclusivamente dolosos propios del núcleo del derecho penal criminal. Estos reparos no podrían ser expresados si la culpa de derecho pudiera incluirse dentro del artículo 565 con carácter general. Pero por las razones expuestas, esto no parece ser posible.

Entre las conclusiones que pueden ser fijadas como balance de lo expuesto pueden finalmente, destacarse la necesidad de distinguir entre

posibilidad conceptual y relevancia jurídico penal de la ejecución por imprudencia; la conveniencia de atender al tipo específico del delito para dar respuesta al problema tratado, lo que implica una reacción metódica frente a la tendencia lógico-formal dominante de que todo delito es, en principio, susceptible de cometerse por imprudencia y una adaptación del problema discutido a una concepción sustancial del principio *nullum crimen sine lege*. Debe señalarse también la indicación de que la dogmática tradicional y la doctrina final conducen a consecuencias opuestas en la interpretación del artículo 565 y, finalmente, que la solución del problema discutido acaba repercutiendo en el tratamiento correspondiente, según algunas tendencias científicas, al error evitable de prohibición. El examen detallado de estas repercusiones queda, sin embargo, remitido a otro momento.

El parentesco adoptivo en el Código penal español (*)

JOSE R. CASABO RUIZ

INTRODUCCIÓN.—I. Casos en que expresamente se acoge el parentesco adoptivo.—II. Casos en que el parentesco tiene trascendencia jurídica, pero donde no se menciona el adoptivo: 1. El parentesco determinante de un perjuicio para el delincuente: A. Parricidio y lesiones graves inferidas a parientes. B. Estupro. C. Abandono de familia. D. Otros supuestos. 2. El parentesco como beneficio: A. Delitos "honoris causa". B. Lesiones del artículo 425 causadas por parientes. C. Exención de responsabilidad criminal en delitos contra la propiedad. D. Cohecho. 3. El parentesco causa legítimamente para el ejercicio de la acción penal: A. En delitos contra la honestidad. B. En delitos contra el honor.

INTRODUCCION

Al Derecho penal no podía pasar inadvertida la relación que entre las personas se crea en virtud de la adopción. De ahí que varios artículos del vigente Código penal se refieran expresamente al parentesco adoptivo, como es el caso del párrafo sexto del artículo 8 o del artículo 11 (1).

Los actuales preceptos proceden del Código de 1870, subsistiendo inalterados desde entonces. Solamente el de 1928 introdujo algún nuevo artículo como el referente a la muerte del padre, madre o hijo adoptivos (2).

(*) La elección del tema es consecuencia del Seminario y ciclo de conferencias que sobre la adopción organizó en el pasado curso 1970-71 la cátedra de Derecho Civil del profesor doctor don Luis Díez-Picazo, en los que se estudiaron tanto el aspecto jurídico-civil como el histórico y psicológico. Pareció interesante, para complementar la perspectiva, ver la trascendencia que en el Código penal alcanza la adopción. Estos son el motivo y finalidad del presente trabajo.

(1) Los artículos en que expresamente el Código se refiere a los adoptivos, son los siguientes: 8-6.^a, 9-6.^a, 11 y 18. La Ley de 24 de abril de 1958 suprimió el artículo 476, por el que se castigaba al "adoptante que sin previa dispensa civil contraere matrimonio con el hijo o descendiente adoptivo".

(2) En el artículo 522, dentro del capítulo del parricidio.

Si bien los preceptos del Código vigente proceden del de 1870, esto no significa, en modo alguno, que el vínculo creado por la adopción fuera desconocido en los anteriores Códigos de 1848-50. Por el contrario, éstos incluían en el concepto de parricidio la muerte del padre, madre o hijo adoptivos (3). De este modo se equiparaba plenamente la muerte de los padres o hijos adoptivos, a la de quienes lo fuesen por consanguinidad. Quien diera muerte a los padres o hijos adoptivos era parricida y castigado con las mismas penas que si hubiera muerto a los padres o hijos por naturaleza.

Esta postura podría pensarse que obedeció a una pura imitación del Código penal francés, ya que en él se establece tal equiparación (4). Aun sin desconocer la posible influencia gala, que algunos autores han indicado (5), hay que tener en cuenta que tan importante paso no hubiera podido adoptarse de no mediar condiciones favorables para ello. En este sentido debe recordarse que los comentaristas de la época no sólo no se opusieron, sino que ni siquiera extrañaron tal equiparación (6). Es más, algunos de ellos entendieron que cuando el Código se refería en otros lugares a los parientes sin mencionar a los adoptivos, había que considerarlos tácitamente comprendidos (7).

La relación adoptiva, por consiguiente, no sólo es reconocida y apreciada por los Códigos penales de 1848-50, sino que incluso se la llega a equiparar totalmente al vínculo creado por la consanguinidad.

Este criterio legal parece responder a la concepción positivista

(3) El artículo 323 del Código de 1848, que corresponde al 332 del de 1850, establece: "El que mate a su padre, madre o hijo, sean legítimos, ilegítimos o adoptivos, o a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos, o a su cónyuge, será castigado como parricida...".

(4) Artículo 299: "Est qualifié parricide le meurtre des pères ou mères légitimes, naturels ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime".

Vid. VIADA, S.: *Código penal* 4.^a ed. T. III, Madrid, 1890, p. 7.

(5) GROIZARD, A.: *El Código penal de 1870*. T. IV, Salamanca 1891, página 344; QUINTANO, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Tomo I, Madrid 1962, p. 114.

(6) DE CASTRO Y OROZCO, J., y M. ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Código penal*. Tomo II, Granada 1848, p. 270; GÓMEZ DE LA SERNA, P., y J. MANUEL MONTALBÁN: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*. 5.^a ed. T. III, Madrid 1855, p. 336; FRANCISCO PACHECO, J.: *El Código penal*. 3.^a ed. T. III, Madrid 1867, p. 12; MARÍA DE VIZMANOS, T., en "T. María de Vizmanos y C. Alvarez Martínez": *Comentarios al Código penal*. T. II, Madrid 1848, página 318. Este último autor que, por las noticias que ofrece acerca de la inclusión de la muerte del cónyuge en el concepto de parricidio, parece que efectivamente participó en la discusión del proyecto, llega a afirmar del padre, madre o hijo legítimos, naturales o adoptivos que "respecto de todos estos individuos o por la naturaleza o por la ley civil, o por ambas al mismo tiempo, hay iguales motivos para considerar al homicidio como una de las más perversas acciones", p. 318.

(7) Así, GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALBÁN: *Elementos...*, cit. Tomo III, p. 43, respecto de la legítima defensa de parientes; CASTRO y ORTIZ: *Código penal*, cit. T. I, p. 57, en el supuesto de legítima defensa de parientes; p. 73, para la vindicación próxima de una ofensa grave a parientes, y p. 86, respecto de la entonces agravante de parentesco.

del Derecho derivada de la idea del pacto social (8). Para los contractualistas, todo delito supone la vulneración de un pacto, siendo la clase del pacto la determinante de la calidad del delito. Quien mata a un extraño infringe un pacto, pero si causa la muerte de otra persona con la que aparece vinculado de un modo específico, vulnera otro pacto distinto. De ahí la afirmación de Filangieri de que “el hijo que mata al padre comete un delito de *cualidad diversa* del que comete otro ciudadano que no tiene relación alguna de familia con él” (9). Importa notar que Filangieri distingue en los delitos la cualidad del grado; así, el asesino por precio “comete un delito de la misma cualidad, pero de *grado diverso* del que le mata en el ímpetu de una pasión, o por grave insulto” (10). De este modo, la clase del delito viene determinada por la cualidad del pacto violado. Pero como el pacto no constituye una noción natural, la cualidad del delito no aparece vinculada a esta realidad natural, sino sujeta a una valoración que siempre se realizará desde un punto de vista jurídico. Por tanto, el parricidio podrá ser considerado por Filangieri (11) como el primero de los delitos que turban o destruyen el orden de las familias, considerando parricidio tanto la muerte de los ascendientes y descendientes como “el homicidio de la mujer, del marido y del hermano” (12).

Planteadas la cuestión desde esta perspectiva jurídica, no puede causar extrañeza el paso ulterior consistente en equiparar la filiación legal de adopción a la natural (13). Asaz expresivas son las palabras de la comisión redactora del Código penal francés que, como ya antes se indicó, equipara en el parricidio la muerte de los adoptivos a la de los consanguíneos: “En plaçant sur la même ligne le père légitime et le père adoptif, le projet de loi rend hommage à la paternité légale, consolant image de la paternité réelle” (14). Como subrayan al respecto Chaveau-Hélie (15), lo que el legislador quiso es dar a la adopción los privilegios del parentesco natural, quiso que la misma sanción protegiera los lazos de la ley y los de la naturaleza.

Esta postura netamente positivista no podía ser aceptada por los autores más influidos por el iusnaturalismo, quienes consideran incluso una aberración equiparar totalmente el parentesco por adopción con el creado por la naturaleza. De ahí, las exclamaciones de

(8) Vid. BETTIOL, G.: *Diritto penale*. 7.^a ed., Padua 1969, p. 11.

(9) FILANGIERI, C.: *Ciencia de la legislación*. Trad. J. Rubio. 3.^a ed. Tomo VIII. Madrid 1822, p. 210.

(10) Loc. cit. nota anterior.

(11) FILANGIERI: *Ciencia...* cit. T. VII, pp. 177 y ss.

(12) FILANGIERI: *Ciencia...* cit. T. VII, pp. 183 y s.

(13) Importa señalar que FILANGIERI no menciona el parentesco por adopción, incluso del contexto parece deducirse que se refiere exclusivamente a los consanguíneos—Vid. *Ciencia...* cit. T. VII, p. 183—.

(14) Cit. por A. CHAVEAU y F. HÉLIE: *Théorie du Code Pénal*. T. III, Bruselas 1844, p. 55. El texto también se recoge en BOITARD: *Droit Criminel*, 10.^a ed. París 1872, p. 341.

(15) A. CHAVEAU y F. HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 55.

Chaveau-Hélie (16) al comparar la relación adoptiva con la consanguínea, y las protestas de Carrara (17), que habla de “injusta parificación”, y de efectos exorbitantes de “una mera ficción jurídica y un vínculo puramente contractual” (18).

En la doctrina española también se opusieron Viada (19) y especialmente Groizard. Para este autor en modo alguno puede consentirse tal equiparación, pues niega “que deban ser tan respetados los derechos ficticios creados meramente por las leyes, como los que tienen por base la propia naturaleza” (20).

De acuerdo con este planteamiento doctrinal, el Código penal español de 1870 reformó el delito de parricidio dejando de considerarse como tal la muerte del padre, madre o hijo adoptivos (21). Postura que ha sido mantenida por la legislación posterior, pues sólo el Código de 1928 incluyó dentro del capítulo del parricidio, pero como delito menos grave que la muerte de los ascendientes y descendientes consanguíneos, la de los padres o hijos adoptivos (22).

El Código penal de 1870 no supuso la negación de toda trascendencia penal al vínculo adoptivo, pues si bien lo excluyó del delito de parricidio, sin embargo, introdujo su referencia expresa en los mismos supuestos recogidos en el vigente Código.

Resulta necesario, por tanto, analizar la trascendencia que en el actual Código se otorga al parentesco creado por la adopción. Para ello se estudiarán, en primer lugar, los casos en que expresamente

(16) CHAVEAU-HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 55.

(17) CARRARA, F.: *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Pte. esp. Vol. I, 10.^a ed. Firenze 1925, pp. 194 y s. (§ 1142 y s.).

(18) También es considerada inadmisibles la equiparación, por GARRAUD: *Droit pénal français*. T. V, 3.^a ed. París 1924, p. 174.

(19) VIADA: *Código penal* cit. T. III, p. 7. Para este autor “por más grande que sea el beneficio de la adopción, no puede compararse al de la vida, ni nunca puede ser tan culpable el que da muerte a un bienhechor como el que a su propio padre mata”.

(20) GROIZARD: *El Código penal* cit. T. IV, p. 345. Más adelante continúa: “Entre el parentesco civil y el parentesco natural, la justicia, la ciencia y el sentido común encontrarán siempre diferencias. El que quebrante los vínculos creados por la gratitud y el reconocimiento y mata a su padre adoptivo, es, sin duda, un gran criminal merecedor de una pena superior a la ordinaria que se impone al homicida; pero de esto no se sigue que la que deba sufrir sea aquella con que se castiga el verdadero parricidio, delito que lleva en sí mayor perversidad por romper a un tiempo los deberes sancionados por la ley civil y los creados además por la ley natural: Igualar, en esta materia, las relaciones de la sangre a las relaciones sólo creadas por las leyes, produciría en la sociedad el deplorable efecto de debilitar el concepto de supremo horror que el parricidio natural lleva consigo”.

(21) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Dogmática de los delitos contra la vida en el Código penal de 1870*. En el volumen publicado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: *Commemoración del centenario de la ley provisional sobre Organización del Poder Judicial y del Código penal de 1870*. Madrid 1970, p. 155.

(22) Dispone su artículo 522: “Al que matare a un hermano o a una hermana, o al padre o madre adoptivos o a una de las personas que hubiesen criado y educado al culpable, o al hijo adoptivo y al criado y educado por el culpable, o a los afines en línea recta, le será impuesta la pena de diez y ocho a veinte años de reclusión”.

se menciona a los adoptivos, pasando luego a la averiguación de si en los otros supuestos en que se aprecia el parentesco, pero no se menciona a los adoptivos, ha de entenderse comprendidos.

I. Casos en que expresamente se acoge el parentesco adoptivo.

Como se ha indicado, el vínculo por adopción aparece mencionado en el Código penal hoy vigente, en cuatro supuestos, todos ellos introducidos por el Código de 1870: legítima defensa de parientes —art. 8, 6.º—; circunstancia atenuante de vindicación próxima de una ofensa grave inferida a un pariente —art. 9, 6.º—; circunstancia mixta de parentesco —art. 11—; y en la exención de responsabilidad criminal (23) por encubrimiento del pariente —art. 18—.

El primer problema que surge es el de la determinación de los parientes adoptivos a que se refieren los cuatro artículos. Si se observa su tenor literal puede notarse cómo tres aparecen con idéntica redacción: los recogidos en los artículos 9-6.º, 11 y 18. En todos ellos se refiere el Código a los “ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales y adoptivos”. En la legítima defensa de parientes, en cambio, la fórmula aparece algo modificada, pues se habla de los “ascendientes, descendientes o hermanos legítimos, naturales y adoptivos”.

En la redacción de los tres primeros casos, los adjetivos “legítimo, natural y adoptivo” vienen gramaticalmente referidos a los hermanos por ser el sustantivo al que califican (24). En cuanto a la legítima defensa de parientes, caben dos interpretaciones de su sentido gramatical. Por una parte, puede decirse que los objetivos se refieren únicamente a los hermanos y, por otra, que también alcanzan a los ascendientes. Aun cuando lo más correcto parece relacionar los adjetivos tan sólo con el sustantivo inmediatamente anterior —los hermanos—, pues aparece separado del anterior por la disyuntiva “o”, sin embargo, la otra solución poco afectaría al problema que plantea la fórmula empleada en éste y en los anteriores supuestos.

En efecto, si apoyándose en el tenor literal de los artículos, se afirmará que la relación adoptiva sólo tiene trascendencia cuando incide entre hermanos —o entre ascendientes, en el caso de la legítima defensa—, no se comprende, ni parece existir razón lógica alguna, por la que no ha de tenerse en cuenta en aquellos casos en que el parentesco creado por la adopción resulta mucho más estrecho. Como

(23) Acerca de las distintas posturas en torno a su naturaleza, vid. NAVARRETE, J.: *El encubrimiento entre parientes*. “ADPCP” 1960, pp. 229 y ss. La reciente sentencia de 6 mayo 1971 —Aranz. 2162—, al referirse a la naturaleza de la exención, dice textualmente: “ya también como mera excusa, ya como causa de inexigibilidad de otra conducta, conforme a los modernos postulados penales”:

(24) Vid., respecto del artículo 11, CÓRDOBA, J.: *El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal*. “ADPCP” 1967, p. 172; LUZÓN, M.: *Derecho Penal del Tribunal Supremo*. T. II. Barcelona 1964, p. 8.

indica el profesor Córdoba (25), sería absurdo entender que la circunstancia mixta de parentesco afecta tan sólo a los hermanos adoptivos y no al adoptante respecto del adoptado.

Para obviar la anterior inconsecuencia lógica, Córdoba (26) ha propuesto la interpretación de que los adjetivos “legítimo, natural y adoptivo” se refieran a todos los sustantivos que les preceden y no solamente al inmediato anterior; es decir, que alcanzarían tanto a los hermanos como a los ascendientes y descendientes. Esta solución, que busca la realización de la justicia material, parte del supuesto de que los adjetivos no cumplen una función restrictiva, sino simplemente aclaratoria.

Al objeto del presente trabajo no afecta el problema de si los adjetivos empleados por la ley cumplen una función restrictiva o aclaratoria, que depende del alcance que se otorgue al término “natural”, es decir, si coincide o no con el concepto del Código civil (27). Únicamente interesa subrayar, y esto quizá posibilite la solución del problema, que el adjetivo supone una concreción del sustantivo al que califica. Cuando decimos, por ejemplo, hombre europeo restringimos el concepto hombre a sólo los pertenecientes al continente denominado Europa, tanto si lo empleamos como adjetivo único, como si va acompañado de los otros de asiático, africano, americano y oceánico. Por consiguiente, si el adjetivo cumple una función restrictiva del sustantivo, hay que admitir que la cualidad concretada por el adjetivo se hallaba contenida en el sustantivo, hasta el punto que, de no añadirse adjetivo calificativo alguno, hay que considerar comprendidas todas y cada una de sus posibles concreciones. De ahí, que, volviendo al ejemplo anterior, el sustantivo hombre sin adjetivos comprende tanto a los europeos como a los asiáticos, africanos, americanos y oceánicos. La proposición “el hombre es un animal racional”, alcanza a todo hombre, cualquiera que sea el continente de su procedencia, por ser éste el criterio adoptado para determinar el universo del discurso, empleando la terminología propia del lenguaje lógico.

Este planteamiento de la moderna lógica no resulta extraño en modo alguno a la ciencia del Derecho. Baste recordar el famoso brocardo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, pues, evidentemente, la distinción arrastra una limitación por la mayor concreción.

Aplicando estas ideas a los supuestos contemplados en los artículos 8-6.º, 9-6.º, 11 y 18 del vigente Código penal, hay que llegar a la conclusión de que, por no formularse en la ley restricción alguna, en los sustantivos ascendientes y descendientes deben considerarse incluidos tanto los consanguíneos como los adoptivos (28). Con esta

(25) CORDOBA: *El parentesco...* cit. p. 172.

(26) CORDOBA: *El parentesco...* cit. p. 172.

(27) CORDOBA: *El parentesco* cit. pp. 170 y s.

(28) Respecto del artículo 11, VIADA: *Código penal*, cit. T. III, p. 7. DEL ROSAL, COBÓ, RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho Penal Español* (Parte

solución se evita el absurdo de entender que alcanza relevancia jurídico-penal la relación entre hermanos adoptivos y no otras más estrechas como puede ser la existente entre adoptante y adoptado.

Los motivos que haya podido tener la ley para incluir expresamente la referencia a los legítimos, naturales y adoptivos al hablar de los hermanos, no necesariamente ha de interpretarse en el sentido de que el legislador pretendía restringir el ámbito a los naturales en sentido civil, pues bien puede obedecer a los deseos de que quedase bien claro que los hermanos adoptivos se hallaban incluidos, evitando, de este modo, las dudas que al respecto pudiera suscitar el ordenamiento civil vigente en 1870.

Desde el punto de vista teleológico nada se opone a la solución propuesta, pues las mismas razones por las que la legislación penal aprecia el parentesco entre los hermanos adoptivos son aplicables, incluso con mayor motivo a los ascendientes y descendientes vinculados por el parentesco de adopción.

Analizados los casos en que el Código penal contiene una referencia explícita a la relación adoptiva, surge el problema del concepto de adopción. Esta es una figura netamente jurídica que viene regulada en el Código civil, artículos 172 y siguientes, luego a esta ley debe acudir para determinar su existencia. Sin embargo, el Código civil distingue dos clases de adopción denominadas, respectivamente, plena y simple. Puede suscitarse entonces la duda de si cuando la ley penal se refiere a la adopción comprende ambas formas o solamente la plena. De nuevo puede aducirse aquí el principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, por lo que deben considerarse comprendidas ambas clases de adopción. En este sentido, importa recordar que ésta es la postura adoptada por el propio Código civil en otros lugares, como, por ejemplo, en los impedimentos matrimoniales de los párrafos 5.º y 6.º de su artículo 84. Cuando se trate de extranjeros habrá de estarse a la legislación del respectivo país.

Mayores dificultades surgen en torno a la concreción de los parientes que se ven afectados por la relación adoptiva. Respecto de los comprendidos en el concepto de hermanos adoptivos, no parece dudoso que lo estarán los hijos legítimos del adoptante respecto del adoptado, tanto más cuando el Código civil establece el impedimento matrimonial entre ellos—art. 84, 6.º—. Respecto de los ilegítimos y otros hijos adoptivos del adoptante no parece que deben ser excluidos, tanto porque la ley no distingue como porque no se conciben razones jurídico-penales por las que hayan de considerarse no comprendidos.

En cuanto a los ascendientes cabe adoptar dos posturas, según se tome la legislación civil como punto de partida, o no. En el primer caso, puede decirse que sólo alcanza al adoptante en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 176 del Código civil,

especial) "Delitos contra las personas". Madrid 1962, p. 170. Vid. también los autores y lugares citados en la nota 7.

donde se señala que la adopción causa parentesco entre el adoptante y el adoptado, pero no respecto de la familia del adoptante. Dentro de esta misma línea respetuosa con el ordenamiento civil, cabría asimismo afirmar que si bien el Código civil niega por regla general el parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante, no deja de reconocer algunos efectos cuando se trata de los cónyuges, como ocurre en el impedimento matrimonial 5.º del artículo 84, por el que se prohíbe el matrimonio entre el adoptado y el cónyuge viudo del adoptante. Por tanto, podría decirse que los ascendientes a que se refiere la ley penal estarían compuestos por el adoptante y su cónyuge (29). Esta solución contaría, además, con el apoyo de los Códigos penales extranjeros, que cuando especificaron los ascendientes adoptivos se refieren únicamente al padre y madre adoptante (30), como ocurría en el Código penal español de 1928 respecto del parricidio previsto en su artículo 522 (31).

Postura distinta de las anteriores sería la de entender que el ordenamiento penal es en este punto completamente autónomo del civil, por lo que, comprobada la existencia de la adopción, han de acogerse criterios penales para determinar los parientes afectados, sin que la legislación civil tenga trascendencia alguna. Como la ley penal no distingue, habrían de considerarse incluidos no sólo el adoptante y su cónyuge, sino también los ascendientes de éstos.

Sin perjuicio de aceptar por completo la premisa de que la ley penal es autónoma para determinar sus presupuestos (32), debe reconocerse que por no concurrir en la adopción la ascendencia natural hay que estar a lo dispuesto en la legislación civil, pues de lo contrario no existiría razón alguna para hablar de ascendientes. No parece, sin embargo, que únicamente deba comprenderse al adoptante, sino también a su cónyuge, ya que el Código civil admite la existencia de cierto parentesco entre el adoptado y el cónyuge del adoptante desde el momento en que prohíbe el matrimonio entre ellos. De este modo, en el término ascendientes se consideran comprendidos el adoptante y su cónyuge.

Por lo que se refiere a los ascendientes, el propio Código civil en su artículo 176, párrafo 2.º, manifiesta que existe parentesco entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes. Resultan, por tanto,

(29) Se parte del supuesto de que el cónyuge no sea al mismo tiempo adoptante.

(30) Así, el artículo 52, 2.º, del Código penal de la Rep. Fed. Alemana, en el concepto de parientes, a los efectos del propio Código, comprende a los padres e hijos adoptivos. En el Código penal italiano pueden citarse los artículos 577, 585, 591, 597 y 649.

(31) Vid. nota 22. No pueden citarse, en cambio, los de 1848-50 porque distinguían entre padres y otros ascendientes también para los consanguíneos.

(32) Vid. RODRÍGUEZ DEVEZA, José María: *Derecho Penal español*. P. G. 2.ª ed. Madrid 1971, pp. 22 y ss.; DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español* (P. G.). Vol. I, Madrid 1968, pp. 10 y ss.; STAMPA, José María: *Introducción a la ciencia del Derecho penal*. Valladolid 1953, páginas 35 y ss.

indudablemente comprendidos en la voz descendientes el adoptado y sus ascendientes respecto del adoptante.

II. Casos en que el parentesco tiene trascendencia jurídica, pero donde no se menciona a los adoptivos.

Vistos los supuestos en los que el Código penal se refiere expresamente a los parientes adoptivos, surge la cuestión de si el vínculo creado por la adopción alcanza trascendencia criminal en otros casos.

Ni que decir tiene que deben considerarse comprendidos en aquellos artículos en que la fórmula legal resulta tan amplia que se da cabida incluso a meras situaciones de hecho. Así pueden citarse el artículo 452 bis e) —“La persona bajo cuya potestad estuviere un menor”— el 497, 3.º —“Esta disposición no es aplicable a los padres tutores o quienes hagan sus veces”—; el 20, primera —son responsables civilmente quienes “los tengan bajo su potestad o guarda legal”—; el 266 —incurrirán en multa “los padres, tutores o guardadores de hecho—) etc. (33).

En cuanto a los otros supuestos donde se otorga trascendencia penal a la cualidad de ascendientes, descendientes y hermano, si bien no hay inconveniente formal en considerar comprendidos a quienes lo sean en virtud de la adopción, por las razones que anteriormente se expusieron, sin embargo, parece imprescindible el análisis de los casos concretos para determinar si su *ratio* se oponen a tal interpretación formal (34). A este fin se dividirán en tres apartados, atendiendo a la función que el parentesco cumple como motivo de agravación, de beneficio y de legitimación para el ejercicio de la acción penal (34 bis).

(33) Vid. también el 446, 2.º; 498, 2.º; 584, 8.º, 10.º, 11.º, 12.º, 16.º, etc.

(34) El contexto es el que permite a la doctrina italiana afirmar que los adoptantes y adoptados no se comprenden en el concepto de próximos parientes del artículo 307 del vigente Código, pues se considera que cuando la ley ha querido equipararlos a los consanguíneos lo ha manifestado expresamente. Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto penale*. P.E. T. I, 5.ª edición, Milán 1966, p. 326; MANZINI, V.: *Trattato di Diritto penale*. Vol. IV, puesto al día por Nuvolone, Turín 1961, p. 708. Esta objeción contextual no concurría en el Código Zanardelli, por lo que su artículo 191 se interpretó en el sentido amplio, dando cabida en el concepto de próximos parientes tanto a los consanguíneos como a los adoptivos. Vid. MANZINI, V.: *Trattato di Diritto penale*, Vol. V. 2.ª ed. Turín 1921, p. 287; LOLLINI, S.: *Dei delitti contro la pubblica amministrazione*. En “Enciclopedia Pessina”, Vol. VIII, Milán 1907, página 266, n. 2. En cuanto a la esencial función que en el seno del Derecho penal cumple la interpretación teleológica, pueden verse las brillantes páginas de BETTIOL: *Diritto penale*, cit. pp. 111 y ss.

(34 bis) En este apartado se estudia el problema de si el parentesco por adopción se halla comprendido en aquellos casos en que expresamente no se le menciona, y, a tal fin, se analiza su literalidad y *ratio*. No deja de reconocerse, sin embargo, que la trascendencia concreta de los preceptos ha de venir condicionada por el efecto perjudicial o beneficioso que produzcan, como ya destacaron CASTRO y OROZCO y ORTIZ DE ZÚÑIGA —*Código penal*. Citado. T. I, p. 86—. Por tanto, si bien no se plantea en el texto la cuestión de hasta qué punto se causaría un perjuicio al reo apoyándose simplemente

1. El parentesco como determinante de un perjuicio para el delincuente (35).

A. Parricidio y lesiones graves inferidas a parientes.

El artículo 405 del Código penal considera parricida a quien mata a su padre, madre o hijo, o a cualesquiera otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos, o a su cónyuge.

Esta redacción no procede de 1848, pues, como ya antes se indicó, tanto este Código como el de 1850 consideraban también parricida al que matare a su padre, madre o hijo adoptivos, equiparando el parentesco por adopción al de consanguinidad. El Código de 1870 modificó esta postura suprimiendo la referencia a los adoptivos y reduciendo al concepto de parricidio a la muerte del padre, madre o hijo legítimo o ilegítimo, es decir, a quienes lo fueren por naturaleza. En cambio, respecto de los otros ascendientes y descendientes suprimió el requisito de que fueran legítimos como exigían los 1848-50; de este modo indican que también sería parricida quien matare a "cualquier otro de sus ascendientes o descendientes". Con esta amplia fórmula podía suscitarse la duda de si constituía parricidio la muerte de los ascendientes o descendientes, no padres ni hijo, ilegítimos y adoptivos.

Efectivamente se planteó en la práctica la cuestión de si eran parricidas quienes dieran muerte a los descendientes ilegítimos (36). Para evitar la duda el Código de 1928 trasladó los adjetivos "legítimos e ilegítimos", que en el de 1870 calificaban al padre, madre e hijo, a los ascendientes y descendientes (37). Con esta reforma se resolvía legislativamente la duda planteada por la redacción anterior, pero no se cayó en la cuenta de que automáticamente se suscitaba otra: la de si en el parricidio podía comprenderse la muerte del padre, madre o hijo adoptivos, pues los substantivos no aparecían acompañados de adjetivo limitador alguno. En verdad que la cuestión no se planteaba en el Código de 1928, ya que establecía en artículo distinto la muerte del padre, madre o hijo adoptivos (38), pero sí en el de 1932 y en el hoy vigente, que, respetando la redacción de 1928 no contienen un precepto análogo al del artículo 522 de este último Código.

A la vista de los precedentes manifestados por los Códigos de 1848-50 y en virtud del principio de que no es lícito distinguir allí donde la ley no lo hace, podría decirse que en los conceptos de padre,

en una duda, no deja de reconocerse su importancia, y de ahí la sistemática empleada.

(35) La expresión "perjuicio para el delincuente" ha de entenderse en el sentido más amplio.

(36) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., y ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, T. II, Madrid 1929, p. 140; CASTEJÓN, F.: *Derecho Penal*, T. I, Madrid 1931, páginas 400 y s.

(37) Artículo 521: "El que matare a su padre, madre o hijo, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos, o a su cónyuge, será castigado...".

(38) Artículo 522, vid. nota 22.

madre e hijo a que se refiere el artículo 405 del Código penal, hay que incluir todos los casos, por lo que también tendrían cabida los adoptivos. Incluso quien, por partir de un positivismo jurídico extremo, ignorase los precedentes históricos y atendiese exclusivamente al tenor literal del artículo podría encontrar en la anterior interpretación la clave por la que aparecen distinguidos los conceptos de padre, madre e hijo de los más amplios de ascendientes y descendientes.

La doctrina española (39), sin embargo, entiende que en el parricidio sólo caben los parientes consanguíneos, aparte del cónyuge, que aquí no importa. En favor de esta interpretación podría aducirse la voluntad del legislador histórico e incluso la propia redacción del precepto. Efectivamente, cabría afirmar que el universo del discurso gira siempre en torno a los parientes consanguíneos, pues con la frase "o a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos", no se pretende estructurar una proposición autónoma e independiente de la anterior, sino que forma con ella una unidad a través de los términos "o a cualquier otro". Pero tampoco este último argumento puede considerarse definitivo, ya que la repetida frase "o a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos" aparece individualizada mediante comas.

Si tal y como indica la doctrina, lo que se pretende es incriminar exclusivamente a los parientes consanguíneos, debe reformarse el artículo mediante una redacción que no ofrezca resquicio alguno para la duda (40).

La solución que se adopte respecto del parricidio vincula para la agravación prevista en el penúltimo párrafo del artículo 420, donde se establecen penas más severas para el caso de que las lesiones graves se infieran contra algunas de las personas mencionadas en el delito de parricidio.

B. Estupro.

El artículo 435 señala la pena de prisión menor a quien cometiera estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de 23 años.

En este artículo también puede suscitarse la cuestión de si se comprende en los conceptos de hermana o descendiente las que lo sean por adopción. Desde el punto de vista puramente formal hay que llegar a una solución afirmativa, dado que el texto legal no restringe los conceptos. Pero para resolver el problema resulta necesario atender al bien jurídico que se protege, pues de entender que es la evitación de la *commixtio sanguinis* tan sólo alcanzará a los consanguíneos; en cambio, si se considera que es la libertad sexual de la mujer, nada impide que puedan asimismo considerarse comprendidos los hermanos y descendientes adoptivos.

(39) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal español*. P.E. 4.ª ed. Madrid 1971, p. 55; QUINTANO: *Tratado...* cit. T. I, p. 143; DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho penal...* cit., p. 170.

(40) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal...* cit. P.E. p. 54; QUINTANO: *Tratado...* cit. T. I. p. 142, n. 3.

Hay una corriente doctrinal y jurisprudencial para la que el bien jurídico tutelado es la pureza de la familia entendida ésta en un sentido consanguíneo. Así, para Cuello Calón el delito previsto en el artículo 435 es el “comúnmente denominado incesto” (41), y “las razones que justifican el castigo del incesto son, en primer lugar, la lesión del orden moral y jurídico familiar, cuya conservación requiere la abstención de relaciones sexuales entre las personas ligadas por íntimos vínculos de sangre” y, al mismo tiempo, “se invocan consideraciones eugénicas basadas en investigaciones biológicas, que demuestran que las uniones entre próximos parientes pueden dar vida a seres anormales y de ínfimo o nulo valor social” (42).

También algunas sentencias del Tribunal Supremo han acogido tal postura. En este sentido, la de 27 junio 1967—Aranz. 3437— afirma terminantemente que “el delito de estupro-incesto, del artículo 435 del Código penal... defiende por encima de todo bien protegido la *commixtio sanguinis*, lesionada por los sujetos que yacen, ligados por relación muy cercana de consanguinidad”. Asimismo, la de 22 mayo 1971—Aranz. 2378—, en la que se habla de “quebranto de los vínculos de sangre”, desbordando la infracción “los estrictos límites del delito para acoger la grave ofensa perpetrada contra el ente familiar, como un eco del ancestral y sacrosanto horror con que siempre fue mirado el incesto por casi todos los pueblos”.

Pese a las afirmaciones anteriores, cabe recordar que no siempre se ha considerado el incesto como delito. De ahí que resulte necesario aludir a las distintas posturas que se han mantenido acerca de su incriminación, para luego analizar el bien jurídico protegido en el artículo 435 del vigente Código penal.

En la legislación española previa a la codificación, se sancionaba muy severamente el yacimiento incestuoso, entendiéndose por tal el realizado entre parientes hasta el cuarto grado canónico (43), es decir, entre aquellos que no podían contraer matrimonio (44). Pero ya en la última época del Antiguo Régimen la persecución de este delito sufrió un gran retroceso, según testimonio de Vilanova y Mañes (45).

(41) CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal*. T. II, 12.^a ed., puesta al día por Camargo, Barcelona 1967, p. 562.

(42) CUELLO: *Derecho Penal*. T. II, cit. p. 563. En este mismo sentido parece orientarse la postura de QUINTANO: *Comentarios al Código penal*, 2.^a edición, Madrid 1966, pp. 799 y s.; QUINTANO: *Estupro*. En “Nueva Enciclopedia Jurídica”, T. II. Barcelona 1958, pp. 139 y ss.; JIMÉNEZ ASENJO: *La reforma del delito de estupro*, “RGLJ” 1944 (176), p. 109.

(43) Partidas: 7. 18.1. Vid. La glosa de Gregorio López.

(44) CARRARA: *Programma*... cit. Parte speciale. Vol. III, p. 578 (§ 2000); Vid. MANS PUIGARNAU, J. M.: *Derecho matrimonial canónico*. Vol. I. Barcelona 1959, p. 261, acerca de los antecedentes canónicos.

(45) VILANOVA Y MAÑES, S.: *Materia criminal forense*. T. III, Madrid 1807, pp. 215 y s.: “no se persigue hoy de oficio el adulterio con incesto, ni el estupro complicado con el; a no ser que sea nefando y haya infamación y nota grave, que con el procedimiento judicial no se lastime más el honor de la estuprada; cuya máxima, conforme con la práctica del día, parece la influye el contexto literal de la propia ley 2...; fuera de que, a ocasiones, es

Pero fue la Revolución francesa la que dio el paso definitivo en contra de la incriminación del incesto y de otras conductas hasta entonces consideradas delitos gravísimos, como la sodomía y la bestialidad. En el Código penal francés de 1871 (46) no aparece recogido el incesto entre sus delitos; con ello se inicia una corriente legislativa de gran importancia con los países latinos. Así, no castigan el incesto el Código penal francés de 1810 (47) y los Códigos de los Estados italianos, salvo el sardo—art. 481—y el toscano—arts. 294 y 295—. Tampoco lo recoge el español de 1822, pese a la propuesta que para su inclusión hicieron algunos informantes al proyecto (48). A esto se contestó: “La comisión cree que se adelanta mucho más no haciendo mención de esas cosas en el Código que comprendiéndolas en él” (49). Esta línea legislativa continuó a lo largo del siglo XIX, pues incluso el Código Zanardelli, en su artículo 337, castiga solamente a quien de modo que se derive escándalo público, tiene relación incestuosa.

La tendencia legislativa encontraba su apoyo en la doctrina, ya que la no incriminación del incesto era defendida por autores de tanto prestigio como Chaveau-Hélie (50), Carrara (51), Groizard (52), Garraud (53), etc.

Los argumentos que comúnmente se esgrimen para justificar esta actitud son varios, si bien fundamentalmente se parte del principio de que la ley penal únicamente debe castigar los actos contrarios a la decencia que se producen en público, los que supongan corrupción de menores o violencia sobre las personas. Cuando no concurren estas circunstancias la ley penal no puede intervenir; es

cuerda cosa dexar el castigo de los crímenes para Dios, en vez de exponer el remedio a mayores males, emprendiéndolo el hombre por su cuenta”. Por incesto nefando se entiende el cometido por personas “que estén en lugar de padres e hijos”—*ibídem*, p. 215—. La Ley a que se refiere es Partida 7.18.2.

(46) Citado por CHAVEAU Y HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 185.

(47) Que incluso en nuestros días se limita a establecer una pena agravada en su artículo 331, 2.º—introducido por L. 13 mayo 1863—para el atentado al pudor cometido por todo ascendiente sobre la persona de un menor, aun cuando tenga más de quince años, pero que no se halle emancipado por el matrimonio.

(48) Las Universidades de Alcalá y Orihuela, las Audiencias de Granada y Navarra y el Colegio de Abogados de Granada. *Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821. Discusión del proyecto de Código penal*. T. I, Madrid 1822, pp. 203, 204 y 206.

(49) *Diario...* cit. T. III, pp. 303 y s. Antes, y con referencia a los delitos de sodomía, incesto, estupro simple, sortilegio, usura, suicidio y otros delitos contra sí mismos, raptos de monjas e introducción en sus monasterios para fines carnales, y correspondencia de los eclesiásticos con un soberano extranjero sin autorización del gobierno, había contestado la comisión: “estos delitos o están comprendidos o embebidos en otras disposiciones del proyecto, o son de aquellos que... no deben ocupar lugar ninguno en el código penal de una nación ilustrada”—T. I, p. 217—.

(50) CHAVEAU-HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 186.

(51) CARRARA: *Programa...* P.Sp. cit. T. III, pp. 579 y ss. (§ 2001 y ss.).

(52) GROIZARD: *El Código penal...* cit. T. V, pp. 148 y ss.

(53) GARRAUD: *Droit penal...* cit. T. V, pp. 491 y s.

más, de perseguirlos, se derivan males mayores por el escándalo. De este modo, el silencio del Código supondría un respeto por el pudor público (54), aparte de que se evita la inquisición del juez acerca de la vida privada, pues de lo contrario se abriría “el santuario del hogar doméstico” (55).

Según Carrara (56), para que un hecho pueda ser incriminado no basta que sea vicioso o gravemente pecaminoso, sino que es necesaria la vulneración de un derecho particular o universal. La lesión de un derecho particular no concurre en el mero incesto, ya que supone la actuación plenamente voluntaria de ambos sujetos. Si se vulnerase un derecho social, el delito sería contra la familia y, para Groizard (57), no puede ir contra la familia porque no se hiere directamente los derechos de quienes concretamente componen la familia, pues todos los derechos en su origen brotan del individuo. Si se entendiese que ataca las buenas costumbres, ya no se sancionaría la conducta considerada en sí misma, sino su trascendencia (58).

En los países donde las ideas de la Revolución francesa alcanzaron menor trascendencia, el incesto continuo tipificado como delito, especialmente en los países no latinos. Así, en el Código penal bávaro—arts. 206 y 207—, prusiano—art. 141—, del imperio austríaco—art. 113-2.º y 246— y el Código penal alemán—art. 173—.

En el comentario oficial al Código penal bávaro se dice acerca del incesto cometido por ascendientes, que éstos cometen una grave lesión al derecho, porque, desconociendo los sentimientos y deberes más sagrados y abusando del poder de que disponen, destruyan la pureza física y moral de sus descendientes para satisfacer deseos que horrorizan a la naturaleza. Por lo que se refiere a los hermanos, señala la necesidad de mantener la pureza de costumbres en el seno de la familia.

La irrupción de las ideas naturalistas vino a favorecer, por razones biológicas, esta postura partidaria de la incriminación del incesto. Como ejemplo del nuevo planteamiento puede citarse a Langle, quien, al comentar el precepto contenido en el actual 435, manifestando que constituye un incesto, lamenta que no se castigue el cometido por el descendiente con la ascendiente, “ya que la base fundamental de este delito debe ser el interés social de poner dique a los terribles males que esas uniones producen en la raza” (59).

(54) GROIZARD: *El Código penal...* cit. T. V, p. 148.

(55) CHAVEAU-HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 186. También GARRAUD: *Droit penal...* cit. T. V, p. 491.

(56) CARRARA: *Programma...* P. Sp. cit. T. III, pp. 579 y ss.

(57) GROIZARD: *El Código penal...* cit. T. V, pp. 149 y s.

(58) Esta postura es la mantenida por los comentaristas al Código penal español de 1848, que insisten en la distancia entre moral y derecho. Así. Gómez de la Serna y Manuel Montalbán afirman respecto de los actos contra la honestidad: “sólo deben ser peñados los hechos que producen escándalo, los que demuestran un abuso malicioso de la sencillez e inocencia de personas de corta edad, los que ultrajan la santidad del matrimonio, y los que se llevan a cabo por medio de violencia, y abandonarse los demás a la

Quizá por tales ideas biológicas se introdujo el delito de incesto en el Código penal de 1928, ya que, recogiendo expresamente esta voz, sancionaba el de los ascendientes y descendientes, el de los afines en línea recta y el de los hermanos; al igual que las relaciones impúdicas entre ellos (60). Sobre esta regulación, manifestaron Jiménez de Asúa y Antón Oneca: “en épocas en que los asuntos de eugenesia cobran extraordinaria importancia, el delito de incesto... pide lugar en el catálogo de las infracciones” (61).

De modo análogo al Código penal español de 1928, el proyecto preliminar del actual Código penal italiano también preveía la punición del incesto en sí mismo, convirtiendo el escándalo público, que era elemento constitutivo en el Código Zanardelli, en simple agravación del delito base. La finalidad perseguida era la de una más eficaz tutela del interés eugenésico para evitar la decadencia de la raza que la procreación entre consanguíneos puede determinar (62). La objeción de que suprimiendo el requisito del escándalo público se abría la posibilidad de investigaciones peligrosas que causarían mayores males (63), hizo que se volviera al criterio mantenido en el anterior Código. Esto no obstante, en la doctrina se continuó insistiendo acerca del interés eugenésico (64), hasta el punto que Manfredi (65) al contestar a la afirmación de que con el incesto no se lesiona derecho particular alguno, subraya los derechos que la especie y la raza tienen respecto de sus propios elementos.

En la actualidad, se consideran superados estos criterios biológicos. En este sentido, Altavilla (66) señala que “la unión carnal

reprobación de la conciencia pública” —*Elementos...* cit. 5.^a ed. T. III, página 358—. Vid. también MARÍA DE VIZMANOS, en “T. María de Vizmanos y C. Alvarez Martínez: *Comentarios...*”, cit. T. II, p. 365; PACHECO: *El Código penal...* cit. T. III, p. 103.

(59) LANGLE RUBIO, E.: Nota 6 al artículo 458 del *Código penal de 17 de junio de 1870*. Madrid 1915, p. 516.

(60) Artículo 603: “El incesto será castigado: 1.º El de ascendiente con sus descendientes, con la pena de seis meses a seis años de prisión a los primeros y el grado mínimo de la misma pena a los segundos. 2.º El de afines en línea recta y el de hermanos, ya sean germanos, ya uterinos, ya consanguíneos, con la de dos meses y un día a un año de prisión. Con las mismas penas, respectivamente, serán castigadas las relaciones impúdicas entre las personas expresadas en los números anteriores. Si los hechos comprendidos en este artículo tuvieren lugar con escándalo público, se impondrá la pena en su grado máximo”.

(61) JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, cit. T. II, pp. 223 y siguiente.

(62) Vid. *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*. Vol. IV. pte. 1.^a, Roma 1929, pp. 446 y ss.; Vol. V. pte. 2.^a, página 346.

(63) Vid. *Lavori preparatorio...* cit. Vol. III, pte. 4.^a, pp. 112 y ss.; Vol. IV, pte. 3.^a, pp. 207 y ss.; Vol. V., pte. 2.^a, p. 346 y ss.

(64) Vid. MANFREDINI, M.: *Delitti contro la moralità pubblica e il buen costume. Delitti contro la famiglia*. (Es parte del Trattato di Diritto Penale, coordinado por Florián 4.^a ed.). Milán 1934, p. 312.

(65) MANFREDINI, M.: *Incesto*. En “Dizionario di Criminologia”, al cuidado de Florian, Niceforo, Pende, Milán 1943, p. 447.

(66) ALTAVILLA, E.: *La dinámica del delito*. Trad. castellana. Vol. II, Bogotá 1962, p. 165.

con un pariente bien próximo no se opone a ninguna ley biológica”, buena prueba de ello es que sucede entre los animales. De ahí, que para el citado autor italiano la repugnancia que excita debe buscarse, ante todo, en la costumbre de vida que pone obstáculos al nacimiento de estímulos eróticos entre tan próximos parientes.

Dentro de esta línea, el contraproyecto de Código penal preparado por un grupo de profesores alemanes propone la abolición del delito de incesto (67). Consideran que es conocimiento científicamente cierto que, salvo quizá entre hermanos, no ofrece ningún peligro desde el punto de vista biológico, y la posible acumulación de factores hereditarios de carácter negativo supone simplemente un vago peligro que es visiblemente apenas mayor al existente en otras muchas uniones sexuales; aparte que con el proceso penal se causan en ocasiones males mayores que los beneficios que pudiera reportar la amenaza penal. En este sentido se considera problemático si constriñe a su punición el punto de vista de la destrucción de la familia y de la pureza familiar con las que se justifica el precepto. Según los profesores firmantes del Contraproyecto, la enseñanza criminológica demuestra que la alteración de las relaciones familiares por la personalidad, anormalidad, necesidad sexual, abandono o medio en que viven los participantes, son más causa que consecuencia de la relación incestuosa. Como el delito aparece con una muy alta cifra negra, se presenta como delito débil y constituye fuente de extorsiones, escándalo, testimonios falsos arrancados por la fuerza, etcétera. Todo ello induce al Contraproyecto a no otorgarle trascendencia en la esfera del Derecho penal, pues su repugnancia moral no justifica su punibilidad, aparte de que el tipo por su evolución histórica se apoya sólo en el yacimiento, pese a que los presuntos peligros para el matrimonio, la familia y descendientes, en amplia medida, también deberían ser producidos por otras acciones sexuales no comprendidas en el precepto.

Expuestas sucintamente las diversas posturas en torno al incesto, importa conocer la adoptada por el Código penal español hoy vigente. Como se recordará, el artículo 435 dispone que en la pena de prisión menor, prevista para el estupro del artículo 434, “incurrirá” el que cometiere estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de veintitrés años.

De este precepto llama la atención su colocación sistemática, ya que se encuentra entre los delitos de estupro. Este hecho aún quedaba más patente en los Códigos de 1848-50 y 1870, que, ofreciendo idéntica redacción, comprendía dentro del mismo las conductas recogidas en los actuales 434, 435 y 436, 1.º y 4.º. Este dato no supone necesariamente que el bien jurídico protegido sea el

(67) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*. B. T. Sexualdelikte. Straftaten gegen Ehe, Familie und Personenstand, Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe. Tubinga 1968, p. 59.

(67 bis) Vid. QUINTANO: *Incesto*. En “Nueva Enciclopedia Jurídica”, Barcelona 1965, p. 134, T. XII.

mismo en todos los casos, pero no puede desconocerse que para el legislador revisten similitudes suficientes para haber llegado al extremo de colocarlos dentro del mismo artículo.

Como la colocación sistemática alcanza un valor simplemente incidiario, la averiguación del bien jurídico protegido debe llevarse a cabo mediante el análisis del propio precepto, so pena de incidir en un planteamiento basado en un prejuicio ideológico.

Es curioso notar que el código sanciona tan sólo el yacimiento y éste únicamente con la hermana o descendiente, no acogiendo otros casos que se presuponen tanto o más graves como el realizado con la ascendiente (68), lo que sería lógico de entender que se trata de un delito de incesto. Pero es más, si constituyera el delito de incesto no se comprende el motivo por el que sólo incurren quienes yacen con la hermana o descendiente, y nunca estas últimas, aunque siendo capaces, hayan accedido al acto sexual de modo plenamente voluntario (69). Por el contrario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 444 recibirán por vía de indemnización la dote, si fuera soltera o viuda, a la par que el condenado debe, en todo caso, mantener la prole. Aparte de que si fuera la raza, el matrimonio o la familia lo que se protegiese a través del precepto, tampoco se explicarían las razones por las que constituye un delito perseguible sólo a instancia de parte (70).

Los argumentos anteriores impiden que pueda considerarse la evitación de la *commixtio sanguinis* como bien jurídico protegido por el artículo 435 del Código penal español (71). Ante la imposibilidad de calificar de incesto el delito previsto en la ley positiva, parece que hay que llegar a la conclusión de que el bien jurídico protegido es la libertad de la mujer para determinarse en la esfera sexual. Esta solución explicaría la existencia de una mujer "ofendida" a la que debe indemnizarse, el que el delito sea privado y el que sistemáticamente se encuentre en el capítulo del estupro.

A lo anterior debe también añadirse que si al yacer la hermana o descendiente se encuentra en una de las circunstancias descritas en el artículo 429, dejará de aplicarse el 435, por constituir la conducta un delito de violación (72). Por tanto, el bien jurídico prote-

(68) QUINTANO: *Comentarios...* cit., p. 799.

(69) Como establecía el Código penal de 1928. Vid. QUINTANO: *Comentarios*, cit. p. 799; GROIZARD: *El Código penal...* cit. T. IV, p. 149.

(70) En el Código de 1928, bastaba la simple denuncia y si concurría escándalo público procedería el juez de Oficio —Art. 613—; Críticamente, CASTEJÓN: *Derecho penal*, cit. p. 443; Vid. S. 23 marzo 1944 —Aranz. 379—.

(71) Así fue interpretado por CARRARA: *Programma...* cit. P. Sp. Vol. III, página 587, n. 1 (§ 2006); TUOZZI, P.: *I delitti contro il buen costume e l'ordine delle famiglie*. En "Enciclopedia Pessina", Vol. IX, p. 268. Rodríguez Devesa considera que este bien jurídico de pureza de las costumbres familiares pasa a un segundo plano —*Derecho penal...* cit. P. E., p. 165—.

(72) PACHECO: *El Código penal...* cit. T. III, pp. 135 y s.; QUINTANO: *Estupro...* cit. p. 140; RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal...* cit. P. E., p. 165, nota 48. Vid. S. 15 enero 1971 —Aranz. 187—, 7 junio 1965 —Aranz. 2849—. En esta última sentencia parece que explícitamente se acepta la idea de "unidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro".

gido habrá de ser el mismo en ambos supuestos, pues si fueran distintos no se excluiría la aplicación del 435, ya que existiría un concurso ideal (73).

Pero es el mismo precepto el que llega incluso a emplear la voz estupro refiriéndose al incesto. El artículo 435 castiga "al que cometiere estupro con su hermana o descendiente", por tanto la conducta típica consiste en cometer estupro, lo que obliga al estudio del término para determinar su alcance.

Se ha mantenido (74) que estupro equivale a yacimiento, pero esta interpretación no puede en modo alguno admitirse, pues el propio Código dota a aquella voz de un contenido valorativo, hasta el punto que sirve para denominar una clase de delito, como queda patente en el epígrafe del capítulo y en los artículos 443 y 444.

Incluso desde el punto de vista histórico, el término estupro ha servido para individualizar una modalidad delictiva del yacimiento. En el Antiguo Régimen se entendía por estupro tanto el yacimiento mediante fuerza, como el llevado a cabo por engaño, seducción o temor (75). En la época inmediata a la codificación, algunos autores ya distinguían el yacimiento por fuerza del estupro, que lo era por seducción (76). Pero siempre se entendió que consintiendo la mujer sólo podrá decirse que existía fornicación (77). Y éste es el sentido que le otorga actualmente el diccionario de la lengua: "acceso carnal del hombre con una doncella logrado con abuso de confianza o engaño. Se decía también del coito con soltera núbil o con viuda, logrado sin su libre consentimiento" (78).

La doctrina española, especialmente la del pasado siglo, también interpretaba la voz estupro de un modo valorado. Así, Gómez de la Serna, y Montalbán, respecto del Código de 1848, escriben: "se da nombre de estupro al desfloramiento de una doncella en virtud

(73) Por tanto, de acuerdo con la legislación española, no puede citarse como ejemplo de concurso ideal el yacimiento violento con la hermana, que aparece mencionado en los libros alemanes. Vid., por ejemplo, MEZGER, E.: *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Rodríguez Muñoz, 3.^a ed. Madrid 1957, p. 374; MAURACH, R.: *Deutsches Strafrecht*, 4.^a ed. Karlsruhe 1971, pp. 731 y 750.

(74) CUELLO CALÓN: *Derecho Penal*. P. E. cit..., pp. 561 y 564; Vid. Sentencia 22 mayo 1971—Aranz. 2378—.

(75) VILANOVA Y MAÑES: *Materia criminal...* cit. T. III, p. 172: "por estupro se entiende el violento desfloramiento de mujer virgen; o el acceso con doncella, habido por fuerza o contra su voluntad. De las voces de esta definición se colige que para estimarse estupro ha de verificarse la unión carnal resistiendo dicha mujer; porque consintiendo, sólo podrá decirse rigurosamente simple fornicación. Esta fuerza que se requiere de esencia para la calificación de estupro, basta que sea por engaño, seducción, temor o por otra causa mediante la cual se captó la voluntad y condescendencia de la estuprada".

(76) GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALBÁN: *Elementos...* cit. edición 1842. T. III, p. 12.

(77) Vid *supra* nota 75.

(78) Sin embargo, añade: "Aplicase también por equiparación legal a algunos casos de incesto".

de seducción" (79). En el mismo sentido, de Aramburu y Arregui (80), Buenaventura Selva (81), Auriolos Montero (82), Alvarez-Vizmanos (83), Pacheco (84), Viada (85), Groizard (86) y especialmente Castro y Orozco de Zúñiga (87) y, en nuestros días, Rodríguez Devesa (88).

Pero la anterior interpretación, que sería aplicable al artículo 434 y que tendría en su apoyo el 436, 2.º, y el 437, parece encontrar un obstáculo insalvable en el 436, 1.º, ya que en este precepto se exige el engaño. En efecto, al castigar el estupro interviniendo engaño, da pie para pensar que este engaño exigido expresamente no es elemento del concepto de estupro (89).

Pese a la aparente fuerza del anterior argumento, sin embargo, no resulta tan concluyente desde el momento en que caben limitaciones a la libertad de la mujer distintas del engaño, sin necesidad de acudir a las sutilezas criticadas por Castro y Orozco, y Ortiz de Zúñiga (90). El propio Código nos indica esta posibilidad, pues cas-

(79) GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALBÁN: *Elementos...* cit. 5.ª edición (1855). T. III, p. 365, si bien añaden a continuación: "El Código califica también de estupro el desfloramiento de pariente dentro del segundo grado civil o primero canónico".

(80) DE ARAMBURU y ARREGUI, J. D.: *Instituciones de Derecho penal español*. Oviedo 1860, p. 271: "La voz sola de estupro encierra de esencia algún engaño".

(81) BUENAVENTURA SELVA, N.: *Comentarios al Código penal reformado*. Madrid 1870, p. 207: "entre el estupro y la violación hay la notabilísima diferencia de que en éste no ha de existir la fuerza que caracteriza a aquélla, y sí solamente la seducción o la excitación".

(82) AURIOLOS MONTERO, I.: *Instituciones de Derecho Penal de España*. Madrid 1849, pp. 244 y s.

(83) MARÍA DE VIZMANOS, en "María de Vizmanos, T., y C. Alvarez": *Comentarios...* cit. T. II, p. 376: "El acto carnal o ilícito en que interviene seducción se llama estupro".

(84) FRANCISCO PACHECO, J.: *El Código penal*. Cit. T. III, p. 103: "el estupro es el goce de una doncella, conseguido por seducción".

(85) VIADA: *Código penal*. Cit. T. III, pp. 131 y s.: al estupro "lo que le caracteriza, por regla general, es el engaño o fraude". No obstante lo anterior, por las distinciones que lleva a cabo en el texto, pudiera pensarse que entiende por estupro el simple yacimiento carnal.

(86) GROIZARD: *El Código penal...* cit. T. V, p. 104: "El estupro es más que la fornicación, como la violencia es más que el estupro. Este es la fornicación de una mujer honesta mediante seducción o engaño".

(87) CASTRO Y OROZCO Y ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Código penal*. Cit. T. II, página 328: por estupro "en el lenguaje forense se entiende siempre que ha de haber mediado en él algún abuso, seducción o engaño; y esta interpretación antigua de derecho está en completa armonía con nuestra ley de partida (El epígrafe del tít. 19, pág. 7.ª—sic por partida—, dice así: "De los yacen con mujeres... por falago o por engaño no les haciendo fuerza". La ley 1.ª del referido tít. y libro añade: "Como manera de fuerza es sosacar et falagar las mujeres sobredichas con promisiones vanas...)".

(88) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal...* P. E. cit., p. 162: estupro es: "el acceso carnal con mujeres honestas y libre (no casada) conseguido por seducción real o presunta".

(89) Vid QUINTANO: *Estupro*, cit. p. 135. Esta posible contradicción fue ya puesta de relieve por CASTRO Y OROZCO, y ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Código penal* cit. T. II, pp. 329 y ss.

(90) Loc. cit. nota anterior.

tiga a quien tuviera acceso carnal con mujer *abusando de su situación de angustiosa necesidad*, lo que nada tiene que ver con el engaño. También el artículo 437 incrimina al patrono o jefe que, *preválido de esta condición*, tenga acceso carnal con mujer. En ambos casos la voluntad de la mujer aparece limitada por causa distinta a la del engaño. Por tanto, puede existir estupro sin engaño, si bien el engaño puede ser constitutivo de estupro. Con esta interpretación, el 436, 1.º, reduce las posibles modalidades de estupro a sólo aquellas en que interviniera engaño. Esta restricción se explica por la mayor amplitud del precepto, pues de darse cabida a todo género de seducción o condicionamiento de la voluntad de la mujer, prácticamente vendría a sancionarse la simple fornicación.

Son muchos los supuestos que podrían citarse en los que no interviene engaño. Piénsese en el caso de una ascendencia distinta a la contemplada en los artículos 434 y 437, o en parentesco no comprendido en el 435, que tampoco tenga cabida en el 434 (91). Incluso podría aducirse el discutido caso de las relaciones de noviazgo, no establecidas para lograr el yacimiento, en que se llega a éste y luego se interrumpe por circunstancias sobrevenidas, que pueden ser imputables a la propia mujer y que nada tengan que ver con el yacimiento anterior. No cabe la menor duda de que el engaño ha de ser la causa determinante del yacimiento, so pena de caer en el absurdo de considerar alterada la propia naturaleza de las relaciones de noviazgo por el hecho del yacimiento, aparte de que infringiría lo dispuesto en el artículo 436, 1.º.

A la vista de lo expuesto, continúa siendo válida la interpretación que entiende por estupro, en general, el yacimiento con mujer cuya libertad para determinarse sexualmente aparece condicionada. Por tanto, el bien jurídico protegido, en el estupro será la libertad sexual de la mujer que se ve limitada.

Aplicando el anterior criterio, existirá el delito de estupro previsto en el artículo 434 cuando la limitación de la voluntad de la mujer venga determinada por la condición del sujeto agente. De este modo no existirá delito de estupro cuando la circunstancia de ser autoridad pública, criado, maestro, etc., nada influya en el consentimiento de la mujer. Esta idea del condicionamiento de la voluntad de la mujer explica que se limite a los menores de veintitrés años, pues a partir de dicha edad presume la ley *iuris et de iure* que la voluntad de la mujer está lo bastante desarrollada para que no pueda influirle la cualidad del agente descrita en el artículo.

La interpretación de que es la libertad de la mujer el bien jurídico protegido, explica satisfactoriamente el delito previsto en el artículo 435. Por una parte, tenemos que la conducta típica consiste en cometer estupro; por otra, que se limita exclusivamente a los descendientes y hermanos. El que expresamente se excluya el límite

(91) Es decir, que al propio tiempo no sea "autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada".

de los veintitrés años, cuya referencia es un dato más en favor de la cualidad de estupro que tiene el delito, se explica por la especial ascendencia que crea parentesco tan próximo. La objeción de que entre hermanos es posible que no concurra tal ascendencia e incluso que la mujer induzca a un hermano menor que ella al yacimiento, no puede en modo alguna admitirse, ya que faltaría la conducta típica, pues recuérdese que el artículo exige cometer estupro con la hermana, por lo que en tal caso la conducta sería atípica por no haber estupro, pues no basta la cualidad del agente, sino que es necesaria la limitación de voluntad en la mujer.

Problema íntimamente unido a lo anterior es el de si la ley presume esta limitación de la voluntad de la mujer. Dejando aparte la cuestión de a quién compete la carga de la prueba, importa señalar que no se establece una presunción legal de la limitación de la voluntad, dado que el Código no castiga como estuprador a quien constituido en autoridad pública, sacerdote, criado, ascendiente, hermano, etc., tenga acceso carnal con la mujer—al modo como ocurre en los casos de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 436—sino a cualquiera de aquellos que “cometiere estupro”, lo que tiene un significado muy distinto.

Por tanto, la simple concurrencia de la cualidad del sujeto agente no basta, pues es necesario que determine una limitación en la voluntad de la mujer. Si la simple cualidad estableciese una presunción *iuris et de iure* de menor libertad en la mujer, la legislación civil debería prohibir en todo caso el matrimonio a las personas comprendidas en el artículo 434, lo que no dejaría de ser absurdo.

Si la consanguinidad nada tiene que ver con el bien jurídico protegido en el artículo 435, ya que es la libertad de determinación sexual de la mujer que puede verse limitada por parentesco tan próximo, nada impide que en los conceptos de ascendientes y hermanos a que el artículo se refiere pueden comprenderse los adoptivos, pues no cabe negar que este parentesco puede tener, en principio, una influencia mayor que la que se presume en cualquiera de los casos previstos en el artículo 434 (91 bis).

C. Abandono de familia.

El artículo 487 del Código penal castiga a quien dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, siempre que concurran los requisitos que allí se especifican. Como según el artículo 176 del Código civil la adop-

(91 bis) De ahí, que el Código de 1928, al crear el delito de incesto, se viera obligado a mencionar expresamente a los padres adoptivos al regular el delito de estupro. Artículo 604: “Será castigado con las penas de dos meses y un día a tres años de prisión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas, el hecho de yacer o realizar cuauquier abuso deshonesto, los tutores con sus pupilos, los padres adoptivos con sus hijos y los Directores de Centros de instrucción, eclesiásticos y demás personas encargadas de la educación o enseñanza con sus alumnos o educandos”.

ción confiere la patria potestad sobre el adoptado menor de edad, no cabe la menor duda que el adoptante podrá cometer este delito de abandono de familia respecto del adoptado, del mismo modo que respecto de los hijos legítimos. Igual solución cabe en el supuesto, también contemplado en el Código penal, de dejar de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes que se hallaren necesitados. Dentro de este concepto de descendientes hay que considerar comprendidos el adoptado y sus descendientes. En cuanto a los ascendientes, únicamente cabe comprender al adoptante, pues, dado el fundamento civil de la asistencia, a este código debe acudirse, e importa recordar que en él se dispone que la adopción no causa parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante, por lo que no está obligado a los alimentos.

La solución expuesta para el artículo 487 es enteramente aplicable a la falta prevista en el párrafo 5.º del artículo 584 (92).

D. Otros supuestos.

Nada impide el que puedan considerarse comprendidos los adoptivos dentro de los conceptos siguientes: familia del 493 (93); ascendientes o descendientes del 234 (94); ascendiente, descendiente o hermano del 383 (95); hija y hermana del 384 (96). Así como también en la falta del artículo 583, 5.º (97). En todos estos casos previstos en el Código penal, aparte de que la ley no distingue, concurren en los adoptivos las mismas razones que para los consanguíneos.

2. El parentesco como beneficio.

Hay una serie de supuestos en el Código penal en los que la relación de parentesco determina una consideración favorable para con el sujeto, bien reduciendo la penalidad, bien declarándolos exen-

(92) Artículo 584: "Serán castigados con la pena de arresto menor o con la multa de 250 a 2.000 pesetas o con la de represión privada, al arbitrio del Tribunal: 5.º Los padres de familia de dejen potestad por motivos que no fueren el abandono malicioso del domicilio familiar o su conducta desordenada, así como los que procuren a sus hijos la educación que su posición y medios permitan".

(93) "El que amenazare a otro con causar al mismo o a su familia, en sus personas, honra o propiedad, un mal que constituya delito...".

(94) "Serán castigados con las penas establecidas en el artículo anterior, en sus casos respectivos, los que acometieren o amenazaren gravemente al cónyuge, ascendientes o descendientes del Jefe del Estado, de los Ministros, Autoridades o funcionarios mencionados en el mismo artículo...".

(95) "Será castigado con la pena de inhabilitación especial el funcionario público que solicitare a una mujer que para sí misma o para su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados...".

(96) 384, 2.º: "En la misma pena incurrirá cuando la solicitada fuera la esposa, hija, hermana o afín en los mismos grados...".

(97) 583, 5.º: "Los hijos de familia que faltaren al respecto y sumisión debida a los padres".

tos de toda responsabilidad criminal. En este apartado se analizarán aquellos en que no se contiene referencia alguna a los adoptivos, para saber si también les alcanza el precepto.

A. Delitos "honoris causa".

En el vigente Código penal existen tres delitos que se ven privilegiados en la penalidad por actuar el agente con el ánimo de ocultar la deshonra. Son el infanticidio—artículo 410—(98), el aborto del artículo 414 (98 bis) y el abandono del recién nacido del 488, 3.º y 4.º (99). En todos ellos el beneficio no sólo alcanza a la madre cuya deshonra se pretende evitar, sino también a los abuelos maternos siempre y cuando actúen con el mismo fin. Con ello se suscita la duda de si en el concepto de padres de la mujer deben considerarse comprendidos los adoptivos. No existe razón alguna por la que no deban serlo, pues aparte de que el Código no los excluye, no cabe la menor duda de que igual interesados pueden estar por la honra de la hija que los padres por consanguinidad (100).

B. Lesiones del artículo 425 causadas por parientes.

El artículo 426 del Código penal establece en su segundo párrafo: "Si el reo de este delito fuera padre, madre, cónyuge, hermano o cuñado del mutilado, la pena será de arresto mayor". Con este precepto, cuya redacción procede del Código de 1870, se establecía una pena inferior a quienes hubieren inutilizado para el servicio militar a un pariente (101) en el grado que se indica. Esta clara regulación legal ha sufrido un proceso de oscurecimiento cuyo punto culminante se alcanza con la reforma de 1963.

(98) "La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor. En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito".

(99) "Cuando la mujer produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause para ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de arresto mayor. Igual pena se aplicará a los padres que con el mismo fin y con el consentimiento de la hija, produzca o cooperen a la realización del aborto de ésta. Si resultare muerte de la embarazada o lesiones graves, se impondrá a los padres la pena de prisión menor".

(100) 488, 3.º y 4.º: "la mujer que, para ocultar su deshonra, abandonare al hijo recién nacido, será castigada con arresto mayor. La misma pena se impondrá a los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, realizaren el abandono".

(101) No parece que el problema se haya planteado en la doctrina. Únicamente GROIZARD: *El Código penal...* cit. T. IV, p. 473, se refiere a los adoptivos aunque de un modo confuso, pues hablando de los sujetos activos, manifiesta: "En primer término del cuadro aparece la madre en todos los Códigos; en otros, las figuras aumentan, llegando en el Código novísimo italiano a formar un verdadero grupo, donde están reunidos todos los que tienen un interés más o menos directo en salvar el honor de la mujer pariturienta, a saber: sus ascendientes, sus descendientes, sus padres adoptivos y hasta sus hermanos... Por nuestra parte, tan amplia extensión nos parece que no está exenta de inconvenientes".

En efecto, el Código de 1870, al introducir en su cuerpo el delito de mutilación para eximirse del servicio militar, recogía en artículos separados dos conceptos distintos. Por una parte, la de quien se mutilare o prestare su consentimiento para ser mutilado, con el fin de eximirse del servicio militar, y fuere declarado exento de este servicio por efecto de la mutilación; y, por otra, la menos grave (102) de quien inutilizare a otro con su consentimiento para el servicio militar. A su vez, y dentro de este último artículo, señalaba una pena superior si lo hubiere hecho por precio, y una inferior si fuere pariente.

El Código de 1932 se limitó a recoger en artículo aparte estas dos últimas modalidades cualificadas. El de 1944, quizá por unificar las penas (103), mantuvo en artículo distinto las modalidades cualificadas sobredichas, pero reunió en un mismo artículo las conductas de quien se automutilare o prestaré su consentimiento para ser mutilado, y la de quien causare a otro con su consentimiento la mutilación. Como no se reformó la redacción del artículo en que se contenían las modalidades cualificadas resultaba que la frase "la conducta penada en el artículo anterior", era incorrecta, pues en el artículo precedente no se sancionaba una, sino tres acciones distintas: la automutilación, prestar el consentimiento para la mutilación y mutilar a otro con su consentimiento.

Pero es la reforma de 1963 la que mayor confusión vino a establecer (104). De un lado, y en párrafo autónomo, se castiga la automutilación y el prestar su consentimiento para ser mutilado con el fin de eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento y, por este motivo, fuere declarado exento. De otro, y en párrafo separado dentro del mismo artículo, la de causarse a sí mismo cualquier otra inutilidad y la de producirse a persona distinta con su consentimiento, siempre con la finalidad y resultado de eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento. Por tanto, se produce la paradoja, Como destaca Rodríguez Devesa ((105), de que únicamente se castiga la conducta de quien causa a otro, con su consentimiento, una inutilidad distinta a la de la mutilación.

Al no modificarse la redacción del artículo siguiente, donde se contienen las modalidades cualificadas, resulta: Primero que no aclara cuál es "la conducta penada en el artículo anterior" a que se refiere el párrafo inicial del artículo 426, pues puede ser tanto la

(102) Este es el sentido del verbo inutilizar, pues es un verbo de referencia: hacer inútil de algo o para algo. Recuérdense los números 2.º y 3.º del próximo artículo 420: "o inutilizado para el trabajo a que hasta entonces se hubiere habitualmente dedicado"; "o perdido un miembro no principal, o quedado inutilizado de él".

(103) Ya que tenía una pena inferior.

(104) Vid. CASTEJÓN, F.: *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, "RGLJ" 1945 (177), pp. 328 y s.

(105) No se entra aquí en el problema de la ilegalidad del precepto. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*. P. E. cit., p. 127.

automutilación o el prestar el consentimiento para ser mutilado con el fin y resultado de eximirse del servicio militar o de otro servicio de inexcusable cumplimiento, como el causarse a si mismo otra inutilidad distinta a la mutilación. Segundo, que no puede apreciarse la figura cualificada de precio en la conducta de quien causa a otro con su consentimiento una mutilación con el fin y resultado de que se exima del servicio militar o de otro servicio de inexcusable cumplimiento. Tercero, que resulta absurda y sin sentido la redacción del último párrafo del artículo 426, pues señala que “el reo ha de ser padre, madre, cónyuge, hermano o cuñado del *mutilado*”. Si el artículo anterior únicamente castiga a quien cause a otro inutilidad distinta de la mutilación, ¿cómo es posible que el párrafo segundo del artículo siguiente establezca la pena de arresto mayor “si el reo de este delito fuere padre, madre, cónyuge, hermano o cuñado del mutilado”? No puede dudarse que la reforma de 1963 no ha sido muy afortunada.

Por el inexcusable principio de legalidad, habría que entender inaplicable el párrafo segundo del artículo 426. Esto, no obstante, y por si se resolviera reformar la actual regulación o se interpretara el adjetivo “mutilado” en un sentido tan amplio que tuviera cabida cualquier inutilidad para el servicio militar u otro servicio de inexcusable cumplimiento, cabe señalar que en el parentesco que se cita no hay inconveniente alguno para entender comprendido el que se deriva de la adopción. Las mismas razones justifican al padre, madre y hermano adoptivo que a los que lo sean por consanguinidad. Tanto más cuando el precepto da cabida expresamente al “cuñado”.

C. Esención de responsabilidad criminal en delitos contra la propiedad.

El artículo 546 del Código penal declara exentos de responsabilidad criminal por los robos sin violencia o intimidación en las personas, hurtos, defraudaciones, apropiación indebida o daños que recíprocamente se causaren los cónyuges, ascendientes y descendientes o afines en la misma línea, el consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otra persona, los hermanos y cuñados, si vivieren juntos.

Como entre los parientes mencionados no se cita a los adoptivos, surge una vez más la duda de si éstos han de considerarse tácitamente comprendidos. En la doctrina española se han manifestado las dos posturas contrarias: Para Groizard (107), el artículo no alcanza a los parientes por adopción; en cambio, para Viada (108) y Langle (109) el precepto sí que les beneficia.

(106) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*. P. E. cit., pp. 125 y ss.

(107) GROIZARD: *El Código penal...* cit. T. VIII, pp. 318 y s.

(108) VIADA: *Código penal...* cit. T. III, p. 625.

(109) LANGLE: nota 6 del artículo 580 del *Código penal...* cit., p. 666.

Desde el punto de vista estrictamente formal, no hay óbice alguno por el que deban excluirse los adoptivos de entre los parientes que se mencionan. Importa recordar con Viada el principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, “no haciendo el artículo distinción alguna entre unos y otros hijos, aclara Viada, su disposición los comprende a todos” (110).

Pese a la corrección de la anterior postura, resulta necesario, sin embargo, acudir a la *ratio* del precepto para saber si hay algún obstáculo por el que no puedan considerarse incluidos los adoptivos.

De entre las varias posturas que se han aducido para justificar el beneficio, no merecen mayor atención aquellas que son consecuencia de una particular concepción de la familia que no corresponde a la actual. Tal sucede con la imagen patriarcal propia de Las Partidas, donde si bien se impedía el ejercicio de la acción de hurto para perseguir a los descendientes o esposa, se permitía al padre, abuelo o marido “castigarlo en buena manera, porque de allí adelante se guarde de non fazer otro tal yerro” (111).

Las razones que en la doctrina moderna se aducen para justificar la exención de responsabilidad criminal son, fundamentalmente, la de la unidad y paz familiar, y la de la existencia de cierto condominio o copropiedad familiar (112). En alguna ocasión también se ha hablado del convencimiento de que el pariente víctima del hecho no se opondría (113) y de la falta de peligrosidad del sujeto (114).

Desde el punto de vista de la paz familiar, se indica que, con la incriminación de tales conductas, se abriría la posibilidad de que la intimidad de la familia quedase gravemente perjudicada y que se desvelaran secretos que no debían ser públicos (115). Asimismo se subraya que se atentaría a la unidad familiar, pues vendría a ser foco de rencores y discordias difícilmente superables (116); e, incluso que la propia condena penal recaería en desdoro, no sólo del condenado, sino también de su familia (117).

Para un sector de la doctrina, el fundamento principal de la exención de los parientes en los delitos contra la propiedad reside en la

(110) VIADA: *Código penal...* cit. T. III, p. 625.

(111) Partida 7.14.4.

(112) Vid. QUINTANO: *Tratado...* cit. T. II, p. 145. Aún son de interés las referencias de CARRARA: *Programma...* cit. P. Sp. Vol. IV, pp. 47 y ss. (§ 2033), y 395 y ss. (§ 2253).

(113) SANTORO, A.: *Manuale di Diritto penale*, T. V, Turín 1968, página 367, y T. IV, p. 37.

(114) Vid. la cita de MANZINI: *Trattato di Diritto penale*. 4.^a ed. Vol. IX, página 324, nota 13.

(115) En la exposición al proyecto de Código penal francés de 1810, citado por CHAVEAU-HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 338, y estos autores en el mismo lugar.

(116) En la exposición de motivos del proyecto de Código penal francés, cuya cita se recoge en la nota anterior; CARRARA: *Programma...* P. Sp. cit. Vol. IV, pp. 47 y ss. (§ 2033); ANTOLISEI, G.: *Manuale*. P. Sp. citado T. I, pp. 318 y s.

(117) MANZINI: *Trattato di Diritto penale*. 4.^a ed. cit. Vol. IX, p. 319; ANTOLISEI: *Manuale...* P. Sp. cit. T. I, p. 319.

existencia de cierta comunidad patrimonial de carácter familiar. Chaveau y Hélie dirán al respecto que cuando se sustrae algo del padre, madre, etc., no se sustrae en puridad de términos una cosa de otro. Para los citados autores “existe no diremos una copropiedad, sino una especie de derecho a la propiedad los unos de los otros”, que ejerce una influencia evidente en el carácter de la sustracción (118). Crivellari (119) habla también de la unidad y de la individualidad del patrimonio familiar. Y más recientemente Nuvolone (120) se refiere a un cointerés patrimonial tan fuerte que hace difícil, si no imposible, establecer el límite donde cesan los bienes del uno y comienzan los del otro (121).

Esta postura, que subraya el condominio familiar, es rechazada por la doctrina mayoritaria (122).

En la doctrina española se han mantenido asimismo las dos razones anteriores, bien separadas o conjuntamente. El fundamento de la unidad y paz de las familias es la idea principal para Groizard (123), siendo también acogida por Tomás María de Vizmanos (124) y Silvela (125); y entre los modernos, por Antón Oneca (126) y Del Rosal (127). Quintano considera que las razones de concordia familiar “seguramente son las que más pesan en la concesión de la excusa absolutoria” (128).

La postura que entiende existe un condominio o copropiedad familiar también aparece ampliamente representada en nuestra doctrina científica. Así cabe citar a Vizmanos (129), quien afirma que una de las razones de la exención es la de “existir comunidad de bienes entre los cónyuges, en términos que no podría decirse con exactitud que haya sido cosa ajena”, y en cuanto a los hermanos y cuñados por esa casi comunidad de intereses entre individuos que moran juntos. También para Aramburu (130), Buenaventura Selva

(118) CHAVEAU-HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 338. De ahí que lleguen a la conclusión de que no existe delito.

(119) CRIVELLARI: *Dei reati contro la proprietà*. Turín 1887, p. 601.

(120) NUVOLONE, P.: *Coabitazione, convivenza e relazioni domestiche*. En “Trent’anni Diritto e Procedura penale”. Vol. I, Padua 1969, p. 569.

(121) HEIMANN-TROSIEN, G., en la reciente edición (9.^a) del *Leipziger Kommentar*—Berlín 1970—, se refiere, en la nota 1 al artículo 247, a la dificultad de determinar la propiedad de las cosas entre los cónyuges.

(122) Vid. CARRARA: *Programma*. P. Sp. cit. Vol. IV, pp. 395 y ss. (§ 2253); GARÇON: *Code pénal*. Nueva ed. puesta al día por Roussel, Patin y Ancel, T. II, París 1956, p. 662; MANZINI: *Trattato di Diritto penale*. 4.^a edición. Vol. IX, p. 318; SANTORO, *Manuale...* cit. T. V, p. 367.

(123) GROIZARD: *El Código penal...* cit. T. VIII, pp. 306 y ss.

(124) MARÍA DE VIZMANOS, T., en “María de Vizmanos, T., y C. Alvarez”: *Comentarios...* cit. T. II, p. 523.

(125) SILVELA, L.: *El Derecho penal*. 2.^a Parte, Madrid 1879, p. 252.

(126) ANTÓN ONECA, en “Antón Oneca, J., y Rodríguez Muñoz”: *Derecho penal*. T. I (P. G.), Madrid 1949, p. 317.

(127) DEL ROSAL, J.: *Derecho penal español*. T. II, Madrid 1960, p. 84.

(128) QUINTANO: *Comentarios...* cit., p. 1060.

(129) MARÍA DE VIZMANOS, en “María de Vizmanos, T., y C. Alvarez”: *Comentarios...* cit. T. II, p. 523.

(130) DE ARAMBURU: *Instituciones...* cit., p. 338.

(130 bis), Silvela (131) y Viada. Para este último autor la irresponsabilidad criminal “se funda principalmente en esa especie de *condominio* que supone la Ley existe entre los cónyuges y entre los ascendientes, y les da recíprocamente derecho a la propiedad los unos de los otros”; continuando: “no es principalmente el honor o interés de las familias lo que ha querido salvaguardar el legislador con la exención de este artículo, sino el principio de la comunidad moral o legal de bienes, que existe recíprocamente entre las personas que en él se mientan, y en virtud de la cual deja de ser la cosa lo bastantemente *ajena* para constituir la materia del hurto, de la defraudación o el daño” (132). Entre los modernos autores es acogido el argumento por Castejón (133), Cuello Calón (134) y Luzón (135). En cambio, es expresamente rechazado por Valdés Rubio (136), Quintano (137) y, de modo especial, por Groizard (138).

En pocas ocasiones se ha manifestado el Tribunal Supremo acerca de la razón justificante de esta exención; sin embargo, pueden encontrarse algunas sentencias que se refieren a tal *ratio*. Así, la reciente de 6 mayo 1971—Aranz. 2162—habla de “la suerte de copropiedad familiar en que suele asentarse esta falta de punibilidad”. La de 5 de febrero de 1957—Aranz. 559—aplicó la circunstancia mixta de parentesco como atenuante muy calificada “por relación a la excusa absolutoria, aplicable en otros casos, ya que, como declaró esta Sala, hay cierto condominio entre los hermanos”. También la sentencia de 22 febrero 1943—Aranzadi 230—se refiere a “la comunidad de bienes por la convivencia familiar”. La de 14 abril 1926—T. 113, pp. 382 y s.—explica que se ha venido estimando la circunstancia de parentesco como atenuante en los delitos contra la propiedad, tanto porque el artículo 564 considera a los parientes que menciona exentos de responsabilidad, “como porque existe entre los referidos parientes cierta especie de condominio sobre los bienes sustraídos”. Dentro de esta misma línea, aunque con cierta referencia a un presunto consentimiento del ofendido, se manifiesta la de 25 abril 1963—T. 49, p. 817—, cuando explica que para la apreciación de la circunstancia mixta como atenuante en los delitos contra la propiedad, “es necesario estudiar las circunstancias que concurran en lo que pudiera estimarse con más o menos razón, una especie de condominio de interés, un derecho para aprovecharse de los bienes familiares en un momento de necesidad o simple conve-

(130 bis) BUENAVENTURA SELVA: *Comentarios...* cit., p. 260.

(131) SILVELA: *El Derecho penal*. 2.ª parte, cit. p. 252.

(132) VIADA: *Código penal*. Cit. T. III, p. 624. El subrayado procede del original.

(133) CASTEJÓN: *Derecho penal*. T. I. cit., p. 145.

(134) CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal*. T. I. 15.ª ed. puesta al día por Camargo, Barcelona 1968, p. 596.

(135) LUZÓN: *Derecho penal...* cit. T. II, pp. 10 y s.

(136) VALDÉS RUBIO, José María: *Derecho penal*. 4.ª ed. T. I. Madrid 1909, pp. 310 y s.

(137) QUINTANO: *Comentarios...* cit., p. 1060.

(138) GROIZARD: *El Código Penal...* cit. T. VIII, pp. 303 y ss.

niencia que no permitía, por el tiempo, ni consultar con su legítimo propietario” (139). El fundamento de un presunto consentimiento del agraviado se reafirma en la sentencia de 27 enero 1967—Aranz. 179—, para la que el artículo 564 “sólo libera de responsabilidad penal a los familiares y por los delitos que en él se mencionan sin ánimo de lucro o de daño en contra de tercero, o sea, cuando se tenga el convencimiento de que el familiar del que se trate por su voluntad presumible y por su clara solvencia asumirá eficazmente la responsabilidad civil”. Por último, la de 1 marzo 1956—Aranz. 750—habla de que en virtud de la solidaridad que crea el vínculo familiar “a él se extiende la repercusión social de la condena”.

A la vista de la regulación positiva española, y sin pretender el estudio detenido que el precepto merece, dada la índole del presente trabajo, no parece aceptable la razón de un presunto consentimiento del pariente agraviado, desde el momento en que el Código aplica el beneficio a supuestos tan peculiares como el de estafa, en que sí existe el consentimiento, pero viciado por un engaño, por lo que de no concurrir este engaño el consentimiento no se hubiera producido. Es más, el presunto consentimiento que se deduce debería asimismo excluir la responsabilidad civil que, por el contrario, aparece expresamente prevista en el propio artículo 564.

Tampoco existe apoyo legal para atender que concurre menor malicia en tales casos, pues el Código no ofrece dato alguno que permita tal aserto. Cabe, sin dificultad, imaginar supuestos de hecho en los que incluso concurre un aprovechamiento de la situación de privilegio que, hipotéticamente, sería subsimible en el abuso de confianza interpretado de un modo subjetivo.

En cuanto al fundamento que ve en la paz y unidad familiar la justificación del beneficio, quizá tampoco pueda ser considerado criterio válido para todos los supuestos que el artículo recoge, desde el momento en que alcanza al cónyuge viudo que se aprovecha de las cosas pertenecientes a su difunto esposo, cuando la familia puede haber desaparecido con la muerte de éste, quedando el cónyuge viudo sin parientes inmediatos. Además, ni siquiera exige el Código que los cónyuges no estén separados, como ocurre, por ejemplo, en el Código penal italiano, por lo que beneficiará al cónyuge culpable de la separación. Importa recordar que asimismo se aplica la exención a los ascendientes y descendientes aunque estén separados o gravemente enemistados, y no alcanza, en cambio, a los hermanos que no vivan juntos cuando estén afectivamente muy unidos.

Por lo que se refiere al argumento que busca la razón justificante del precepto en la existencia de una copropiedad o comunidad de bienes familiar, no puede en manera alguna admitirse. Si existiera jurídicamente tal copropiedad hasta el punto que la cosa dejara de ser ajena, como pretende Viada (140), no haría falta el artículo 564, pues la conducta no sería delito por no constituir ni robo, ni hurto,

(139) Vid. CÓRDOBA: *El parentesco...* cit., pp. 182 y s.

(140) VIADA: *Código penal...* cit. T. III, p. 624.

ni defraudación, ni daños (141). Es más, tal aserto contradice el propio texto legal, que determina, como presupuesto necesario para la aplicación de la exención, la existencia de todos los elementos típicos, pues emplea los conceptos normativos de robo, hurto, defraudación y daños (142). Aparte de que, como indica Quintano (143), tal postura supondría una contradicción con la posible responsabilidad civil.

El argumento de que por inculparse expresamente la participación en tales conductas la actividad principal ha de ser al menos antijurídica, que fue indicado por Silvela (144), ampliamente tratado por Groizard (145) y después repetido por la doctrina española, especialmente a partir de la nota de Rodríguez Muñoz a su traducción del Tratado de Mezger (146), debe reducirse a sus justos términos dado el tenor literal del precepto.

El último párrafo del artículo 564 establece que “la excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren del delito” habla, por tanto, de quienes participaren *del* delito y no de los que participaren *en el* delito, que tiene un significado distinto desde el punto de vista gramatical.

Si se acude al diccionario de la lengua puede constatar la atribución de dos significados distintos al verbo participar: “tener una parte en una cosa” y “tocarle algo de ella”. Ambas acepciones tienen un alcance diferente, dependiendo la elección de una u otra de la proposición empleada, *en* para el primer caso y *de* para el segundo. Por tanto, y de acuerdo con el diccionario, la norma del 564 manifestaría: la excepción de que este artículo no es aplicable a los extraños a quienes tocara parte del delito. Es decir, a los que se beneficiaren del delito. En este sentido importa recordar que cuando el Código se refiere a la autoría, complicidad y encubrimiento, habla siempre de participación *en el* delito (147).

Por otra parte, desde el punto de vista jurídico no resulta absurda la expresión “participar del delito”, desde el momento en que algunos artículos del Código penal, como el 48 y 108, hablan de los

(141) En el sentido de que la cosa es ajena, se manifiesta la S. 29 de noviembre de 1921—T. 107, p. 202—: “sin que en modo alguno pueda afirmarse que dicha cantidad no merece el concepto de ajena al procesado en atención a ser éste hijo legítimo del perjudicado, y, por tanto, su heredero forzoso, porque esta condición en modo alguno limita el absoluto e independiente dominio que sobre sus bienes tienen el padre de familia interino acaece su muerte”.

(142) DEL ROSAL: *Derecho penal*... cit. T. II, p. 84.

(143) QUINTANO: *Comentarios*... cit., p. 1060.

(144) SILVELA: *El Derecho penal*. 2.^a parte, cit. p. 249.

(145) GROIZARD: *El Código penal*... cit. T. VIII, pp. 307 y ss.

(146) MEZGER: *Tratado*... cit. T. I, p. 161; Vid. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*... cit., p. 316; JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*. T. VII. Buenos Aires 1970, p. 163.

(147) Así, por ejemplo, el artículo 17: “son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del hecho punible, sin haber tenido participación en él como autores ni cómplices...”.

efectos del delito en sentido económico (148). De ahí que no pueda considerarse gramaticalmente incorrecta, como pretende la sentencia de 28 diciembre 1963 —Aranz. 5269—; aparte que no debe olvidarse que la actual redacción ha permanecido inalterable desde el Código de 1848, época en la que los legisladores se preocupaban al máximo de la exactitud en la expresión (149), sin que haya sido modificada, ni en los distintos Códigos que se han sucedido, ni en la innecesaria reforma, introduciendo la apropiación indebida del Texto revisado de 1963.

La interpretación del último párrafo del 564 en el sentido de que la excepción no alcanza a los extraños que se beneficiaren del delito, no puede considerarse resultado de una interpretación sutil que no tiene apoyo doctrinal; por el contrario, en la ciencia jurídico-penal, especialmente en la del siglo pasado, hubo una corriente para la que la exención de responsabilidad únicamente debía exceptuar a los parientes que alcanzasen un beneficio económico con su actividad. Así, la redacción originaria del artículo 380 del Código penal francés establecía: *A l'égard de tous autres individus qui auraient recélé ou appliqué á leur profit tout ou partie des objets volés, ils seront punis comme coupables de vol*" (150). Este artículo ha sido interpretado en el sentido de que sólo son punibles los participantes que se beneficiaban de la conducta principal (151). Chaveau-Hélie (152) afirma, al respecto, que la ley no castiga en general a los cómplices, pues restringe la incriminación a los supuestos que describe (153). Esta postura del Código francés es asimismo la mantenida por Carrara (154), para quien el partícipe sin lucro no es verdadero ladrón, porque la propiedad y la posesión de la cosa pasan de un pariente a otro y no de un extraño. Considera el maestro de Pisa que sería incluso escandaloso imponer una pena a quien en nada se ha beneficiado del hurto, mientras quedara impune quien lo ideó, lo hizo ejecutar y se benefició de la totalidad de sus efectos. De la misma opinión que Carrara son Giuliani y Puccioni (155).

Por tanto, no resulta extraña la interpretación del precepto en el sentido de que la excepción del artículo 564 no alcanza a los partícipes que se benefician del delito. Podría objetarse, sin embargo, que subsisten las reglas generales de participación, por lo que su-

(148) Es más, el artículo 108 se refiere a la participación de los efectos de un delito o falta.

(149) De ahí, las numerosas definiciones contenidas en aquel Código.

(150) Este párrafo fue modificado por L. 22 mayo 1915, estableciendo que *"ils seront punis comme coupables de recel conformément aux articles 460 y 461"*.

(151) Vid. CARRARA: *Programma...* P. Sp. cit. T. IV, p. 400 (§ 2255).

(152) CHAVEAU-HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 342.

(153) GARÇON: *Code penal*, cit. T. II, p. 670, afirma: *"Une jurisprudence constante décide que le complice de l'époux, du descendant ou de l'ascendant, autre que le recéler, n'est pas punissable"*. Vid. también ROUSSELET, M., y M. PATIN: *Droit pénal spécial*. 7.ª ed. París 1958, p. 519; VOUIN, R.: *Droit pénal spécial*. 2.ª ed. T. I. París 1968, p. 39.

(154) CARRARA: *Programma...* P. Sp. cit. T. IV, pp. 401 y ss. (§ 2256).

primido *in mente* el párrafo, cuya redacción parece dar a entender que cumple una función ampliadora, o sea, restrictiva del beneficio excepcional previsto para los parientes, se aplicarían las disposiciones generales de la participación, tal y como ocurre en la doctrina italiana ante el silencio de su Código (156). Sin desconocer la fuerza del argumento, cabría pensar que, pese a su apariencia, el último párrafo del artículo 564 cumple una función restrictiva, como ocurre en el Código penal francés, y que vendría a justificar la propia existencia del párrafo que, de otro modo, sería innecesario.

De admitirse la interpretación literal que se mantiene hay que llegar a la conclusión de que el último párrafo del artículo 564 restringe la responsabilidad de los partícipes a únicamente aquellos que se benefician del delito. Viene a constituir de esta manera, una excepción a las reglas generales de la accesoriadad criminal, a no entenderse que esta accesoriadad es máxima en el Código penal español, lo que no parece posible según la doctrina mayoritaria (157), o que la exención de responsabilidad criminal para los parientes constituye una causa de justificación, lo que encuentra un obstáculo insalvable en la punición de los partícipes que se benefician del delito.

La razón que pudo tenerse en cuenta para incriminar tan sólo a los partícipes que obtienen una ganancia del delito, cabría encontrarla en la justicia material. Si el autor principal, que es el único que en tales casos se beneficia, queda impune, parece injusto castigar al simple partícipe que no alcanza logro alguno del atentado contra la propiedad (158).

Por lo expuesto, parece que el argumento de que la punición de los partícipes presupone la existencia de una conducta principal antijurídica, si bien debe aceptarse, pues se sanciona a quienes "participaren del delito", hay que reducirlo a sus justos términos.

Rechazada la posibilidad de que la exención encuentre su razón de ser en la existencia de una copropiedad que impidiese considerar la cosa como ajena, parece necesario llegar a la conclusión de que, por la diversidad de los supuestos recogidos en la ley, no existe un único fundamento justificante. Sin embargo, cabría subrayar que lo que se tiene en cuenta en el precepto no es la personal relación entre las personas vinculadas por el parentesco, sino la existente entre el sujeto activo de la conducta y la cosa apropiada (159).

(155) Citados por CRIVELLARI: *Dei reati...* cit., p. 602, n. 4.

(156) Vid. MANZINI: *Trattato di Diritto penale*. 4.^a ed. cit. Vol. IX, p. 325; ANTOISEI: *Manuale...* P. Sp. cit. T. I, p. 320.

(157) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal...* P. G. cit., pp. 651 y s.; ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., p. 422, salvo para los encubridores en que se muestra partidario de la máxima. Se manifiesta en favor de la máxima, DEL ROSAL: *Derecho penal...* cit. T. II, p. 119.

(158) CARRARA: *Programma...* P. Sp. cit. T. IV, pp. 401 y s. (§ 2256).

(159) CARRARA: *Programma...* P. Sp. cit. T. IV, p. 404 (§ 2258). PATERNITI, C.: *La famiglia nel Diritto penale*. Milán 1970, pp. 125 y ss., de acuerdo con su planteamiento subjetivista mantiene que en la exención de respon-

No cabe la menor duda que si bien desde el punto de vista jurídico el pariente se apropia de una cosa ajena, de hecho su situación es muy diferente si se compara a la de un extraño, no sólo por la posible existencia de una comunidad de disfrute familiar, que quizá en el caso concreto no se produzca, sino por la trascendencia que jurídicamente se otorga al parentesco respecto de las cosas del otro pariente. Piénsese que el pariente puede encontrarse propietario de la cosa al día siguiente en virtud de lo dispuesto por la ley acerca de la herencia. Y esto ha permitido a los autores afirmar que si bien se atenta contra la propiedad mediante tales conductas, sin embargo, no se produce la alarma o daño social que justifica la persecución de tales delitos por medio de la acción pública (160).

Junto a lo anterior, tampoco cabe ignorar la trascendencia del principio de unidad y de paz familiar que en el campo criminal influye hasta el punto de impedir el ejercicio de la acción penal entre los próximos parientes "a no ser por delito o falta contra la persona de otro" (161). Acerca de estas previsiones escribe Aguilera (162) que se fundan en una razón de pública moralidad y de conveniencia social, tenida siempre en cuenta por nuestras leyes, tanto antiguas como modernas, manifestando más adelante: "se ha inspirado, sin duda, en la necesidad de mantener la paz y tranquilidad de las familias, y la necesaria armonía entre los individuos que la constituyen, para evitar las consecuencias que tendría en otro caso para el orden social el que mutuamente pudieran acusarse unos y otros" (163).

Analizado, aunque muy elementalmente, el posible fundamento de la exención, no parece que exista inconveniente alguno para considerar comprendidos a los parientes por razón de la adopción.

Concurre en ellos la unidad familiar (164) o incluso cabe la comunidad de disfrute, aparte de los derechos sucesorios de los adoptivos que según el Código civil se equiparan a los legítimos si la adopción es plena—artículo 179— y a los naturales si es simple—artículo 180— (165).

Como conclusión, cabe afirmar que no hay obstáculo alguno por el que en el precepto no puedan considerarse comprendidos los parientes adoptivos, interpretando el silencio del Código de la misma manera afirmativa a como lo ha hecho la doctrina francesa (166) ante igual silencio de su Código.

sabilidad criminal lo que la ley contempla es el vínculo psicológico existente entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

(160) CARRARA: *Programma...* P. Sp. T. IV, p. 48, n. 1 (§ 2033).

(161) Artículo 103 de la LECrim.

(162) AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2.^a ed. T. I. Madrid 1923, p. 536.

(163) AGUILERA: *Comentarios...* cit. T. I, p. 537.

(164) Vid. el artículo 176 del Código civil.

(165) Por tanto, hoy no puede mantenerse el argumento esgrimido por GROIZARD para contestar a CHAVEAU-HÉLIE: *El Código penal...* cit. T. VIII, página 319. Vid. PATERNITI, C.: *La famiglia...* cit., p. 125.

(166) CHAVEAU-HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 341; GARÇON: *Code pénal*

D. Cohecho.

Manifiesta el artículo 392 del Código penal que cuando el soborno mediare en causa criminal en favor del reo, por parte de su cónyuge o de algún ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados, sólo se impondrá al sobornante una pena de multa equivalente al valor de la dádiva o promesa.

Nada parece oponerse a que esta privilegiada atenuación (167) alcance también a los parientes adoptivos, pues, aparte de que el precepto no los excluye, las razones que contempla la ley para el beneficio son enteramente aplicables a los adoptivos, tanto más cuanto expresamente admite el Código a los parientes por afinidad.

3. El parentesco como causa de legitimación para el ejercicio de la acción penal.

El propio Código penal establece para algunos delitos que sólo podrán perseguirse a instancia de parte interesada, determinando taxativamente las personas que están legitimadas para el ejercicio de la acción criminal. En algunos casos ésta tiene una naturaleza personal hasta el punto de que sólo el agraviado puede ejercitar la querrela, como ocurre respecto del adulterio y el amancebamiento —artículos 450 y 452—, o sólo puede denunciar la persona agraviada o, en su caso, el Ministerio Fiscal, como en el delito de abandono de familia —artículo 487—, pero hay otros delitos perseguibles sólo a instancia de parte en que se permite la acción a los parientes del agraviado; esto ocurre en delitos contra la honestidad y contra el honor.

A. Delitos contra la honestidad.

El artículo 443 del Código dispone que para proceder por los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y raptó bastará denuncia de la persona agraviada, o del cónyuge ascendiente, hermano, representante legal o guardador de hecho por este orden. No cabe la menor duda que dada la amplitud del precepto, pues se legitima incluso el simple guardador de hecho, hay que considerar comprendidos los parientes por adopción. Pero debe notarse que entrarán en el precepto no a título de guardadores de hecho, sino a título de parientes y en el concepto que les corresponda. Por tanto, podrá denunciar también los hechos el hermano adoptivo aun cuando no sea representante legal ni guardador de hecho.

citado. T. II, p. 664; ROUSSELET-PATIN: *Droit pénal...* cit., p. 517; VOUIN: *Droit pénal...* cit., p. 38. Los adoptivos son expresamente mencionados en el artículo 649 del Código penal italiano, e indirectamente en el 247 del de la República Federal alemana por lo dispuesto en el 52, 2.º, acerca del concepto de pariente.

(167) Pues únicamente se impone la pena de multa en cuantía equivalente al valor de la dádiva o promesa, sin que pueda bajar de 5.000 pesetas.

B. En delitos contra el honor.

En el artículo 466 se dispone que “podrán ejercitar la acción de calumnia o injuria los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos del agraviado difunto, siempre que la calumnia o injuria trascendiese a ellos, y en todo caso el heredero”.

También aquí parece que nada se opone a considerar comprendidos en los conceptos de ascendientes, descendientes y hermanos los que lo sean en virtud de la adopción, pues no puede desconocerse que forman parte de la familia y que no hay obstáculo para que también a ellos trascienda la calumnia o injuria, aun cuando el problema quizá no se plantee nunca dada también su condición de herederos forzosos.

NORMAS PARA LA APLICACION DEL DECRETO DE INDULTO (*)

Circular N.º 2/1971 de la Fiscalía del Tribunal Supremo

El «Boletín Oficial del Estado» del 1 de los corrientes, publica Decreto de la Jefatura del Estado, dictado en virtud de las prerrogativas concedidas al Jefe del Estado por las Leyes Fundamentales y especialmente reservadas en el apartado II de la disposición transitoria 1.ª de la Ley Orgánica del Estado, por el que se concede indulto general en las condiciones que especifica, con motivo del XXXV Aniversario de la Exaltación a la Jefatura del Estado del Caudillo de España.

(*) En la *Sección Legislativa* del fascículo III, tomo XXIV, de 1971, del ANUARIO se da cuenta detallada del 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, así como también de la Orden de 18 de octubre de 1971, por la que se hace extensiva a la jurisdicción de contrabando la aplicación del indulto concedido por el Decreto de septiembre del mismo año y, finalmente, de la Orden de 25 de octubre de 1971 sobre aplicación del indulto concedido por el referido Decreto por la jurisdicción especial de delitos monetarios.

Por otro lado, en el «Boletín Oficial de las Cortes Españolas», núm. 1.174, de 23 de diciembre de 1971, se insertan dos ruegos dirigidos al Gobierno por el Procurador en Cortes don Eduardo Tarragona Corbella; y aunque, ciertamente, el primero de ellos no guarda relación con la materia expuesta en el texto —habida cuenta de que aboga por una modificación de la Ley de Prensa de manera que las sanciones que se impongan en aplicación de la misma no tengan carácter ejecutivo hasta que no sean confirmadas por los Tribunales de Justicia (págs. 28588 y s.)—, el segundo, por el contrario, se manifiesta en el sentido de que el Decreto de 1 de octubre de 1971 se aplique a los profesores y periodistas que hubieren sido sancionados por faltas de carácter administrativo. La transcripción literal del mismo es como sigue:

«El Procurador que suscribe, al amparo de lo preceptuado en el Reglamento de las Cortes tiene el honor de dirigirse al Gobierno, por mediación de su V. E., para exponer lo siguiente:

Después del Decreto de Indulto publicado el día 1 de octubre de 1971 han sido beneficiados con esta gracia una gran cantidad de procesados y condenados por delitos de diversas clases, y en ocasiones de cierta gravedad. Puede decirse que se ha implantado una situación de amnistía por parte de los poderes públicos.

Sin embargo, permanecen aún sancionadas personas relevantes en el mundo de la enseñanza y del periodismo por simples infracciones de carácter administrativo. Esto priva a la comunidad nacional de los servicios de esas relevantes personas en sus actividades intelectuales y científicas.

Por todo ello, a V. E., ruega:

Que el Gobierno dicte las disposiciones que sean necesarias para que queden completamente indultados en todos sus efectos y sanciones accesorias los miembros del cuerpo de profesores universitarios, profesores de Enseñanza Media y maestros de Enseñanza General Básica así como los profesionales del periodismo que hubieran sido sancionados por faltas de carácter administrativo y como consecuencia de ello sufran ahora cualquier clase de inhabilitación o se encuentren separados de los escalafones a que pertenecían.» (Pedro-Luis YAÑEZ ROMÁN.)

Dado el contenido del Decreto, los precedentes legislativos existentes y el sistema de aplicación anticipada que se establece en su artículo 3.º, parece oportuno fijar, a modo de orientación general, los criterios a que debe atenderse el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de resolver en su día las consultas específicas que sobre puntos no incluidos en esta Circular se formulen.

Como precedente legislativo más directo ha de tomarse el Decreto de 31 de octubre de 1958, que concedió indulto general con motivo de la exaltación al Solio Pontificio del Papa Juan XXIII. En él se estableció también, en su artículo 4.º, del sistema de aplicación anticipada, sin esperar a que se dicte Sentencia. Con tal motivo, la Fiscalía del Tribunal Supremo dictó la Circular de 25 de noviembre de 1958 (pág. 47 y siguientes de la Memoria formulada el 15 de septiembre de 1959), que puede también ser tomada en consideración en los puntos aplicables en que los supuestos coincidan con la ordenación dada a la concesión de la gracia por el Decreto de 23 de septiembre de 1971 que comentamos. A su vez, el Ministerio de Justicia dictó, para la aplicación del Decreto de indulto de 31 de octubre de 1958, la Orden de 17 de noviembre del mismo año, que contiene también normas en parte aplicables al caso que nos ocupa. («B. O.» del 18 de noviembre de 1958))

Sin embargo, y a pesar de los precedentes legislativos apuntados, el Decreto de 23 de septiembre de 1971 contiene algunas particularidades para cuya interpretación es conveniente fijar criterios unánimes. A este fin, debe V. E. atenerse a las reglas siguientes:

1.ª El Decreto resulta aplicable desde el día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», ya que, aunque contiene cláusula expresa en tal sentido, lo preceptuado en los apartados 2 y 3 de su artículo 2.º, al fijar plazos que comienzan a contarse desde el día siguiente de su publicación, obliga a considerarlo aplicable desde dicho momento.

2.ª En cuanto al alcance del indulto respecto de los delitos comprendidos; penas afectadas y extensión de la gracia, debe tenerse en cuenta:

a) El indulto sólo se aplica a los hechos cometidos desde el 21 de julio de 1965, fecha tope del último indulto general concedido, hasta el 23 de septiembre de 1971. Hay que entender ambos días comprendidos dentro de los límites temporales de aplicación del indulto, pero sin olvidar que el propósito de la disposición que comentamos ahora, es el de que no se aplique el indulto a delitos a los que ya se hubiera aplicado algún indulto general anterior.

b) Las penas principales comprendidas en el indulto son las pecuniarias y las de privación de libertad.

Respecto de las pecuniarias, se concede indulto de las mismas, tanto si figuran como pena única o conjuntamente con otras u otras y cualquiera que fuese su cuantía.

En cuanto a las penas privativas de libertad, el indulto es total para las penas de hasta seis meses de duración, impuestas por delito o falta y es parcial cuando excede de dicho tope, conforme a la escala contenida en el artículo 1.º del Decreto. Se incluyen también los correctivos de privación de libertad por responsabilidad personal subsidiaria.

Las penas accesorias corren la misma suerte que la pena principal, cuando el indulto aplicable es total. En los casos de indulto parcial, las accesorias cuya du-

ración depende del tiempo de la condena, sufrirán, como es natural, las reducciones que hayan afectado a la pena principal impuesta.

No están comprendidas en el indulto las penas restrictivas de libertad o de derechos que figuran en la escala general del artículo 27 del Código. La pena de privación del permiso de conducir no está comprendida en el indulto y a tal efecto hay que tener en cuenta que en la nueva redacción del artículo 27 del Código Penal no figura como accesoria, carácter que también le fue negado por la circular de esta Fiscalía de 25 de noviembre de 1958 (apartado 1). En algunos casos se ha consultado sobre la posibilidad de aplicar el indulto a la privación del carnet de conducir, habida cuenta de la referencia que en el artículo 3.º del Decreto de 23 de septiembre de 1971 se hace al auto ejecutivo previsto en la disposición adicional 2.ª, A) de la Ley 3/1967 de 8 de abril, para hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor. Esta referencia puede ser debida al propósito de llamar la atención sobre el sistema del auto ejecutivo previsto en la Ley de 8 de abril de 1967, para facilitar la exigencia de la responsabilidad en algún caso de aplicación de indulto total porque no se haya solicitado pena de privación del carnet de conducir. Estos supuestos a que aludimos serán realmente infrecuentes y quizá sólo puedan darse en algún caso de interpretación específica del contenido del artículo 340 bis c), pero en todo caso ha de mantenerse el criterio de que la alusión al auto ejecutivo para la exigencia de la responsabilidad civil no produce en absoluto la consecuencia de que pueda entenderse incluida en el indulto, total o parcial, la pena de privación del permiso. Si en algún caso se aplicará el indulto a tal supuesto, el Ministerio Fiscal interpondrá el recurso procedente para evitar que prospere dicha tesis.

c) En cuanto a la extensión de la gracia, ha de tenerse en cuenta la escala comprendida en los distintos apartados del artículo 1.º del Decreto que comentamos. Cuando en el escrito de calificación o en la sentencia, en su caso, se establezcan diferentes penas para varios delitos, se aplicará el indulto separadamente para cada una de las penas señaladas a cada delito.

3.ª En lo que hace referencia a las excepciones incluidas en el artículo 2.º del Decreto de 23 de septiembre último, deben los Fiscales interesar de los Directores de los centros penitenciarios de cada provincia la inmediata actualización de los expedientes disciplinarios de los reclusos que pudieran resultar afectados, a fin de poder conceder con rapidez si existe, sin invalidar, alguna falta de las que obstan a la aplicación del indulto.

La exclusión de la aplicación del indulto a los «declarados procesalmente rebeldes» (apartado 2 del art. 2.º) habrá de considerarse también aplicable a los penados que hayan sido llamados por el Tribunal para cumplir la pena y no se hubieren presentado y, desde luego, a los condenados en rebeldía, situación jurídica prevista por la Ley de 2 de diciembre de 1963.

La excepción contenida en el apartado 3 del artículo 2.º, puede plantear el problema de los llamados delitos semipúblicos, que ya resolvió la circular de esta Fiscalía de 25 de noviembre de 1958, apartado 4. Únicamente podrá haber la aplicación del indulto anticipado cuando en esta clase de delitos no se haga, por ninguna de las acusaciones, petición del tipo de las mencionadas en la circular aludida: reconocimiento de hijos, sostenimiento de la prole, etc.

4.^a Respecto del trámite procesal en el que el indulto deba solicitarse, hay que distinguir según la clase de procedimiento de que se trate :

a) En el procedimiento de urgencia por delitos cuyo fallo compete a los Juzgados de Instrucción, cuando en las diligencias preparatorias se estime procedente solicitar la apertura del juicio oral, habrá que formular escrito de calificación y solicitar por otrosí el indulto anticipado, cuando proceda mediante auto de sobreseimiento libre del núm. 3.º del artículo 637, con reserva de las acciones civiles que puedan proceder. Algunas consultas apuntan la posibilidad de que en el supuesto que acabamos de señalar se sustituirá la petición de apertura de juicio oral y el escrito de calificación por un dictamen fiscal más sucinto, en el que, dada la pena a solicitar, se pida la aplicación del indulto anticipado. Sin embargo, el taxativo mandato del artículo 3.º del Decreto de 23 de septiembre último no da pie para interpretación de tal naturaleza, ya que la excepcional posibilidad de aplicar el indulto anticipadamente, ha de basarse en la petición formal de las acusaciones hecha precisamente en el trámite procesal de calificación.

b) En el procedimiento de urgencia cuyo fallo corresponde a la Audiencia Provincial y en el procedimiento ordinario, la petición de sobreseimiento libre, cuando proceda, habrá de hacerse por otrosí en el escrito de calificación o inmediatamente de formulado éste (trámites de los arts. 798 y 649 y 650, respectivamente).

c) Cuando no proceda el indulto total y no haya de dictarse auto de sobreseimiento libre, la petición del indulto para la rebaja de las penas que correspondan, se formulará en trámites de ejecutoria.

d) En los supuestos de los apartados a) y b) anteriores, en el otrosí en que se pida la aplicación del indulto anticipado y que se dicte auto de sobreseimiento libre, el Fiscal, si existieren otras partes acusadoras, hará la reserva de que su petición proceda sólo en el caso de que en los escritos de calificación de las restantes acusaciones se soliciten penas que estén incluidas en el apartado a) del artículo 1.º del Decreto de 23 de septiembre de 1971.

5.^a Cualquiera que sea el procedimiento que corresponda seguir, cuando sean varios los procesados o encartados en una causa y de acuerdo con la calificación de las acusaciones proceda para unos el indulto total y no para los restantes, habrá que estar a lo que dispone el artículo 640 de la Ley de Enjuiciamiento criminal respecto del sobreseimiento libre parcial, ya que éste es el supuesto aplicable al párrafo tercero del artículo 637 expresamente invocado por el artículo 3.º del Decreto de indulto. En consecuencia, se solicitará, en su caso, el sobreseimiento de los autores, cómplices o encubridores a quienes afecte la extinción de responsabilidad criminal por aplicación del número 4.º del artículo 112 del Código penal, continuándose la causa respecto de los demás que no se hallen en el mismo caso.

6.^a Dado el carácter preceptivo de la disposición comentada, y el mandato contenido para el Tribunal en el artículo 3.º del Decreto de indulto, no procede dar vista al procesado o inculpado, que no puede oponerse a la aplicación del beneficio del indulto.

Tampoco cabe esperar a que se produzca petición de los interesados, sino que en todo caso, tanto de indulto total como de indulto parcial, deben los Tribunales

actuar de oficio sin perjuicio de que el Fiscal estimule esta actuación cuando proceda.

7.^a Especial consideración merece la posibilidad de aplicación del indulto en las causas que se encuentren en trámite de curso de apelación. En tal caso, salvo que las partes desistieran del recurso y quedara firme la sentencia de instancia, es preferible que el recurso se resuelva mediante Sentencia de la Audiencia. En efecto, el problema no se plantea cuando proceda únicamente el indulto parcial, ni tampoco cuando la Sentencia absolutoria hubiera sido apelada por alguna de las acusaciones, salvo que la pena solicitada por la acusación estuviera incluida en el indulto total.

El Fiscal apelante puede desistir del recurso si, aún en el caso de que éste prosperase, las penas a imponer estuvieran todas ellas comprendidas en el indulto total.

8.^a Al producirse, en los casos de aplicación anticipada del indulto total, la extinción de la responsabilidad penal, arrastra también ésta a la responsabilidad civil, que conforme a lo que dispone el artículo 3.º del Decreto de indulto sólo podrá ser exigida por el procedimiento que corresponda, esto es, por vía civil, salvo los supuestos, muy improbables como ya comentamos más arriba, de que se trate de responsabilidad cubierta por el Seguro Obligatorio en los hechos derivados del uso y circulación de vehículos a motor. Por consecuencia, el Fiscal, al solicitar que se dicte auto de sobreseimiento libre, pedirá también que se reserven las acciones que correspondan para la exigencia, en su caso, de la responsabilidad civil.

9.^a El Ministerio Fiscal debe considerar muy detenidamente la situación de los detenidos o presos a quienes, dada la índole y gravedad de los delitos de que se les acusa, pueden estar incluidos en los supuestos de indulto total o parcial, en forma tal que la reducción de la pena que en su día quepa imponerles, deba afectar a la situación de detención o prisión en que se encuentren a fin de solicitar, si procediere, la modificación de la situación aludida.

10.^a Aunque en el Decreto no se da iniciativa al Ministerio Fiscal para promover la aplicación del indulto, parece conveniente que se aceleren al máximo los trámites en los casos en que proceda el indulto total o en aquellos otros en que por aplicación del indulto parcial deben ser puestos en libertad los presos o penados. A este fin, debe tenerse en cuenta:

a) Las causas que se encuentran en Fiscalía en trámite adecuado para formular el escrito de calificación, según cual fuere el procedimiento aplicable, serán despachadas preferentemente cuando por la naturaleza de las penas a solicitar puedan algunos de los procesados considerarse incurso en la situación a que alude el primer párrafo de este número, teniendo para ello en cuenta el contenido del número 9 de esta circular.

b) En las causas ya falladas, pendientes de algún recurso, deberá el Fiscal comprobar la situación de los penados a efectos del indulto, al objeto de instar del Tribunal lo procedente.

c) En los casos en los que haya recaído sentencia firme, utilizando los datos de las fichas de ejecutorias de la Fiscalía, el Fiscal comprobará si es urgente la aplicación del indulto, al objeto de que la reducción de la pena pueda afectar sustancialmente

a la situación en que se encuentra el penado y en caso afirmativo solicitará del Tribunal la urgente aplicación del Decreto de 23 de septiembre de 1971.

11.^a Las causas en que el indulto se aplique anticipadamente y por consecuencia no se dicte sentencia sino auto de sobreseimiento libre porque sea procedente el indulto total, habrán de ser objeto de cómputo especial en la estadística anual de las Fiscalías, que se formula con motivo de la Memoria en el mes de enero de cada año y en relación con el año anterior. Por consiguiente, los Fiscales llevarán nota estadística suficiente de las causas en que se aplique el indulto total anticipado y se dicte el correspondiente auto de sobreseimiento libre, para hacerlo constar en su día en la estadística que será solicitada por esta Fiscalía del Tribunal Supremo.

Las dudas particulares y concretas que se susciten a V. E. en la aplicación del Decreto de 23 de septiembre de 1971, deberán ser objeto de consulta especial.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Madrid. 9 de octubre de 1971.

Excmos. e Ilmos. Sres. Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales.

CONVENIO PARA LA REPRESION DEL APODERAMIENTO ILICITO DE AERONAVES (*)

(«B. O. de las Cortes Españolas», núm. 1.177, de 14 enero 1972, pág. 28687)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES ESPAÑOLAS

Por acuerdo del Consejo de Ministros ha sido remitido a esta Presidencia el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, el cual, de acuerdo con lo establecido en los artículos 10, 12 y 14, apartado II, de la Ley Constitutiva de las Cortes, es, en principio, de la competencia de las Comisiones.

En su consecuencia, se ordena su envío a la Comisión de Asuntos Exteriores 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 en relación con el artículo 99 del vigente Reglamento.

Los Procuradores, cualquiera que sea la Comisión a que pertenezcan, podrán de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 7, 67 y 99 del referido Reglamento, presentar las enmiendas o propuestas que estimen pertinente formular, en el plazo de veinte días contados a partir de la fecha siguiente a esta publicación.

Palacio de las Cortes, 11 de enero de 1972.—El Presidente, *Alejandro Rodríguez de Varcárcel y Nebreda*.

(*) El dictamen favorable a la ratificación de dicho Convenio elevado por la Comisión de Asuntos Exteriores a la Presidencia de las Cortes puede verse en «B. O. de las Cortes Españolas» núm. 1.188, de 23 de febrero de 1972, página 28936. De dicho Dictamen se dio cuenta al Pleno de las Cortes celebrado el 25 de febrero de 1972. Cfr. «B. O. de las Cortes Españolas», X Legislatura, núm. 3 de 25 de febrero de 1972. págs. 2 y 24.

PREAMBULO

Los Estados Partes en el presente Convenio

Considerando que los actos ilícitos de apoderamiento o ejercicio del control de aeronaves en vuelo ponen en peligro la seguridad de las personas y los bienes, afectan gravemente a la explotación de los servicios aéreos y socavan la confianza de los pueblos del mundo en la seguridad de la aviación civil;

Considerando que, a fin de prevenir tales actos, es urgente prever las medidas adecuadas para sancionar a sus autores,

Han convenido lo siguiente:

ARTÍCULO 1.º

Comete un delito (que en adelante se denominará «el delito») toda persona que a bordo de una aeronave en vuelo:

a) Ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma o intente cometer cualquiera de tales actos.

b) Sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer cualquiera de tales actos.

ARTÍCULO 2.º

Los Estados Contratantes se obligan a establecer para el delito penas severas.

ARTÍCULO 3.º

1. A los fines del presente Convenio se considerará que una aeronave se encuentra en vuelo desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque hasta el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque. En caso de aterrizaje forzoso se considerará que el vuelo continúa hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes a bordo

2. El presente Convenio no se aplicará a las aeronaves utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía.

3. El presente Convenio se aplicará solamente si el lugar de despegue o el de aterrizaje real de la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, está situado fuera del territorio del Estado de su matrícula, ya se trate de una aeronave en vuelo internacional, ya en vuelo interno.

4. En los casos previstos en el artículo 5.º no se aplicará el presente Convenio si el lugar de despegue y el de aterrizaje real de la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, están situados en el territorio de uno solo de los Estados referidos en dicho artículo.

5. No obstante lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del presente artículo, se aplicarán los artículos 6.º, 7.º, 8.º y 10, cualquiera que sea el lugar de despegue o de aterrizaje real de la aeronave, si el delincuente o el presunto delincuente es hallado en el territorio de un Estado distinto del de matrícula de dicha aeronave.

ARTÍCULO 4.º

1. Cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito y sobre cualquier acto de violencia cometido por el presunto delincuente contra los pasajeros o la tripulación, en relación directa con los casos siguientes:

- a) Si el delito se comete a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado;
- b) Si la aeronave, a bordo de la cual se comete el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo;
- c) Si el delito se comete a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente.

2. Asimismo, cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al artículo 8.º, a los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales.

ARTÍCULO 5.º

Los Estados Contratantes que constituyan organizaciones de explotación en común del transporte aéreo u organismos internacionales de explotación que utilicen aeronaves que sean objeto de una matrícula común o internacional designarán, con respecto a cada aeronave, según las circunstancias del caso, el Estado de entre ellos que ejercerá la jurisdicción y tendrá las atribuciones del Estado de matrícula de acuerdo con el presente Convenio, y lo comunicará a la Organización de Aviación Civil Internacional, que lo notificará a todos los Estados Partes en el presente Convenio.

ARTÍCULO 6.º

1. Todo Estado Contratante en cuyo territorio se encuentre el delincuente o el presunto delincuente, si considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de acuerdo con las leyes de tal Estado, y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición.

2. Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

3. La persona detenida de acuerdo con el párrafo 1 del presente artículo tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo.

4. Cuando un Estado, en virtud de este artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican, al Estado de matrícula de la aeronave, al Estado mencionado en el artículo 4.º, pá-

rrafo 1, c), al Estado del que sea nacional el detenido y, si lo considera conveniente, a todos los demás Estados interesados. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción.

ARTÍCULO 7.º

El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado.

ARTÍCULO 8.º

1. El delito se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Contratantes. Los Estados Contratantes se comprometen a incluir el delito como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

2. Si un Estado Contratante, que subordine la extradición a la existencia de un tratado, recibe de otro Estado Contratante, con el que no tiene tratado, una solicitud de extradición, podrá discrecionalmente considerar el presente Convenio como la base jurídica necesaria para la extradición referente al delito. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

3. Los Estados Contratantes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán el delito como caso de extradición entre ellos, sujeto a las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

4. A los fines de la extradición entre Estados Contratantes, se considerará que el delito se ha cometido no solamente en el lugar donde ocurrió, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el artículo 4.º, párrafo 1.

ARTÍCULO 9.º

1. Cuando se realice cualquier acto de los mencionados en el artículo 1.º, a), o sea inminente su realización, los Estados Contratantes tomarán todas las medidas apropiadas a fin de que el legítimo comandante de la aeronave recobre o mantenga su control.

2. En los casos previstos en el párrafo anterior cada Estado Contratante en cuyo territorio se encuentre la aeronave, o los pasajeros, o la tripulación, facilitará a los pasajeros y a la tripulación la continuación del viaje lo antes posible y devolverá sin demora la aeronave y su carga a sus legítimos poseedores.

ARTÍCULO 10

1. Los Estados Contratantes se prestarán la mayor ayuda posible por lo que respecto a todo proceso penal relativo al delito y a los demás actos mencionados en el artículo 4.º. En todos los casos, la ley aplicable para la ejecución de una petición de ayuda será la del Estado requerido.

2. Sin embargo, lo dispuesto en el párrafo precedente no afectará a las obligaciones derivadas de cualquier tratado bilateral o multilateral que regule, en todo o en parte, lo relativo a la ayuda mutua en materia penal.

ARTÍCULO 11

Cada Estado Contratante notificará lo antes posible al Consejo de la Organización Civil Internacional, de conformidad con su legislación nacional, cualquier información pertinente que tenga en su poder referente a:

- a) Las circunstancias del delito;
- b) Las medidas tomadas en aplicación del artículo 9.º;
- c) Las medidas tomadas en relación con el delincuente o el presunto delincuente, el resultado de todo procedimiento de extradición u otro procedimiento judicial.

ARTÍCULO 12

1. Las controversias que surjan entre dos o más Estados Contratantes con respecto a la interpretación o aplicación de este Convenio, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.

2. Todo Estado, en el momento de la firma o ratificación de este Convenio o de su adhesión al mismo, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo anterior. Los demás Estados Contratantes no estarán obligados por el párrafo anterior ante ningún Estado que haya formulado dicha reserva.

3. Todo Estado Contratante que haya formulado la reserva prevista en el párrafo anterior podrá retirarla en cualquier momento notificándolo a los Gobiernos depositarios.

ARTÍCULO 13

1. El presente Convenio estará abierto a la firma de los Estados Participantes en la Conferencia Internacional de Derecho Aéreo, celebrada en La Haya del 1 al 16 de diciembre de 1970 (llamada en adelante «La Conferencia de La Haya»), a partir del 16 de diciembre de 1970, en dicha ciudad. Después del 31 de diciembre de 1970 el Convenio estará abierto a la firma de todos los Estados en Washington, Londres y Moscú. Todo Estado que no firmare el presente Convenio antes de su entrada en vigor de conformidad con el párrafo 3 de este artículo podrá adherirse a él en cualquier momento.

2. El presente Convenio estará sujeto a ratificación por los Estados signatarios. Los instrumentos de ratificación y los instrumentos de adhesión se depositarán en los archivos de los Gobiernos de los Estados Unidos de América, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, a los que por el presente se designa como Gobiernos depositarios.

3. El presente Convenio entrará en vigor treinta días después de la fecha en que diez Estados signatarios de este Convenio, participantes en la Conferencia de La Haya, hayan depositado sus instrumentos de ratificación.

4. Para los demás Estados, el presente Convenio entrará en vigor en la fecha que resulte de la aplicación del párrafo 3 de este artículo, o treinta días después de la fecha de depósito de sus instrumentos de ratificación o adhesión, si esta última fecha fuese posterior a la primera.

5. Los Gobiernos depositarios informarán sin tardanza a todos los Estados signatarios y a todos los Estados que se hayan adherido a este Convenio de la fecha de cada firma, de la fecha de depósito de cada instrumento de ratificación o adhesión, de la fecha de su entrada en vigor y de cualquier otra modificación.

6. Tan pronto como el presente Convenio entre en vigor los Gobiernos depositarios lo registrarán de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas y de conformidad con el artículo 83 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 1944).

ARTÍCULO 14

1. Todo Estado Contratante podrá denunciar el presente Convenio mediante notificación por escrito dirigida a los Gobiernos depositarios.

2. La denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha en que los Gobiernos depositarios reciban la notificación.

LEY 6/1972, DE 26 DE FEBRERO, DE MODIFICACION DEL ARTICULO 85 DE LA LEY 209/1966, DE 24 DE DICIEMBRE, PENAL Y PROCESAL DE LA NAVEGACION AEREA (*)

(«B. O. del E.», núm. 51, de 29 de febrero de 1972, pág. 3567)

La Ley número doscientos nueve/mil novecientos sesenta y cuatro, de veinticuatro de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea, desarrolló las bases veintiuna, veintidós y veintitrés de la Ley de veintisiete de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, relativas a los aspectos penales y procesales de dicha navegación, encontrando asimismo su razón de ser en el artículo noveno, apartado c), del Código de Justicia Militar, que, al fijar la competencia de la Jurisdicción Militar Aérea, previo 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 ciento veintidós/mil novecientos sesenta y dos, de veinticuatro de diciembre, Penal y Procesal de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, y en el Decreto de diecisiete de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro, 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 doce 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 tres del artículo séptimo 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

(*) El texto del *Proyecto de Ley* sobre modificación del artículo 85 de la Ley 209/66, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea, tal y como aparece insertado en el núm. 1.174 del «Boletín Oficial de las Cortes Españolas», de 25 de diciembre de 1971, págs. 28581 y s., ha sido publicado en la *Sección Legislativa* del último fascículo del ANUARIO correspondiente a 1971. Asimismo, el *Dictamen* emitido por la Comisión de Defensa Nacional sobre el referido proyecto aparece transcrito en el «Boletín Oficial de las Cortes Españolas», número 1.188, de 23 de febrero de 1972, págs. 28938 y s.

podrá recomendar que se sigan los trámites que la propia Ley establece para tomar esta medida fuera del procedimiento penal.

En su virtud, y de conformidad con la Ley aprobada por las Cortes Españolas, vengo en sancionar:

Artículo primero.—El artículo ochenta y cinco de la Ley número doscientos nueve/mil novecientos sesenta y cuatro, de veinticuatro de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea, queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo ochenta y cinco.—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 incidencia 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 previstas y penados en esta Ley, en los procesos a que su aplicación dé lugar, se regirá por lo dispuesto en el título cuarto del libro primero y del título décimo del libro segundo 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 tres del artículo séptimo 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 tercero, título único del libro segundo de esta Ley, resuelva lo procedente.»

Artículo segundo.—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.

Dado en el Palacio de El Pardo, a veintiséis de febrero de mil novecientos setenta y dos.

FRANCISCO FRANCO

El Presidente de las Cortes,
ALEJANDRO RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL Y NEBREA

CONVENIO PARA LA REPRESION DE ACTOS ILICITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA AVIACION CIVIL (*)

(«B. O de las Cortes Españolas», núm. 1.193, de 17 de marzo de 1972,
páginas 29065 y ss.)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES ESPAÑOLAS

Por acuerdo del Consejo de Ministros ha sido remitido a esta Presidencia el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, el cual, conforme a lo establecido en los artículos 10, 12 y 14, apartado 1, de la Ley Constitutiva de las Cortes, es, en principio, de la competencia de las Comisiones.

En su consecuencia, se ordena su envío a la Comisión de Asuntos Exteriores 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 en relación con el artículo 99 del vigente Reglamento.

Los Procuradores, cualquiera que sea la Comisión a que pertenezcan, podrán de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 7.º, 67 y 99 del referido Reglamento, presentar las enmiendas o propuestas que estimen pertinente formular, en el plazo de veinte días, contados a partir de la fecha siguiente a esta publicación.

En la Secretaría de las Cortes podrá ser examinada por los señores Procuradores la documentación remitida por el Gobierno con el Convenio mencionado.

Palacio de las Cortes, 13 de marzo de 1972.—El Presidente, *Alejandro Rodríguez de Valcárcel y Nebreda*.

Los Estados Partes en el presente Convenio,

Considerando que los actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil ponen en peligro la seguridad de las personas y los bienes, afectan gravemente a la explotación de los servicios aéreos y socavan la confianza de los pueblos del mundo en la seguridad de la aviación civil;

Considerando que la realización de tales actos les preocupa gravemente; y

Considerando que, a fin de prevenir tales actos, es urgente prever las medidas adecuadas para sancionar a sus autores:

han convenido en lo siguiente:

ARTÍCULO 1.º

1. Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente:

a) Realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave:

(*) De la publicación en el «Boletín Oficial de las Cortes Españolas», número 1.177, de 14 de enero de 1972, del *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves*, hemos dado ya cuenta en las páginas anteriores de este mismo número.

b) Destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;

c) Coloque o haga colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;

d) Destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo;

e) Comunique, a sabiendas, informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo.

2. Igualmente comete un delito toda persona que:

a) Intente cometer cualquiera de los delitos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo;

b) Sea cómplice de la persona que los cometa o intente cometerlos.

ARTÍCULO 2.º

A los fines del presente Convenio:

a) Se considerará que una aeronave se encuentra en vuelo desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque hasta el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque; en caso de aterrizaje forzoso, se considerará que el vuelo continúa hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes de a bordo;

b) Se considerará que una aeronave se encuentra en servicio desde que el personal de tierra o la tripulación comienza las operaciones previas a un determinado vuelo hasta veinticuatro horas después de cualquier aterrizaje; el período en servicio se prolongará en cualquier caso por todo el tiempo que la aeronave se encuentre en vuelo conforme al párrafo a) del presente artículo.

ARTÍCULO 3.º

Los Estados contratantes se obligan a establecer penas severas para los delitos mencionados en el artículo 1.º

ARTÍCULO 4.º

1. El presente Convenio no se aplicará a las aeronaves utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía.

2. En los casos previstos en los incisos a), b), c) y e), del párrafo 1 del artículo 1.º, el presente Convenio solamente se aplicará, ya se trate de una aeronave en vuelo internacional, ya en vuelo interno, si:

a) El lugar, real o previsto, de despegue o de aterrizaje de la aeronave está situado fuera del Estado de matrícula; o

b) El delito se comete en el territorio de un Estado distinto del de matrícula de la aeronave.

3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 3 del presente artículo, en los casos previstos en los incisos a), b), c) y e) del párrafo 1 del artículo 1.º, el presente Convenio se aplicará asimismo si el delincuente o el presunto delincuente se hallado en el territorio de un Estado distinto del de matrícula de la aeronave.

4. Por lo que se refiere a los Estados mencionados en el artículo 9.º, no se aplicará el presente Convenio en los casos previstos en los incisos a), b), c) y e) del párrafo 1 del artículo 1.º, si los lugares mencionados en el inciso a) del párrafo 2 del presente artículo están situados en el territorio de uno solo de los Estados referidos en el artículo 9.º, a menos que el delito se haya cometido o el delincuente o el presunto delincuente sea hallado en el territorio de un Estado distinto de dicho Estado.

5. En los casos previstos en el inciso d) del párrafo 1 del artículo 1.º, el presente Convenio se aplicará solamente si las instalaciones y servicios de navegación aérea se utilizan para la navegación aérea internacional.

6. Las disposiciones de los párrafos 2, 3, 4 y 5 del presente artículo se aplicarán también en los casos previstos en el párrafo 2 del artículo 1.º

ARTÍCULO 5.º

1. Cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos en los casos siguientes:

- a) Si el delito se comete en el territorio de tal Estado;
- b) Si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado;
- c) Si la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo;
- d) Si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente.

2. Asimismo, cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en los incisos a) b) y c) del párrafo 1 del artículo 1.º, así como en el párrafo 2 del mismo artículo, en cuanto este último párrafo se refiere a los delitos previstos en dichos incisos, en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al artículo 8.º, a los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales.

ARTÍCULO 6.º

1. Todo Estado contratante, en cuyo territorio se encuentre el delincuente, si considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de acuerdo con las leyes de tal Estado, y se mantendrán solamente por el período que sea necesario, a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición.

2. Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

3. La persona detenida de acuerdo con el párrafo 1 del presente artículo tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo.

4. Cuando un Estado, en virtud del presente artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican, a los Estados mencionados en el párrafo 1 del artículo 5.º, al Estado del que sea nacional el detenido y, si lo considera conveniente, a todos los demás Estados interesados. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente artículo, comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción.

ARTÍCULO 7.º

El Estado contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente si no procede la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado.

ARTÍCULO 8.º

1. Los delitos se considerarán incluidos entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados contratantes. Los Estados contratantes se comprometen a incluir los delitos como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

2. Si un Estado contratante que subordine la extradición a la existencia de un tratado recibe de otro Estado contratante, con el que no tiene tratado, una solicitud de extradición, podrá discrecionalmente considerar el presente Convenio como la base jurídica necesaria para la extradición referente a los delitos. La extradición referente a los delitos. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

3. Los Estados contratantes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos como caso de extradición entre ellos, sujeto a las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

4. A los fines de la extradición entre Estados contratantes, se considerará que los delitos se han cometido, no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con los incisos b), c) y d) del párrafo 1 del artículo 5.º

ARTÍCULO 9.º

Los Estados contratantes que constituyan organizaciones de explotación en común del transporte aéreo u organismos internacionales de explotación que utilicen aeronaves que sean objeto de una matrícula común o internacional, desig-

narán, con respecto a cada aeronave, según las circunstancias del caso, el Estado de entre ellos que ejercerá la jurisdicción y tendrá las atribuciones del Estado de matrícula de acuerdo con el presente Convenio y lo comunicará a la Organización de Aviación Civil Internacional, que lo notificará a todos los Estados Partes en el presente Convenio.

ARTÍCULO 10

1. Los Estados contratantes procurarán tomar, de acuerdo con el Derecho Internacional y sus propias leyes, todas las medidas que sean factibles para impedir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1.º

2. Cuando, con motivo de haberse cometido un delito previsto en el artículo 1.º, se produzca retraso o interrupción del vuelo, cada Estado contratante en cuyo territorio se encuentre la aeronave, los pasajeros o la tripulación, facilitará a los pasajeros y a la tripulación la continuación del viaje lo antes posible y devolverá sin demora la aeronave y su carga a sus legítimos poseedores.

ARTÍCULO 11

1. Los Estados contratantes se prestarán la mayor ayuda posible por lo que respecta a todo proceso penal relativo a los delitos. En todos los casos, la ley aplicable para la ejecución de una petición de ayuda será la ley del Estado requerido.

2. Sin embargo, lo dispuesto en el párrafo precedente no afectará a las obligaciones derivadas del cualquier tratado bilateral o multilateral que regule, en todo o en parte, lo relativo a la ayuda mutua en materia penal.

ARTÍCULO 12

Todo Estado contratante que tenga razones para creer que se vaya a cometer un delito previsto en el artículo 1.º, suministrará, de acuerdo con su ley nacional, toda información pertinente de que disponga a los demás Estados que, en su opinión, sean los mencionados en el párrafo 1 del artículo 5.º

ARTÍCULO 13

Cada Estado contratante notificará lo antes posible al Consejo de la Organización Civil Internacional, de conformidad con su ley nacional, cualquier información pertinente que tenga en su poder referente a:

- a) Las circunstancias del delito;
- b) Las medidas tomadas en aplicación del párrafo 2 del artículo 10;
- c) Las medidas tomadas en relación con el delincuente o el presunto delincuente y, especialmente, el resultado de todo procedimiento de extradición u otro procedimiento judicial.

ARTÍCULO 14

1. Las controversias que surjan entre dos o más Estados contratantes con respecto a la interpretación o aplicación de este Convenio, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.

2. Todo Estado, en el momento de la firma o ratificación de este Convenio o de su adhesión al mismo, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo anterior. Los demás Estados contratantes no estarán obligados por el párrafo anterior ante ningún Estado que haya formulado dicha reserva.

3. Todo contratante que haya formulado la reserva prevista en el párrafo anterior podrá retirarla en cualquier momento notificándolo a los Gobiernos depositarios.

ARTÍCULO 15

1. El presente Convenio estará abierto a la firma de los Estados participantes en la Conferencia Internacional de Derecho Aéreo, celebrada en Montreal del 8 al 23 de septiembre de 1971 (llamada en adelante «La Conferencia de Montreal»). Después del 10 de octubre de 1971, el Convenio estará abierto a la firma de todos los Estados en Washington, Londres y Moscú. Todo estado que no firme el presente Convenio antes de su entrada en vigor de conformidad con el párrafo 3 de este artículo, podrá adherirse a él en cualquier momento.

2. El presente Convenio estará sujeto a ratificación por los Estados signatarios. Los instrumentos de ratificación y los instrumentos de adhesión se depositarán en los archivos de los Gobiernos de los Estados Unidos de América, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, a los que por el presente se designa como Gobiernos depositarios.

3. El presente Convenio entrará en vigor treinta días después de la fecha en que diez Estados signatarios de este Convenio, participantes en la Conferencia de Montreal, hayan depositado sus instrumentos de ratificación.

4. Para los demás Estados, el presente Convenio entrará en vigor en la fecha que resulte de la aplicación del párrafo 3 de este artículo, o treinta días después de la fecha de depósito de sus instrumentos de ratificación o adhesión, si esta última fecha fuese posterior a la primera.

5. Los Gobiernos depositarios informarán sin tardanza a todos los Estados signatarios y a todos los Estados que se hayan adherido a este Convenio de la fecha de cada firma, de la fecha de depósito de cada instrumento de ratificación o adhesión, de la fecha de su entrada en vigor y de cualquier otra notificación.

6. Tan pronto como el presente Convenio entre en vigor, los Gobiernos depositarios lo registrarán de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas y de conformidad con el artículo 83 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 1944).

ARTÍCULO 16

1. Todo Estado contratante podrá denunciar el presente Convenio mediante notificación por escrito dirigida a los Gobiernos depositarios.

2. La denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha en que los Gobiernos depositarios reciban la notificación.

DECRETO 1598/1972, DE 25 DE MAYO, SOBRE TRAMITACION DE EXPEDIENTES DE CANCELACION DE ANTECEDENTES PENALES

(«B. O. E.» núm. 152, de 26 de junio de 1972, págs. 11470 y s.)

Reformado por Ley cuarenta y cuatro/mil novecientos setenta y uno, de quince de noviembre, el artículo ciento dieciocho del Código Penal que establece la cancelación de antecedentes penales, se hace preciso dictar las disposiciones que, sustituyendo a las actuales vigentes, faciliten su aplicación por la Administración teniendo en cuenta las disposiciones del capítulo I, del título III de la Ley de Procedimiento Administrativo, y que el tema ha sido incluido en el programa de simplificación de trámites acordado por el Consejo de Ministros.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día doce de mayo de mil novecientos setenta y dos.

D I S P O N G O :

Artículo primero.—En los expedientes de cancelación de antecedentes penales que, de conformidad con el Código Penal, se tramitan en el Ministerio de Justicia, el cómputo de los plazos establecidos en el número tercero del artículo ciento dieciocho de dicho Código se llevará a efecto en la forma siguiente:

Uno. Si las penas se cumplieron efectivamente, desde el día siguiente a aquel en que hubieren quedado extinguidas todas las comprendidas en la condena.

Dos. Si el condenado obtuvo los beneficios de remisión condicional desde el día siguiente al del otorgamiento de dicho beneficio, pero la cancelación no podrá ser acordada hasta que se hubiere otorgado la remisión definitiva.

Tres. En los casos de indulto que lleve aparejada la total extinción de responsabilidad penal desde el día siguiente al que se hubiera efectivamente aplicado.

Cuarto. En los supuestos de extinción de responsabilidad comprendidos en los números cinco y siete del artículo ciento doce del Código Penal, a partir del día siguiente al del acuerdo firme del Tribunal conteniendo la correspondiente declaración. El acuerdo, a efectos de cancelación y si no contuviera especial pronunciamiento al efecto, se entenderá referido a la fecha del otorgamiento del perdón o al cumplimiento del plazo de prescripción si fuere procedente.

Cinco. En los casos de una o más condenas sucesivas y en los de rehabilitación revocada, los plazos correspondientes se computarán desde el día siguiente á la extinción de la última condena.

Seis. Para la pena de inhabilitación prevista en el artículo octavo de la derogada Ley de uno de marzo de mil novecientos cuarenta, a partir del transcurso del plazo máximo de duración establecido en el artículo treinta del Código Penal para esta clase de pena.

Artículo segundo.—En las penas de multa cuando se impusieren como principal única y en las de privación del permiso de conducir, la determinación de los plazos de rehabilitación se hará teniendo en cuenta la entidad de las penas apreciada en los términos establecidos en el artículo veintiocho del Código Penal.

Artículo tercero.—Las solicitudes de cancelación de antecedentes penales deberán ser formuladas por escrito en el que se haga constar el nombre, apellidos y sexo de interesado, número del Documento Nacional de Identidad, lugar y fecha de su nacimiento, el nombre de los padres y domicilio, así como la petición de que le sean cancelados sus antecedentes penales.

Artículo cuarto.—Iniciado el expediente, se unirá al mismo, de oficio, nota autorizada de los antecedentes del interesado que obren en el Registro Central de Penados y Rebeldes. Si de la misma resultasen que no ha transcurrido el correspondiente plazo de rehabilitación conforme el número tercero del artículo ciento dieciocho del Código Penal, se suspenderá el curso de la solicitud y se le comunicará al interesado con expresión del motivo por el que, de momento, no es posible dar curso a su petición.

Artículo quinto.—Formado el expediente, será remitido al Juzgado o Tribunal sentenciador para que, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo ciento dieciocho del Código Penal, informe sobre la petición deducida por el interesado. En el caso previsto en el número sexto del artículo primero de este Decreto, el informe será solicitado del Fiscal del Tribunal Supremo.

Las peticiones de informes harán referencia a los siguientes particulares:

Uno. Identificación del interesado, según los datos expresados en la solicitud.

Dos. De la sentencia.—El fallo en la parte que haga referencia al solicitante.

Tres. De la condena.—Fecha en que quedó extinguida ésta.

Cuatro.—De la remisión condicional si se hubiere otorgado.—Fecha del auto de concesión, plazo de duración y fecha en que se hubiere convertido en definitiva. Si se hubiere dejado sin efecto este beneficio, se expresará esta circunstancia.

Cinco. De la responsabilidad civil.—Datos relativos a ella y a su satisfacción total o parcial; en caso de aparecer incumplida deberá expresarse cual sea la capacidad económica actual del solicitante si constare.

Seis. Informe, previa audiencia del Ministerio Fiscal, sobre procedencia de la cancelación solicitada.

Artículo sexto.—La orden concediendo la cancelación será dirigida al Registro Central de Penados y Rebeldes para su cumplimiento y comunicada al interesado, al Tribunal sentenciador, al Juzgado que hubiere incoado la causa, y al Municipal, Comarcal o de Paz de la naturaleza del interesado, si éste lo solicitare.

Artículo séptimo.—El Registro Central de Penados y Rebeldes no podrá certificar de las notas canceladas, excepto cuando lo soliciten los Jueces y Tribunales en causa criminal; las notas canceladas subsistirán salvo cuando se hallen comprendidas en las causa de eliminación.

El Registro Central de Penados y Rebeldes, sin necesidad de declaración especial, dará cumplimiento a lo dispuesto en el último párrafo del artículo ciento dieciocho del Código Penal.

Disposición final.—Quedan derogados el Decreto de treinta de enero de mil novecientos cuarenta y ocho, sobre competencia y regulación de la cancelación de antecedentes penales, Orden de treinta y uno de enero de mil novecientos cincuenta y tres y Orden de uno de julio de mil novecientos cincuenta y tres.

Así lo dispongo por el presente Decreto, dado en Madrid a veinticinco de mayo de mil novecientos setenta y dos.

FRANCISCO FRANCO

El Ministro de Justicia,
ANTONIO MARÍA DE ORIOL Y URQUIJO

El «tipo de la revocación» de la condena condicional

Por

PEDRO LUIS YAÑEZ ROMAN

Profesor Adjunto de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid
y Vicesecretario del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

CONDENA CONDICIONAL: Revocación. (*Art. 14 de la Ley de 17 de marzo de 1908 sobre Condena Condicional.*)

El artículo 14 de la Ley de 17 de marzo de 1908 determina que si antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional el sometido a ella fuese de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá a ejecutar el fallo en suspenso, y si cumpliere el plazo de la suspensión sin ser condenado, pero después lo fuese por hecho punible cometido dentro de aquel plazo, se le obligará a que cumpla la pena que fue suspendida, salvo el caso de prescripción. Normas relativas a la pérdida de los beneficios de la condena condicional que no son aplicables a las condenas por hechos acaecidos con prioridad al otorgamiento de los repetidos beneficios, en cuyo caso no puede determinarse la revocación de los mismos, pues la solución contraria equivaldría a una inadmisibles interpretación extensiva de aquel texto legal, vulnerante también de uno de los esenciales principios inspiradores del instituto de la condena condicional cual es procurar la regeneración del culpable estableciendo medidas de doble sentido o tendencia, estimulantes de su buen comportamiento al posibilitar que la condena, en definitiva, no se ejecute, y advertidoras de lo contrario si se delinque de nuevo; mas en cualquier supuesto, operantes siempre tales resortes precisamente en consideración a la conducta del sujeto en este particular extremo durante el plazo de suspensión de la condena y no antes ni después. (*S. 17 noviembre 1969; COL. JUR., 1967, NÚMERO 2.005.*)

Comentario:

De la fundamentación fáctica y jurídica del caso se infiere que el reo fue condenado por vez primera el 12 de junio de 1965, fecha en que se acordó, asimismo, otorgarle los beneficios de la suspensión condicionada de la ejecución de la pena, fijándose, a este respecto, por el Tribunal sentenciador la duración del período de suspensión en dos años, de modo que el plazo de prueba, según reza uno de los resultados, finalizó el 24 de julio de 1967. Sin embargo, el condenado fue objeto de una nueva sentencia condenatoria recaída durante el plazo de suspensión (concretamente el 11 de febrero de 1966) a causa de un delito cometido con anterioridad a la fecha en que se dictó el auto de concesión de la condena condicional. Considerado lo expuesto, la Audiencia de Valladolid dictó el 23 de septiembre de 1967 un auto revocando la condena condicionada otorgada a L. P. C., en base a considerar que el reo había incurrido en una de las causas que llenan el *tipo de la revocación*; por cuanto, a ténor de lo dispuesto en el primer inciso del artículo 14 de la llamada Ley del Marqués de Figueroa, basta, a este respecto, haber sido sentenciado de nuevo durante el período de suspensión, con total independencia de la fecha de comisión del delito (es decir, haya sido cometido éste, bien con anterioridad al otorgamiento del beneficio, bien durante el plazo de prueba); extremo el relativo al momento de la acción que importa únicamente en lo que hace referencia a lo estatuido en el inciso segundo del artículo mencionado. Interpuesto recurso de casación al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la *LECrim.*, la Sala 2.ª del T. S. casa la sentencia del Tribunal "a quo", en base al considerando transcrito en el encabezamiento de este breve comentario.

I. El «tipo de la revocación» de la condena condicional.—El artículo 14, inciso primero, de la Ley de 17 de marzo de 1908.—Su problemática.

En primer término, debe constatar que se trata, en el caso contemplado, de un supuesto que cae dentro de las previsiones contenidas en el artículo 14 de la *Ley Figueroa* de 17 de marzo de 1908 (1),

(1) El *Proyecto de ley sobre condena condicional, aprobado definitivamente* por el Congreso de los Diputados data [según puede verse en *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 3.º al núm. 163, 9 marzo 1908, págs. 1 y 2] del 9 de marzo de 1908, aunque fue, unos días más tarde, modificado definitivamente por el *Dictamen de la Comisión mixta sobre el proyecto de ley relativo a Condena Condicional. Vide, Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Ap. 3.º al núm. 188, 11 marzo 1908, págs. 1 y 2; *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 3.º al núm. 166, 11 marzo 1908, págs. 1 y 2.

Finalmente, el Proyecto se convirtió en Ley el 17 de marzo de 1908 (*Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Ap. 1.º al núm. 174, 17 marzo 1908, págs. 1 y 2; *Gaceta de Madrid*, año CCXLVII, núm. 79, jueves, 19 marzo 1908, t. I, págs. 1157 y 1158).

preceptiva de carácter sustantivo o material que ha de considerarse todavía vigente en lo que respecta al *tipo de la revocación* de la condena condicionada, habida cuenta de que, aparte de no haber sido tácita o expresamente derogada, tampoco se opone al derecho positivo vigente ínsito en el Código penal, el cual hace gala de una lamentable laguna en lo que concierne a la materia de la revocación de la suspensión condicionada de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta. De ahí, pues, que ese “vacuum” haya de ser en todo caso colmado con las previsiones encerradas en el marco de nuestra primera ley sobre condena condicional.

Así pues, el artículo referido contempla, en síntesis, los siguientes supuestos de revocación, extensivos tanto a la condena condicional otorgada “*ex arbitrio iudicis*” (facultativa) como a la decretada “*ex necessitate legis*” (obligatoria):

a) Que el reo condenado *pendente conditione* haya sido sentenciado de nuevo durante el plazo de suspensión por otro delito, cuya fecha de comisión puede ser:

1. Anterior al momento del acto de concesión de la condena condicional.

2. O, también, caer dentro de los límites temporales que enmarcan el período de suspensión; es decir, durante el transcurso de dicho plazo o antes de que éste expire (art. 14, inciso primero).

b) Que el condenado condicionadamente, tras haber cumplido el plazo de suspensión sin ser sentenciado de nuevo, lo fuere, sin embargo, después por hecho punible cometido dentro de aquel plazo, con la salvedad impuesta, en este último supuesto, por la declaración, al efecto de fijar un límite de tiempo para proceder a la declaración procesal de la revocación del beneficio (art. 14, inciso segundo) (2).

Por consiguiente, en lo que respecta a la configuración del *tipo de la revocación*, el artículo 14 maneja tres criterios distintos, según se trate de uno u otro supuesto contemplado.

En éste sentido, mientras el inciso segundo pone el acento en el criterio del momento de la comisión del hecho —tiempo de la acción—, que debe tener lugar dentro del plazo de suspensión de la primera condena, el inciso primero del referido artículo desconoce por completo dicho criterio, para optar, como es lógico, por un criterio procesal, el del momento en que haya recaído la segunda sentencia condenatoria, la cual debe suceder dentro del período de suspensión de la ejecución de la pena impuesta, con total independencia de si el hecho delictivo que da lugar al primer elemento del *tipo de la revo-*

(2) La dicción literal del artículo 14 es como sigue: «Si, antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional, el sometido a ella fuese de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá a ejecutar el fallo en suspenso. Si cumpliere el plazo de la suspensión sin ser condenado, pero después lo fuese por hecho punible cometido dentro de aquel plazo, se le obligará a que cumpla la pena que fue suspendida, salvo el caso de prescripción».

cación ha sido ejecutado antes o después del acto de concesión de la condena condicional. Pero a los dos criterios mencionados ha de añadirse un tercero, implícito en el inciso primero y expresamente declarado en el inciso segundo del art. 14: el del momento de la declaración procesal de revocación del beneficio.

Para averiguar, pues, si estamos, en el caso debatido, ante un supuesto de los regulados en el primer inciso del referido artículo, es menester el examen de una serie de cuestiones previas que el caso comentado plantea y que serán estudiadas dentro del mecanismo de su relación fáctica:

a) En primer término, ¿en qué momento ha de cometerse el delito [criterio material] que se erige en causa presunta de la revocación: antes del otorgamiento del beneficio, durante el plazo de suspensión...?

b) En segundo, ¿cuándo debe recaer la sentencia condenatoria [criterio formal]: durante el plazo de prueba o, también, una vez transcurrido dicho período...?

c) Por último, ¿cuál es el momento adecuado para proceder a la declaración procesal de revocación de la condena condicional: únicamente durante el transcurso del período de suspensión o, asimismo, una vez finalizado ya dicho período...?

d) Esta problemática, concretamente el último extremo, viene, como veremos al final de esta breve exposición, inextricablemente ligada a la delimitación del término o expiración de la condena condicional.

A) Interpretación gramatical.

Así, pues, según se infiere de la relación fáctica ínsita en la sentencia, estamos ante un supuesto previsto en el primer inciso del art. 14, por cuanto se trata, en cualquier caso, de un delito sentenciado *antes de transcurrido el plazo de duración de la condena condicional*, según declaración expresa del mentado artículo. Dejando ahora a un lado el problema relativo al momento en que se haya producido efectivamente la declaración procesal de revocación de la condena condicionada (que será tratado más adelante), lo cierto es que el condenado, después de haber obtenido los beneficios de la condena de ejecución condicionada, fue objeto de una nueva sentencia condenatoria recaída cuando cumplía el período de suspensión de uno a dos años, aunque hubiera sido motivada por un delito cometido en fecha anterior al acto de otorgamiento del beneficio.

Por tanto, el momento en que ha de cometerse el delito —antes del otorgamiento del instituto o durante el transcurso del plazo de suspensión— que haya de dar lugar al tipo de la revocación es irrelevante, en contra de la opinión del T. S., a efectos de la aplicación del inciso primero del art. 14, para el cual basta, lógicamente, la fijación del criterio procesal del momento (que ha de ser *durante* el período

de suspensión) en que recaiga la sentencia condenatoria por otro delito, cuya locación cronológica es, a este respecto, totalmente indiferente.

La argumentación emanada, en este punto, de nuestro más alto Tribunal no puede, en consecuencia, contradecir más claramente el espíritu y la letra de la Ley de 17 de marzo de 1908, máxime si se toma en consideración que estamos en presencia de una legislación donde la revocación de la condena condicional se produce *automáticamente*, sin conceder, a este respecto, margen alguno al arbitrio judicial, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones (3).

Según declara, pues, uno de los considerandos de la sentencia comentada, las normas del artículo 14 "no son aplicables a las condenas por hechos acaecidos con prioridad al otorgamiento de los repetidos beneficios, en cuyo caso no puede determinarse la revocación de los mismos...", de forma tal que esos resortes operan "siempre... en consideración a la conducta del sujeto en este particular extremo durante el plazo de suspensión de la condena y no antes ni después". Después de declarar la inaplicabilidad al supuesto contemplado de la normativa ínsita en el art. 14, fundamenta su argumentación en el hecho de que la segunda sentencia condenatoria recaída contra el sujeto "está motivada por un hecho cometido no durante tal plazo de suspensión, sino con mucha anterioridad a su inicio, incluso anterior cronológicamente al hecho determinante del proceso en el que le fue concedida la condena condicional, y, en consecuencia, es patente que la ulterior condena sancionadora de un hecho acaecido con prioridad al otorgamiento de los repetidos beneficios no puede determinar la revocación de los mismos, equivaliendo la solución contraria a una inadmisibile extensiva interpretación de aquel texto legal".

(3) Frente al automatismo de la revocación, característico de algunos sistemas legalistas del continente europeo, la regulación inglesa en materia de «conditional discharge» y de «probation» concede un amplio margen de arbitrio a los jueces en materia de revocación. En este sentido, la infracción de una «probation order» (breach of probation) puede llevarse a cabo, bien por el incumplimiento de una de las condiciones inherentes al régimen de prueba, bien por la comisión de un nuevo delito durante el período de prueba («during the probation period»). En el primer supuesto, previsto por la sección 6.^a del *Criminal Justice Act, 1948*, el tribunal puede prolongar el régimen de prueba mediante un aumento de su duración o la imposición de nuevas condiciones; o también imponer una multa de 20 libras como máximo, o si se trata de un delincuente juvenil, emitir una orden de ingreso en un «attendance centre». Además puede revocar, según su arbitrio, la orden de probation y resucitar la pena que correspondería por el primer delito. Cuando el sometido a régimen de prueba ha cometido un nuevo delito, entran en juego las previsiones de la sección 8.^a del referido *Act*, de forma que puede ser impuesta la pena que corresponde al primer delito, después de revocar la probation order, o, asimismo, puede imponerse una segunda probation order. Vide, *Criminal Justice Act, 1948*, secciones 3, 6, 8 y esp. 8, subsección 7; *Criminal Justice Act, 1967*, sección 54. Pese a todo, en la mayoría de los supuestos de revocación de una probation order suele imponerse el régimen de tratamiento institucional. Véase, sobre el problema, McClean & Wood: *Criminal Justice and the Treatment of Offenders*, London, 1970, págs. 60 y ss.

Para apreciar que la interpretación contraria a la esgrimida por el T. S. no implica una extensión prohibida del texto legal basta con la simple lectura del inciso primero del art. 14, según el cual “si antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional el sometido a ella fuese de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá a ejecutar el fallo en suspenso”. El criterio básico es, a este efecto, no el del momento de la comisión del hecho, sino el meramente procesal [“fuese *de nuevo* sentenciado por otro delito”] del momento en que haya recaído la nueva sentencia condenatoria.

En tal sentido, el razonamiento argüido por el T. S. contradice, en suma, la interpretación literal o gramatical del precepto aludido, por cuanto aquél hace hincapié —interpretando abusivamente tal normativa— en el momento en que ha sido ejecutado el delito; pasando, además, por alto que el art. 14 habla, en su primer inciso, de que el reo “fuese *de nuevo* sentenciado” dentro del período de suspensión de la condena, no únicamente de que *haya infringido de nuevo* la ley [criterio material]. Y, por añadidura, agrega: *por otro delito*, sin especificar, a propósito, su locación cronológica respecto al hecho delictivo objeto de la suspensión condicionada de la pena impuesta. Por lo que, en base a tal dicción, puede muy bien tratarse no sólo de un delito cronológicamente posterior a aquel que se vio acogido por los beneficios de la condena condicional, sino también de un delito cronológicamente anterior a este último e, incluso, precedente, asimismo, al acto formal del otorgamiento de la suspensión condicionada de la sentencia.

B) Interpretación teleológica.

Afirmar, por tanto —como hace el T. S.—, que “la ulterior condena sancionadora de un hecho acaecido con prioridad al otorgamiento de los repetidos beneficios no puede determinar la revocación de los mismos” implica, a mi juicio, no sólo violar la letra de la ley, sino también verificar una interpretación extensiva de la misma que, aparte de venir desautorizada por la clara dicción del precepto debatido, conduce, desde el prisma de una interpretación teleológica, a una *reductio ad absurdum*, como podrá apreciarse de inmediato.

Y es que si una sentencia condenatoria recaída durante el período de prueba, aunque no verse sobre un delito llevado a cabo durante dicho período, sino más bien sobre un hecho delictivo anterior al acto de concesión de la condena condicional o, incluso, precedente al delito que hubiese motivado dicho otorgamiento, no fuese suficiente para configurar el *tipo de la revocación*, la situación jurídica y fáctica resultante de tal interpretación sería absurda: el reo sometido a condena condicional no vería revocado su beneficio, pero habría de cumplir la pena resultante de la segunda sentencia condenatoria (por ejemplo, una pena privativa de libertad), por lo cual tendría que ingresar en prisión, dándose, en consecuencia, la contradictoria situación de

un reo al que, *de iure*, se le mantiene con toda su fuerza jurídica su calidad de condenado condicionalmente —evitando así, al menos teóricamente, su ingreso en prisión—, mientras que, por el contrario, *de facto*, ha de permanecer en prisión cumpliendo la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta en virtud de la segunda sentencia; en definitiva, estaríamos en presencia de un condenado que, pese a estar cumpliendo una pena de prisión, seguiría, ello no obstante, disfrutando de los beneficios de la condena condicional... No cabe, en síntesis, formar en tal caso una pena única acumulada a fin de facilitar su cumplimiento simultáneo, tratándose, como ahora se trata, de dos sanciones de naturaleza y fines diversos, de forma tal que requieren consecuentemente medios de cumplimiento también distintos, al ser del todo imposible su cumplimiento simultáneo.

En este sentido, mientras la pena privativa de libertad ha de ser expiada o cumplida en un establecimiento penitenciario, bastando, a tal efecto, que el reo adopte una actitud meramente pasiva —deje pasar, en definitiva, el lento transcurrir del tiempo límite fijado—, la condena de ejecución condicionada, por el contrario, lleva consigo la inejecución, mediante la suspensión *pendente conditione*, de la pena privativa de libertad impuesta, con la finalidad declarada de evitar que el reo ingrese en prisión y no se vea sometido al contagio carcelario, aparte, claro está, de exigirse de parte del condenado una actitud positiva en orden a llevar a buen fin el cumplimiento de la sanción impuesta; actitud positiva que se concreta en dos aspectos: el de evitar nuevas infracciones de la ley penal y el de cumplir activamente las condiciones inherentes al régimen de prueba, allí donde éste exista legalmente. Y es que, en definitiva, dicha sanción posee una naturaleza a caballo entre la pena privativa de libertad y las medidas de corrección o de reforma, lo que determina que la diferencia apuntada se acreciente todavía más en orden a sus efectos en lo tocante al tratamiento en régimen ambulatorio (con lo que no disminuye el sentido de responsabilidad social del condenado) que recibe el prevenido, además de sus diversos efectos en lo concerniente a la rehabilitación, pues el cómputo de los plazos fijados taxativamente por la ley, a este respecto, corre de modo diverso según se trate de una pena de prisión o de una pena privativa de libertad suspendida condicionalmente. De ahí se infiere, pues, la evidencia de la imposibilidad de que ambas especies de penalidad formen una pena única acumulada.

Resulta, en suma, suficientemente claro, a mi juicio, que la preceptiva contenida en el primer inciso del art. 14 tiende básicamente a evitar se den situaciones contradictorias como la expuesta con anterioridad, las cuales se darían sin lugar a dudas, salvo, claro está, si existiese la posibilidad legal —que no existe en el marco de nuestro derecho positivo, dado que ya en los debates sostenidos en el Congreso de los Diputados uno de los miembros de la Comisión, Azopardo, declaraba tajantemente: “Los beneficios de la condena condicional no pueden aplicarse más que una vez; ese es un hecho reconocido por todas las legislaciones. Dos veces no se ha concedido nunca ese

beneficio...” (4)— de conceder una segunda condena condicional al mismo reo dentro de ese límite de tiempo.

Por consiguiente, al no tomarse en consideración por el texto legal debatido el criterio material o fáctico (fecha de comisión del delito), sino precisamente el criterio procesal del fallo judicial condenatorio, resulta totalmente irrelevante, a efectos de la revocación, que la sentencia condenatoria recaída dentro del período de suspensión verse sobre un hecho delictivo que, referido cronológicamente al delito objeto de condena condicional, sea anterior o posterior. Cae, asimismo, por su propia base la afirmación del T. S., en el sentido de que las causas que llenan el *tipo de la revocación* vienen referidas a la conducta del sujeto única y exclusivamente durante el plazo de suspensión de la condena y no antes de dicho plazo, salvo que se ignore el verdadero significado de la Ley y se desee incurrir en la contradicción ya señalada, haciendo perder, en suma, a la revocación su carácter de última ratio”.

C) Interpretación histórica: la «mens legislatoris» y la «voluntas legis».

Un estudio, por somero que sea, del proceso de conformación de nuestra primera ley sobre condena condicional pone de relieve de un modo suficientemente claro cuál fue, en materia de revocación del beneficio, la “*mens legislatoris*” y la finalidad perseguida por éste. Debiendo, de otro lado, resaltarse la notable perfección que en materia de técnica legislativa lograron nuestros cuerpos colegisladores de 1907 y 1908, los cuales, en lo tocante a las cuestiones relativas a la revocación de la condena de ejecución condicionada, se adelantaron en mucho a otros legisladores de su época, al menos en lo que respecta a las áreas jurídico-penales del continente europeo que optaron por el entonces llamado sistema franco-belga o del “*sursis*” (5).

(4) *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, núm. 157, 24 febrero 1908, pág. 4879.

(5) El sistema de “*sursis a l'exécution de la peine*”, consistente en la suspensión, condicionada de la ejecución de la pena, a diferencia del inglés de “*conditional discharge*”, que implica la suspensión del pronunciamiento formal de la condena (*upon conviction*), fue instaurado por vez primera en el continente europeo por la “*loi établissant la libération et la condamnation conditionnelles*” promulgada en Bélgica el 31 de mayo de 1888. Vide, *Pasino-mie*, 1888, loi núm. 218, pág. 223; para todo lo concerniente a los debates parlamentarios y publicación de la referida ley belga, véase: *Recueil des documents parlementaires et discussions relatifs á la loi du 31 mai 1888, publiée par le gouvernement belge*, 1888, 161 ss.

Sin embargo, el antecedente en que puso sus miras el legislador belga de 1888 (el Ministro de Justicia LEJEUNE) fue precisamente el primer proyecto de este tipo confeccionado en el continente: concretamente, una proposición de ley francesa “*sur l'aggravation progressive des peines en cas de recidive et sur leur atténuation en cas de premier délit*”, presentada al Senado por Béranger el 23 de mayo de 1884 y aceptada por dicha cámara el 4 de julio del mismo año. De tal proyecto saldría más tarde la “*loi du 26 mars 1891*” relativa al *sursis*. Vide, al respecto: *Bulletin de la société générale des prisons*,

en los cuales todo lo concerniente a la revocación venía, en un principio, regulado de forma que aquélla se producía casi automáticamente mediante el concurso de determinadas causas (6).

Pues bien, el legislador español que presentó el "*Proyecto de ley sobre condena condicional*" de 31 de octubre de 1907 (7) —concretamente el Ministro de Justicia del Gabinete conservador de don Antonio Maura, don Juan Armada Losada, Marqués de Figueroa— vino a adoptar, en materia de revocación, un criterio diverso al empleado por nuestro primer "*Proyecto de ley facultando a los Tribunales para suspender la ejecución de ciertas penas leves en beneficio de los que han delinquido por primera vez*", presentado al Congreso de los Diputados el día 8 de enero de 1900 por el entonces titular de la cartera de Gracia y Justicia del Gobierno "regeneracionista" de

París, año XIV, núm. 4, abril 1890, págs. 396-429, en lo que afecta a los diversos proyectos de ley; la ley francesa aparece inserta en el *Journal Officiel* del 27 de marzo de 1891. Cfr. YAÑEZ ROMÁN, Pedro-Luis: «*Probation System* y *Condena condicional. Un estudio histórico-jurídico y de Derecho comparado*, tesis doctoral sin publicar, Madrid, 1972, págs. 308 ss.

(6) A este respecto es preciso constatar, por ejemplo, el retraso que, con anterioridad a la reforma penal llevada a cabo en Alemania en 1969, mostraba la regulación insita en el parágrafo 25 del *StGB* en comparación con las previsiones del artículo 14 de nuestra vieja Ley de 1908, de forma que, en materia de revocación, fue la jurisprudencia la que se vio obligada a colmar las enormes lagunas existentes. Según el referido precepto, las únicas causas posibles de revocación de la condena condicional eran: el conocimiento posterior de circunstancias que hubiesen aconsejado en un principio la denegación de la suspensión condicionada de la pena; la comisión de un crimen o de un delito doloso durante el tiempo de prueba, y, finalmente, la contravención insoportable de las obligaciones impuestas durante el régimen de prueba. Cfr. Schwarz-Dreher: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 30 ed., München, 1968, § 25, páginas 69 y ss.

Sin embargo, a partir del 1 de abril de 1970, fecha en que entró en vigor la 1.ª Ley de reforma penal de junio de 1969, no puede decirse ya lo mismo, por cuanto se distingue ahora de modo preciso y muy técnico entre una revocación de la suspensión condicionada de la ejecución de la pena bajo régimen de prueba (*Widerruf der Strafaussetzung*, § 25) y una revocación de la remisión de la pena (*Widerruf des Straferlasses*, § 25 a). Así, en lo que hace referencia a este último tipo de revocación, se requiere, además de la comisión de un hecho típico doloso durante el período de prueba y de que el auto de remisión definitiva haya alcanzado ya firmeza jurídica, que la pena impuesta por aquel delito no sea inferior a los seis meses y, lo que debe resaltarse, que se respeten una serie de requisitos relativos al límite temporal para proceder a la revocación: En este sentido, la revocación podrá decretarse hasta transcurrido un año después del término del régimen de prueba o seis meses después de que el auto de remisión haya adquirido carácter definitivo. En cualquier caso, todo lo relativo al *tipo de la revocación* se deja, a partir de dicha reforma, a la discreción prudente del Tribunal. Véase: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 9.ª ed., Berlín, 1971, dirigido por P. Baldus y G. Willms, páginas 32 ss., 37 ss., capítulo relativo a las penas confeccionado por KOFFKA.

(7) El *Proyecto de ley sobre condena condicional* de don Juan Armada Losada, Marqués de Figueroa, firmado por el Rey el 25 de octubre de 1907, aparece transcrito en el *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Ap. 2.º al núm. 83, 31 octubre 1907, págs. 1, 2 y 3; y, asimismo, publicado en la *Gaceta de Madrid*, año CCXLVI, núm. 306, sábado, 2 noviembre 1907, t. IV, págs. 431 y 432.

don Francisco Silvela, don Luis María de la Torre y de la Hoz, Conde de Torreánaz (8), cuyo artículo nueve, de los diez que constaba, ponía el acento en el criterio formal o procesal, al disponer que “transcurridos diez años, a contar desde la notificación de la sentencia firme, sin que el reo hubiese incurrido en responsabilidad criminal por otro delito..., declarará el Tribunal sentenciador prescrita la pena...” A la luz de esta dicción, no cabe duda de que el criterio material había sido pospuesto y olvidado en aras del más seguro y garante criterio formal.

Sin embargo, según queda enunciado, el artículo 13 del Proyecto de 31 de octubre de 1907, quizás por un prurito de originalidad —habida cuenta de la enorme influencia y, especialmente, del innegable peso político que el Proyecto del Conde de Torreánaz hizo sentir sobre su sucesor en el Parlamento—, abandonó en este punto las directrices de la primera propuesta legislativa española, optando, en definitiva, por el criterio fáctico o material. En este sentido, el citado precepto afirmaba: “La suspensión de la condena durará seis años; pero si en el transcurso de ese tiempo, a contar de la fecha del auto de suspensión, delinquire el condenado, se procederá al cumplimiento de la sentencia, acumulándose la pena suspendida a la posteriormente impuesta por el orden establecido en el artículo 88 del Código Penal. Transcurridos los seis años sin haber el reo delinquido, el Tribunal declarará prescrita la pena...” (9). Que el proyecto prefiriese, en materia de revocación, el criterio material habría supuesto, sin duda, un grave defecto tanto de técnica legislativa como desde el punto de vista de la seguridad jurídica; pero, al hacerlo así, contradecía en forma notoria la preceptiva ínsita en su artículo 3.º, número 2.º, donde, a la hora de enunciar las circunstancias que determinaban la exclusión del beneficio de la condena condicional, enumeraba la de que “el reo haya cometido, al tiempo de dictarse la sentencia, otro delito por el que *resultase condenado de modo ejecutivo*”. Así, pues, mientras para acogerse al beneficio se tomaba en consideración, correctamente, el criterio formal, éste era dejado a un lado, por el contrario, cuando se trataba de revocar la condena condicional.

Nada tiene, pues, de extraño que, al redactarse por vez primera, el “*Dictamen de la Comisión del Senado acerca del proyecto de ley*”

(8) El Proyecto de ley presentado por el señor Ministro de Gracia y Justicia facultando a los tribunales para suspender la ejecución de ciertas penas leves en beneficio de los que hayan delinquido por primera vez fue llevado a las Cortes el 8 de enero de 1900 (Vide, *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 1.º al núm. 99, 8 enero 1900, págs. 1 y 2). Asimismo, aparece publicado en la *Gaceta de Madrid*, año CCXXXIX, núm. 10, miércoles, 10 enero 1900, t. I, págs. 109 y 110, acompañado de un proyecto de ley que fija reglas para el abono del tiempo de prisión preventiva en el cumplimiento de la condena. Vide, un estudio detallado del mismo y de los restantes proyectos españoles sobre la materia, en mi tesis doctoral ya citada, págs. 279 ss.

(9) *Gaceta de Madrid*, sábado, 2 noviembre 1907, pág. 432; *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Ap. 2.º al núm. 83, 31 octubre 1907, pág. 2.

sobre condena condicional” (10) —del que el senador don Francisco Lastres parece ser autor, según reconocimiento propio (11)—, se cambiasen los términos, adoptándose, en lo que concierne a los presupuestos de aplicación de la condena condicional, el criterio material, mientras que, por el contrario, en orden a las causas de revocación, el predominio del criterio procesal es absoluto, debiendo, por añadidura, destacarse que la redacción del inciso 1.º del artículo 13 del Dictamen aludido es sustancial y casi literalmente [a excepción de la palabra “inmediatamente”] la misma del artículo 14, inciso primero, de la Ley de 1908, al declarar: “Si antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional, el sometido a ella fuese de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá inmediatamente a ejecutar el fallo en suspenso.” Que el vocablo “inmediatamente” haya sido suprimido en la redacción definitiva de la Ley posee, según veremos, su importancia. De modo idéntico debe constatarse el hecho de que la versión del inciso primero del artículo 13 del *Dictamen* del Senado pasase a través del “*Dictamen de la Comisión del Congreso de los Diputados acerca del proyecto de ley del Senado sobre condena condicional*” sin modificación alguna, así como también que permaneciese incólume, sin ninguna enmienda en contra (12), en el texto del “*Proyecto de ley sobre condena condicional, aprobado definitivamente*” por el Congreso de los Diputados el día 9 de marzo de 1908 (13).

Fue precisamente la *Comisión mixta* encargada de conciliar las opiniones de ambas Cámaras acerca del proyecto [integrada por los senadores Javier Ugarte, Francisco Lastres, Félix Pío de Aramburu, Tomás Montejo, Federico Arrazola, Manuel Linares Rivas y Elías Tormo, y por los diputados Gumersindo de Azcárate, Domingo de las Bárcenas, José María Azopardo, Javier Millán y Manuel de Burgos

(10) La Comisión del Senado, compuesta por Ugarte, Lastres, Aramburu, Arrazola, Linares Rivas, Montejo y, nominalmente tan sólo, Elías Tormo, confeccionó dos Dictámenes: el primero de fecha 15 de noviembre de 1907, y el segundo de 22 de noviembre del mismo año. *Vide, Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Ap. 2.º al núm. 94, 15 noviembre 1907, págs. 1 y 2; *Ibidem*, Ap. 1.º al núm. 100, 22 noviembre 1907, págs. 1 y 2.

(11) *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, núm. 99, 21 noviembre 1907, págs. 1952 ss., esp. 1958.

(12) *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 32 al núm. 133, 27 febrero 1908, págs. 1 y 2. Sólo dos enmiendas fueron presentadas al artículo 14: una de ellas, la más importante, por cuanto sustancialmente viene a ser el actual inciso segundo del mencionado artículo, fue presentada por el diputado señor Muñoz Chaves, siendo aceptada (*Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 6.º al núm. 154, 20 febrero 1908; *Ibidem*, núm. 162, 29 febrero 1908, págs. 5020 y 5021); la otra, que no tuvo tanta fortuna, fue presentada por el diputado señor Pérez Crespo y pretendía que la redacción del párrafo 1.º del artículo 14 se hiciese de modo que la infracción de la obligación de satisfacer las responsabilidades pecuniarias, en caso de solvencia, fuera motivo suficiente para llenar el tipo de la revocación de la condena condicional. *Vide, Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 5.º al núm. 155, 21 febrero 1908; *Ibidem*, número 162, 29 febrero 1908, pág. 5020.

(13) *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 3.º al núm. 163, 9 marzo 1908, págs. 1 y 2.

y Mazo] la que, en su *Dictamen* sobre el proyecto de ley relativo a la condena condicional, introdujo esa novedad en el texto del inciso primero del artículo 14 del Proyecto, mediante la “sospechosa” supresión del adverbio “inmediatamente” (14). Ello no obstante, el criterio formal elegido por el Dictamen de la Comisión del Senado, en lo tocante a la revocación, permanecía invariable.

En síntesis, no habla el contenido legal del primer inciso del artículo 14 de la Ley Figueroa de que haya necesariamente de tratarse de un delito cometido dentro del plazo de prueba para que surta efecto la revocación de la condena condicional, aunque, claro está, éste es uno de los supuestos contemplados por dicha normativa. Mas, requiriendo la ley *expressis verbis* que, para dar origen a la revocación, es menester que el sometido a la condena condicional sea de nuevo sentenciado antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional en base a otro delito, no cabe, en mi opinión, argüir que la “*voluntas legis*” excluye, a este respecto, a todo hecho delictivo cometido con anterioridad al acto de concesión del instituto o incluso al delito determinante de dicho otorgamiento. Y ello, obviamente, en base a la elección del criterio procesal mencionado.

D) El principio «*nulla poena sine culpa*» y la función de garantía asignada al Derecho penal.

Por último, la preferencia por el criterio formal no sólo se deduce del alcance del propio texto legal, sino que también es obligada exigencia derivada del principio de legalidad y que, andando el tiempo, se ha convertido en uno de los principios cardinales que informan el Derecho penal moderno. Se trata, en suma, del principio “*nulla poena sine culpa*”, el cual debe revestir verdadero rango constitucional e informar no sólo al Derecho penal sustantivo o material, venga éste recogido o no en el Código Penal, sino que también debe hacerse extensivo a los principios que rigen en materia de ejecución de penas, si se desea dar todo su vigor real a la norma contenida en el artículo 80 de nuestro Código, según el cual, no puede ejecutarse pena alguna que no haya sido impuesta por sentencia firme (15).

En consecuencia, ha de exigirse, en lo que hace referencia al *tipo de la revocación* de la condena condicional, no sólo la comisión de un hecho que revista las características de un tipo de la Parte Especial, sino también un pronunciamiento judicial acerca de la cu pa-

(14) *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Ap. 3.º al núm. 188, 11 marzo 1908, pág. 2; *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 3.º al núm. 166, 11 marzo 1908, pág. 2.

(15) De ahí la importancia de la línea de política criminal desenvuelta por el AE 1966 en lo que concierne a la materia de ejecución de penas, por cuanto los principios rectores sobre la ejecución aparecen incorporados al texto del Proyecto de Código penal. Véase: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 2.ª edición corregida y aumentada, Tübingen, 1969, págs. 73 ss.

bilidad por ese hecho típico. De ahí se deriva que, si se pretende llevar a la práctica los precipitados inherentes al principio de legalidad y evitar, de esta suerte, las contradicciones anteriormente expuestas, las exigencias emanadas del principio “*no hay pena sin culpabilidad*” muestran claramente la necesidad de que, en el caso contemplado, se pronuncie un fallo condenatorio por parte de la autoridad judicial. Y ello, tanto al efecto de decidir acerca de la revocación de la suspensión condicionada de la sentencia condenatoria impuesta previamente, como también a la hora de constatar la calidad de delincuente primario, cuando de conceder la condena condicional se trata. Ciertamente podría, a este respecto, argüirse en favor de la elección del criterio material que mediante su empleo se evitaría gran parte de la difícil problemática ahora discutida, por cuanto, en el caso comentado, al haber delinquido el sujeto con anterioridad al hecho determinante de la concesión del beneficio de la condena condicionada, no se habría entonces concedido al mismo tal instituto, evitándose lógicamente los problemas subsiguientes a tal concesión. Sin embargo, en contra de tal argumento ha de aducirse que la prueba más inconcusa de su falta de apoyo es precisamente la de que, en nuestro caso, el primer delito no fue tomado en consideración a la hora de decidir acerca de la conveniencia de otorgar la condena de ejecución condicionada por el segundo hecho delictivo, porque, al no haber recaído sobre aquél sentencia condenatoria, el delito no existía como tal. Podrá, si se desea, concedérsele alguna relevancia desde el punto de vista criminológico, pero entonces dicha valoración habrá de ser realizada siempre *ex post*. Ello, aparte de que si se adoptase, en tal sentido, el criterio fáctico o material, quedarían ciertamente muy malparados los sentimientos de justicia, ya que muchos de los inculcados, al ser declarados con posterioridad inocentes, se verían, no obstante, privados en su día de la posibilidad de acogerse a los beneficios de la condena condicional.

Así pues, una interpretación contraria a la aquí sustentada daría como resultado —al poner el acento única y exclusivamente en el criterio fáctico o material— que la simple comisión de un hecho típico fuera, tratándose de un reo condenado condicionalmente, causa suficiente para llenar el *tipo de la revocación* de la condena condicional, aunque con posterioridad se declarara en juicio la inocencia del inculcado. Si, por añadidura, la mera comisión de un delito seguida de sentencia absoluta no da lugar a la creación de antecedentes penales, ¿cómo es posible entonces que dicha comisión sea causa bastante para hacer desaparecer el carácter de primario en un delincuente...? A no ser, claro está, que se hagan valer, a tal efecto, los antecedentes policiales, lo cual considero jurídico-penalmente inadmisibles en lo que respecta al problema planteado. En consecuencia, tampoco debe bastar la simple realización de un hecho típico para fundamentar el tipo de la revocación si aquélla no va seguida de un fallo judicial pronunciado en sentido condenatorio y que haya adquirido su carácter de firmeza. Punto este último que, según veremos

más adelante, supondrá un retraso lógico a la hora de pronunciar el auto de revocación de la condena condicional; extremo que constituye, a mi juicio, el punto neurálgico de toda la problemática planteada en el caso comentado.

En síntesis, sólo dentro de las coordenadas establecidas tiene sentido hablar, como aquí se hace, de un *tipo de la revocación*, el cual presupone, en realidad, que no pueda admitirse, sin más, el que la consecuencia directa e inmediata de la realización de uno de los supuestos previstos en el artículo 14 sea, automáticamente, la revocación de la condena condicional. El *tipo de la revocación* requiere algo más: no sólo la realización de un hecho típico dentro de las condiciones estatuidas por el referido precepto, sino también un fallo judicial en torno a los diversos elementos constitutivos del tipo legal que, con arreglo al artículo 14, se erige en causa directa del alzamiento del beneficio. Y, además, en ese fallo judicial habrán de valorarse *in specie* los distintos elementos del delito, aparte, claro está, de una serie de presupuestos inextricablemente vinculados a la situación de condenado condicional del reo. Presupuestos de naturaleza subjetiva (*conciencia del significado y alcance de la condena condicional*, de que la infracción de determinados deberes o la comisión de un hecho típico lleva consigo la revocación del beneficio como "*última ratio*", etc. ...) que disiparán, sin duda, cualquier huella de un automatismo deleznable, expuesto a toda suerte de errores y, en definitiva, irreconciliable con los sentimientos de justicia.

Sólo de esta forma podrá afirmarse que el Derecho penal cumple las funciones de garantía que lógicamente debe tener asignadas.

* * *

Finalmente, creo que con una argumentación tal quedan suficientemente aclaradas las cuestiones planteadas inicialmente en los epígrafes *a)* y *b)*, en lo que concierne, respectivamente, al momento en que debe ser cometido el hecho constitutivo del *tipo de la revocación* [criterio material] y, asimismo, en lo relativo al momento en que debe recaer la sentencia condenatoria que da plena configuración al susodicho *tipo de la revocación* [criterio formal]. Conforme a lo expuesto, el caso debatido cae por completo, a mi juicio, dentro de la preceptiva ínsita en el inciso primero del artículo 14 de la Ley de 17 de marzo de 1908, habida cuenta de que la aplicación de dicha normativa a este supuesto no puede ser más clara por darse, como ha podido apreciarse, los presupuestos de aplicación del mencionado: que haya recaído una segunda sentencia condenatoria firme [un problema de enorme interés, a este respecto, radica en la determinación del momento en que, al objeto de declarar procesalmente la revocación, la nueva sentencia condenatoria ha adquirido su firmeza; es decir, si es preceptivo e ineludible que la sentencia haya adquirido su firmeza dentro del plazo de prueba o, por el contrario, si a pesar de no haberse adquirido tal firmeza dentro de dicho período, sino una vez transcurrido éste, puede, ello no obstante, procederse a emitir el auto de revocación

de la condena condicionada. Piénsese que, a tal efecto, la solución respecto a los posibles supuestos fácticos que caen dentro del primer inciso del artículo 14 es unívoca, debiendo requerirse que la firmeza de la sentencia haya sido obtenida dentro del período de suspensión, pues así lo exige tal preceptiva, bien se trate de un hecho cometido antes del otorgamiento del beneficio —y ahora adquiere el precepto debatido todo su verdadero significado y alcance—, bien durante el plazo de suspensión de la condena; pero, tratándose de un hecho típico cometido durante el plazo de suspensión y todavía no juzgado definitivamente al finalizar dicho período, o asimismo descubierto una vez transcurrido el plazo de prueba, entrará en funciones el inciso segundo del referido artículo, el cual, al optar por el criterio material, no requiere que haya recaído sentencia condenatoria firme durante dicho lapso de tiempo] dentro o durante el período de suspensión, y se trate de un hecho típico anterior o posterior al acto formal del otorgamiento de la condena condicionada, o incluso cronológicamente anterior al hecho determinante de la concesión del susodicho beneficio. En mi opinión, tanto el sentido gramatical como la interpretación histórica, sistemática y teleológica del precepto discutido abogan en favor de una argumentación como la aquí esgrimida.

* * *

II. El momento del auto de revocación.

Zanjado, en definitiva, el problema relativo a la revocación de la condena condicionada a causa de la realización de un hecho típico llevado a cabo con anterioridad al acto de concesión de dicho beneficio o al inicio del cómputo del plazo de suspensión, debemos hacer de nuevo hincapié en que el punto crucial de la problemática que encierra el caso debatido radica, contrariamente a lo que afirma la sentencia comentada, no en que el hecho delictivo determinante de la revocación hubiese sido cometido *fuera* del período de suspensión de la condena de ejecución condicionada, sino, antes bien, en que el *auto de revocación* del instituto ha sido pronunciado por el Tribunal sentenciador cuando ya había transcurrido matemáticamente el plazo de prueba, en este supuesto concreto, de dos años. Precisamente este punto es uno de los fundamentos en que se basa el recurso, al afirmar que la Audiencia, al dictar el auto de revocación el 23 de septiembre de 1967, lo hace dos meses después de haber transcurrido y expirado el plazo que ella misma fijó (plazo que precluyó el 24 de julio del mismo año), razón por la cual dicha instancia infringe el principio general de Derecho, de que “a nadie le es permitido ir válidamente contra sus propios actos en juicio”. En síntesis, dejando a un lado éste último extremo, totalmente irrelevante y falto de sentido en lo que hace referencia al caso debatido, lo cierto es que se ha procedido, *fuera del plazo de suspensión*, a la declaración judicial de la revocación. Y es precisamente en esta materia donde las soluciones que se propugnen habrán de ser forzosamente aleatorias, con total indepen-

dencia, sin embargo, de que, según hemos visto, concurren en este supuesto concreto los presupuestos de aplicación del artículo 14, inciso primero.

Ello no obstante, el problema planteado nos reconduce necesariamente a un examen más detallado de las cuestiones enunciadas en los epígrafes *c)* y *d)* de esta breve exposición, relativas al momento en que debe pronunciarse judicialmente el auto de revocación de la condena condicional y al término de dicho beneficio. Si bien, habida cuenta de que la contestación que se dé al segundo problema habrá de prejuzgar en cualquier caso la solución a emitir respecto al primero, debemos tratar, en primer término, de la cuestión concerniente a la expiración de la condena condicional, para después aludir al espinoso problema del momento del auto de revocación.

Pues bien, sólo cuando la sentencia condenatoria sea firme y previo informe del fiscal podrá acordarse la suspensión de la condena, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley de 17 de marzo de 1908; concesión que deberá venir fundada en auto motivado, según declara la preceptiva del artículo 1.º del "R. D. de 23 de marzo de 1908 adoptando las disposiciones convenientes para el mejor cumplimiento de la Ley de 17 del corriente sobre suspensión de condenas" (16).

Iniciado, pues, desde el día siguiente a aquel en que haya sido hecha la notificación del auto concediendo el beneficio (17), el cómputo material del período de suspensión [que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 92, párrafo segundo, del Código Penal, podrá comprender de dos a cinco años, según el arbitrio del Tribunal atendidas las circunstancias relativas al hecho y a la duración de la pena], una vez transcurrido en su totalidad dicho plazo de prueba, se extingue la responsabilidad penal (art. 2.º del R. D. de 23 de marzo de 1908), habida cuenta de que ese transcurrir sin incidencias el período de suspensión equivale a un cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad impuesta. A partir de ese momento puede, por tanto, el reo condenado condicionalmente obtener, "no mediando causa en contrario" (art. 15 de la Ley de 17 de marzo de 1908), la remisión de la condena en suspenso.

Pero para la remisión definitiva de la pena suspendida *pendente conditione* se requiere, además, según declaración expresa del artícu-

(16) *Gaceta de Madrid*, año CCXLVII, núm. 84, martes, 24 marzo 1908, t. I, págs. 1237 s.

(17) Otro de los problemas a aclarar dentro del confuso panorama legislativo es precisamente el relativo al momento en que debe iniciarse el cómputo del período de suspensión de la condena, habida cuenta de que la Ley de 1908 nada dice a este respecto. Por consiguiente, habrá de estarse a lo dispuesto por la nueva versión (en virtud de la *Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código penal*) del párrafo segundo del número 3.º del artículo 118 del Código penal, con arreglo a la cual, al efecto de computar el transcurso de los plazos de cancelación de antecedentes penales, si el condenado obtuvo los beneficios de la condena condicional, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena impuesta el día siguiente al del otorgamiento de dicha remisión.

lo 2.º del R. D. de 23 de marzo de 1908, el pronunciamiento de un auto por el Tribunal sentenciador. Por consiguiente, sin la formalidad que implica este último acto procesal, no puede, a mi juicio, hablarse de que la condena condicional ha llegado a su término en base a aducir el simple transcurso matemático del plazo de suspensión. Y ello es lógico, habida cuenta de las indagaciones que el Tribunal habrá de verificar a fin de comprobar si durante el decurso de ese período de tiempo ha habido alguna causa —como, v. gr., la comisión de un delito que esté aún pendiente de proceso o sobre el cual haya recaído sentencia condenatoria que no haya adquirido todavía carácter de firmeza— que dé lugar a la revocación del beneficio concedido, debiendo, en consecuencia, procederse a la ejecución del fallo hasta entonces en suspenso; en cuyo caso, a efectos de configurar el *tipo de la revocación*, tampoco basta la mera constatación del criterio material (ejecución de un hecho típico) o del criterio procesal (sentencia condenatoria firme), sino que, por encima de todo ello, se requiere que la revocación de la condena de ejecución condicionada venga decretada por auto (art. 2.º del R. D. de 23 de marzo de 1908); y ello, tanto si la revocación se produce durante el plazo de suspensión como si tiene lugar al finalizar dicho plazo (18).

Por consiguiente, los autos que deben acordarse por el Tribunal sentenciador “al término de la suspensión de la condena” habrán de ser obligatoriamente distintos, según se trate de un supuesto de extinción de la responsabilidad penal —lo cual lleva aparejado la obtención de la remisión definitiva de la pena— o de un supuesto de revocación del beneficio, háyase cumplido o no con éxito el período de prueba del mismo.

De todo ello se deriva, en suma, que la obtención de la remisión definitiva de la pena [momento que, si se toma en consideración la peculiar naturaleza parcialmente procesal de esta institución, resulta ser diverso de aquel otro momento inicial consistente en el acto de la suspensión de la pena condicionadamente] plantea la necesidad legal obvia de una constatación judicial positiva, constituida por el auto de remisión o de extinción de la penalidad impuesta; mientras que, por el contrario, el fracaso demostrado en el cumplimiento de dicha sanción precisa de una constatación judicial negativa: el auto de revocación de la condena condicional.

Si se advierte la importancia y necesidad imperiosa de que se den realmente tales pronunciamientos (en sentido positivo y en sentido negativo), podrá apreciarse claramente que la omisión de cualquiera de esos dos requisitos procesales lleva consigo el que la situación de condena condicional permanezca estacionaria, indeleble; lo cual, no se nos oculta, implica una serie de riesgos evidentes para el reo, por cuanto podría darse entonces perfectamente una prolongación arbitraria o por desidia en el cumplimiento de la condena. Ello, claro está,

(18) Véase la *Exposición de Motivos* del R. D. de 23 de marzo de 1908, en *Gaceta de Madrid*, martes, 24 marzo 1908, t. I, pág. 1237.

siempre y cuando se considere a la condena condicional como una verdadera sanción penal y no como un indulto o perdón condicionado, tal y como lo hace la tónica jurisprudencial dominante en nuestro país.

De cualquier modo, lo que parece evidente es que el simple cumplimiento normal o anormal del período de suspensión, si no va seguido del auto de remisión definitiva o del auto de revocación, no pone fin a la situación de condenado condicional del reo.

Llegados a este punto, la problemática planteada con motivo del caso comentado cobra, si cabe, mayor relieve, por cuanto afecta no sólo a la cuestión debatida de hasta cuándo puede decretarse el auto de remisión o el auto de revocación, sino también, lo que es, quizá, más importante, al nacimiento de una nueva situación que puede surgir y que no viene prevista en la preceptiva legal: la comisión, una vez finalizado el plazo de suspensión, pero sin que todavía se haya dictado el auto de remisión definitiva o el de revocación, de un hecho delictivo. Supuesto este último que, pese a todo, no debe, a mi juicio, dar lugar al auto de revocación del beneficio, habida cuenta de que, a tal efecto, deben concurrir siempre los presupuestos de aplicación previstos en el artículo 14: un hecho típico cometido antes o durante el período de prueba, debiendo recaer dentro de este último sentencia firme condenatoria, y un delito cometido durante el período de suspensión, mas condenado definitivamente cuando ha transcurrido ya el plazo de prueba (art. 14, incisos primero y segundo).

Pero, volviendo de nuevo al problema central que ahora nos ocupa: *¿puede admitirse, con arreglo a los cauces legales, el pronunciamiento, siempre y cuando se den los presupuestos contemplados por el inciso primero del artículo 14, del auto de revocación cuando ha finalizado el período de suspensión...?*

Quizás podría complicarse aún más el problema, extendiéndose la interrogante a si es factible, en idéntico supuesto, dictar el auto de revocación de la condena condicionada, una vez transcurrido el período de suspensión y después de haber obtenido ya el auto de remisión definitiva de la pena en suspenso *pendente conditione*... Sin embargo, creo que la solución que se dé a la primera cuestión prejuzga la que haya de darse a la segunda; es decir, que si se admite la revocación del beneficio en el primer supuesto, no veo razón alguna para que no pueda admitirse también en el segundo la revocación del auto de remisión definitiva y, en suma, de la condena condicional; máxime cuando, si se contempla el caso previsto en el inciso segundo del artículo 14, podrá apreciarse de inmediato que la revocación de la condenada condicionada presupondrá en muchas ocasiones la revocación, en primer término, del auto de remisión ya pronunciado y, en segundo, la revocación de la condena en suspenso, salvo, claro está, el obstáculo que representa el límite temporal impuesto por la prescripción.

Ello no obstante, en lo que concierne al primer planteamiento,

cabe optar por una contestación negativa —como lo ha hecho, si bien en base a otras consideraciones, el T. S.—, fundada, en mi opinión, en razones de seguridad jurídica y de carácter material. Por el contrario, una respuesta afirmativa a tal proposición hunde sus raíces en consideraciones de política criminal y básicamente en la compleja realidad procesal que rodea a la institución, aparte de venir apoyada por la interpretación histórica y sistemática de la preceptiva aludida.

A) Solución negativa.

En apoyo de la opinión contraria a la admisión de una revocación de la condena condicional por hechos delictivos anteriores a su otorgamiento, aun cuando haya recaído sobre ellos durante el período de suspensión sentencia firme condenatoria, podrían argüirse razones de índole diversa.

En primer término, cabe argumentar que el admitir la revocación fuera del plazo de la suspensión constituiría un ataque contra la seguridad jurídica del condenado y, al fin y a la postre, invadiría a la institución un maléfico aire de inseguridad. Ya que, si el legislador ha impuesto un límite máximo de duración a dicho plazo de suspensión, lo ha hecho movido esencialmente por consideraciones de seguridad jurídica.

Así, para evitar convertir a la condena condicional en una sentencia suspendida *sine die pendente conditione*, el legislador ha recurrido al establecimiento de un límite máximo [en materia de condena de ejecución condicional, el límite mínimo responde, más que a exigencias de retribución, a necesidades de política criminal como, *ad exemplum*, disponer de un tiempo mínimo para reeducar al condenado y comprobar si responde a la confianza depositada en él] de tiempo a fin de imponer al condenado una pena fija, de modo que, transcurrida su duración, sepa aquél, a ciencia cierta, que ha cumplido la pena que le había sido impuesta y, consecuentemente, saldado sus deudas para con la sociedad, a la vez que, de forma idéntica, sus derechos individuales —entre ellos, el inviolable derecho a la libertad— no se vean menoscabados por una especie de penalidad similar en cierto modo a nuestra antigua cláusula de retención, aunque, en este caso, en régimen de libertad.

Reducido, de esta suerte, el período de prueba a unos límites estrictamente matemáticos —de modo que lo que se valora, al efecto de obtener la remisión definitiva de la pena en suspenso, es única y exclusivamente el cómputo material del mismo—, destaca en él, más que la finalidad político-criminal de reeducación del condenado a través de esa medida eminentemente individualizadora, su *función de garantía*, no sólo en orden al límite máximo de cumplimiento que habrá de expiar el reo, sino también en lo que respecta a la conducta que aquél ha de observar durante ese lapso de tiempo. Así, puede argumentarse, en suma, que un plazo ilimitado o, también, la posibilidad de prolongación del plazo legal de suspensión podrían inducir

a error al penado en lo que concierne a las consecuencias que, en su situación, tendría la comisión de nuevos delitos durante el período de prueba —que, lógicamente, traería consigo la revocación del beneficio—; lo cual equivaldría, en definitiva, a colocar al reo en una situación de total desconocimiento respecto a su estado real, al sentido de la pena que le ha sido impuesta y, finalmente, al límite de cumplimiento asignado a ésta.

Por otra parte, como argumento de carácter material podría fundamentarse una postura negativa en base a considerar, a mi juicio sin fundamento alguno, el aparente silencio que, a este respecto, guarda el inciso primero del referido artículo 14, considerado éste con absoluta y total independencia del inciso segundo.

B) Solución afirmativa.

En sentido contrario, en favor de una solución afirmativa a la proposición enunciada pueden aducirse no sólo razones de seguridad jurídica, sino también consideraciones de política criminal, al igual que de naturaleza procesal, y sobre todo la interpretación histórica y sistemática de la preceptiva vigente en materia de revocación.

Desde este punto de vista, el período de prueba significa algo más que un mero espacio de tiempo encerrado entre dos límites cuyo cómputo matemático es lo único relevante a este respecto. El período de suspensión debe implicar, por el contrario, un proceso de reeducación y de rehabilitación en sentido criminológico, cuya importancia estriba no en su transcurso considerado *in abstracto*, sino en la conducta efectivamente desplegada por el sometido a condena condicional durante ese lapso de tiempo. Y si, por razones obvias de seguridad jurídica, ha de optarse por el establecimiento de un límite máximo de duración, éste debe constituir para el juez no un obstáculo —como pretende la postura negativa—, sino más bien un punto de referencia, un archivo de datos para, expirado dicho período, pronunciarse acerca del comportamiento del condenado durante el mismo y, en definitiva, sobre el extremo de si procede o no otorgarle la remisión definitiva. Se parte, pues, de considerar que al reo se le ha concedido la condena condicionada en base a una *prognosis criminal* proyectada en el tiempo —que ha de ser limitado por motivos de seguridad jurídica—; en base, pues, a una expectativa de futuro que, aunque encerrada dentro de unos límites al objeto de fijar exhaustivamente la duración de la condena, debe vincular al juez en lo que hace referencia a la no consideración de actos del reo posteriores al término de dicho plazo, mas no en un sentido de obligarle a dictar el auto definitivo de remisión por simples razones materiales o procesales, cuando lo cierto es que el reo ha realizado durante el período de prueba una de las causas que llenan el tipo de la revocación.

No se trata, mediante la adopción de tal postura, de abogar por un período de prueba ilimitado, por cuanto, en mi opinión, el admitir la posibilidad de revocación de la condena condicional cuando ha

expirado ya el plazo de suspensión no implica el que el juez pueda permitirse dejar transcurrir todo el tiempo que desee o le obligue la ingente cantidad de asuntos que le abruman. Prueba de ello es que el inciso segundo del artículo 14 prevé expresamente tal posibilidad, que, repito, no ataca a la seguridad jurídica general, ni a la individual del reo, cuando, por supuesto, se arbitran medios procesales de recursos rápidos y seguros .

Además, un decisivo argumento en favor de la tesis sustentada en este punto lo ofrece la realidad procesal. En este sentido, requiriéndose para conformar el *tipo de la revocación* que la segunda sentencia condenatoria haya adquirido carácter de firme, es lógico suponer —para ello basta una simple ojeada al lento discurrir de los trámites procesales— que la declaración judicial del auto de revocación no podrá, en muchas ocasiones, tener lugar dentro del límite temporal marcado por la duración del período de prueba, sino que, a la espera de que se resuelvan los recursos interpuestos contra aquella segunda sentencia, dicho auto de revocación tendrá lugar dos, tres o cuatro meses después de haber expirado el tiempo efectivo del plazo de suspensión. ¿Puede entonces, en base a considerar la lentitud de la administración de justicia, admitirse que todos los supuestos de revocación que impliquen algún retraso con referencia al término del período de prueba —como es el caso aquí debatido— han de ser, por tanto, ignorados?... No cabe duda de que si se aceptase esta premisa, el instituto de la condena condicionada se vería defraudado tanto en sus fundamentos de aplicación como en los fines por él perseguidos.

Sin embargo, ello no implica, ni mucho menos, pasar por alto las deficiencias e injusticias que tales retrasos llevan consigo, sino, antes bien, subrayar que el defecto no está tanto en la ley como en la aplicación que de ella se hace por los Tribunales. Precisamente es, en este punto, donde se pone de relieve la enorme importancia que encierra el articular un perfecto mecanismo de recursos procesales —si se desea salvaguardar los derechos individuales y, a la vez, evitar errores de bulto— y el resolverlos con rapidez suma.

C) Interpretación histórica y sistemática del artículo 14.

No se nos oculta, por otro lado, que el mayor obstáculo que a una interpretación como la aquí sustentada puede oponerse es precisamente la aparente falta de conexión existente entre los dos párrafos del artículo 14 y, por consiguiente, el también aparente silencio legal respecto al límite de tiempo para proceder a decretar el auto de revocación.

Sin embargo, no existe, a este respecto, falta de relación entre los dos incisos referidos, como tampoco puede afirmarse que no existe límite temporal alguno para la revocación, aunque, ciertamente, hayan de formularse severas críticas al límite impuesto, a este efecto, por el artículo 14 en su inciso segundo.

Así pues, en apoyo de nuestra interpretación podemos retrotraer-nos a la *mens legislatoris* y a la, tal vez susceptible de confusionismo, *voluntas legis*.

En este sentido, la Ley de Condena Condicional de 1908 vino a subsanar un grave error insito en la preceptiva contenida en el Proyecto Torreánaz, concretamente en su artículo 9, el cual fijaba el criterio de la prescripción (diez años) como límite máximo para proceder a la revocación de la suspensión condicionada de las penas de arresto mayor o de presidio o prisión correccional en su grado mínimo. Mas, al coincidir el período de suspensión —establecido en diez años por su artículo 6— con el plazo de prescripción, quedaba prácticamente difuminada la posibilidad de estatuir un límite de tiempo, a efectos de la revocación, habida cuenta de que, con arreglo al texto del artículo 6, "... si en el transcurso de ese tiempo (diez años) el reo cometi-ere un delito por el que fuere ejecutoriamente condenado, quedará aquélla (suspensión) sin efecto, y se le obligará a cumplir la condena en suspenso y la que nuevamente se le impusiere, por el orden que establece el artículo 88 del Código penal". Por el contrario, el articulado de la Ley de 1908 se preocupó claramente de dejar un espacio de tiempo entre el límite máximo de suspensión (seis años) y el plazo de prescripción (diez años).

Sin embargo, el proceso para llegar a la redacción definitiva del artículo 14 de la *Ley Figueroa* no fue, ni mucho menos, pacífico, por cuanto el artículo 13 del Proyecto de 1907 no era, ni más ni menos, que una fiel imitación del contenido del artículo 6 del Proyecto Torreánaz. Tampoco el *Dictamen* de la Comisión del Senado estableció esa salvedad entre la duración del período de suspensión y el plazo de prescripción, en materia de revocación, puesto que su artículo 13 se limitaba a arbitrar como causas de revocación la recaída de sentencia condenatoria durante el plazo de suspensión por otro delito y, además, el procesamiento durante dicho término, sin que dentro del mismo recayese sentencia firme, debiendo, en tal caso, *ampliarse el referido período por todo el tiempo que tarde en recaer aquélla*; supuesto este último, que venía a dar cabida a los casos contemplados en el párrafo primero de dicho artículo, que, al exigir únicamente el criterio formal de la recaída de sentencia condenatoria dentro del plazo de suspensión, hacía posible que se tratara de un delito anterior o simultáneo al período de prueba. La gran novedad del *Dictamen* estriba, pues, en arbitrar esa posibilidad de *ampliación del plazo de suspensión*, pero nada dice acerca de la prescripción como límite máximo de tiempo para dictar el auto de revocación.

Y, ciertamente, durante los debates parlamentarios que fueron sostenidos en el Congreso de los Diputados sigue la misma redacción del Dictamen del Senado, con la salvedad del añadido de un nuevo párrafo (el tercero) al que más tarde sería artículo 14 del Proyecto aprobado por el Senado (19), a propuesta de una enmienda del Diputado

(19) *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 3.º al núm. 163, 9 marzo 1908, pág. 2.

Muñoz Chaves, aceptada por la Comisión, en el sentido de hacer una referencia especial a los hechos típicos cometidos durante la suspensión, sin que por ellos fuere el reo procesado ni condenado dentro de dicho plazo, sino después (20).

Será, al fin, la *Comisión Mixta* la que suprima del artículo 14 de su *Dictamen* el párrafo relativo a la ampliación del período de suspensión introducido por la Comisión del Senado, incorporando, además, dos novedades esenciales:

En primer término, la supresión dentro del párrafo primero del artículo 14 del adverbio "inmediatamente", con lo cual no sólo se daba cabida dentro de las causas de la revocación a todo hecho cometido antes o durante el plazo de suspensión, siempre y cuando recayese dentro de dicho plazo sentencia condenatoria sobre el mismo, sino que, además, se preveía, mediante la supresión de tal partícula gramatical, la posibilidad de que la revocación no pudiese pronunciarse dentro de dicho plazo y sufriese, en definitiva, algún retraso previsible.

Por último, la introducción en el párrafo segundo del mismo precepto del límite temporal impuesto al pronunciamiento del auto de revocación por el transcurso del plazo de prescripción de la pena suspendida (21).

Si, por consiguiente, se realiza una interpretación sistemática de los dos incisos del mencionado precepto, sería, a mi juicio, infundado admitir que el tope temporal impuesto por la prescripción para los supuestos en que se haya cometido el delito dentro del plazo de suspensión no debe, sin embargo, regir para los supuestos, por ejemplo, en que recaiga sentencia condenatoria durante el período de prueba por un delito llevado a cabo con anterioridad o durante el referido plazo. Si se admitiese esta interpretación, ello significaría hacer de peor condición a los reos que caen dentro del primer inciso del artículo 14 y, por mi parte, no veo razón alguna para que sea así.

Por otra parte, podrían hacerse valer consideraciones de política criminal en el sentido de que una vez transcurrido el plazo de suspensión, el dictar auto de revocación no supondrá en ningún caso la interrupción de dicho período para dar cumplimiento a la pena acumulada, por cuanto el plazo de prueba ha expirado ya. Sin embargo, algo similar cabría decir respecto a los delitos cometidos durante dicho plazo y juzgados después y, a pesar de ello, no se duda en afirmar, con arreglo al párrafo segundo del artículo 14, la necesidad de decretar la revocación. Por otra parte, en contra de tal argumentación podría añadirse que, en tales supuestos, no se trata tanto de interrumpir el cómputo del plazo de suspensión como de obligar al reo a que ejecute

(20) «Si cumpliere el plazo de la suspensión sin ser condenado ni procesado, pero después fuese condenado por hecho punible cometido dentro de aquel plazo —dice el párrafo 3.º del artículo 14 del Proyecto aprobado por el Congreso (*Diario, Congreso*, Ap. 3.º al núm. 163, 9 marzo 1908, pág. 2)—, se le obligará a que cumpla la pena que fue suspendida.»

(21) Véase la actual redacción del párrafo 2.º del artículo 14 (nota 2).

el fallo en suspenso en unión de la nueva pena impuesta en virtud de sentencia firme.

Finalmente, ninguno de los dos incisos del artículo 14 exigen que el auto de revocación haya de pronunciarse dentro del referido período, de modo que, si se acepta, como debe necesariamente admitir, la revocación de la condena condicionada cuando, a consecuencia de un delito ejecutado en fecha anterior al otorgamiento del beneficio, pero sobre el que ha recaído condena durante el período de suspensión, el auto de revocación es decretado durante el transcurso del citado plazo, ¿por qué no aceptar entonces el pronunciamiento de la revocación, dándose idénticos presupuestos, mas con la única diferencia de que la revocación se ha retrasado y pronunciado una vez expirado el plazo?...

* * *

Pese a todo, y aunque la problemática aquí traída es fruto propio de los sistemas legales de plazos fijos en lo que respecta a las penas objeto de la suspensión condicionada, a la duración del período de prueba y, en suma, al límite temporal mínimo de la revocación, creo de urgente necesidad llevar a cabo una reforma a fondo de toda la legislación concerniente a la condena condicional; reforma que no sólo deberá plasmarse en un texto legal, sino que debe ir precedida de una toma de conciencia por parte de la judicatura del verdadero significado y alcance del instrumento que se pone en sus manos, a fin de evitar el caos que en la actualidad reina en materia de suspensión condicionada de la ejecución de la pena; debiendo, en lo concerniente al *tipo de la revocación*, establecerse una distinción clara entre los supuestos de revocación de la suspensión *pendente conditione* de la ejecución de la pena y la revocación de la remisión propiamente dicha, habida cuenta de que esta última entraña un acto material y procesal con configuración propia y diverso, en definitiva, del acto inicial de la suspensión (22).

La falta de claridad de nuestra Ley de 1908 en lo que concierne a la revocación del beneficio es una prueba más de la urgencia con que dicha reforma debe ser acometida, debiendo, por el momento, recomendarse que, en los casos similares al aquí comentado, sea la jurisprudencia la que, aplicando la preceptiva ínsita en la Ley Figueroa, señale un límite de tiempo para el pronunciamiento de la revocación no superior a seis meses; aunque no debe olvidarse que de poco valdrá señalar dicho límite si la administración de justicia no se convierte en un aparato más rápido de lo que es hoy en día. De ahí que, a pesar del tenor de la ley, haya de concluirse este breve comentario optando por la no revocación en los supuestos debatidos allí donde la justicia se muestra lenta y, por tanto, insegura.

(22) El problema es tratado con detalle en mi tesis doctoral, págs. 9 ss., 457 ss.

REVISTA DE LIBROS

BUROZ ARISMENDI, R.: ¿Debe considerarse delito la posesión o venta de marihuana y LSD?, E. el Cojo, Caracas. 1971, 65 págs.

Se divide la obra en cinco partes. La primera dedicada a los efectos fisiológicos de los narcóticos. Uno de los más peligrosos sin duda es la heroína, utilizada por personas que no pocas veces terminan en el delito. Generalmente se usa mezclada con lactosa, llevando el 98 por 100 de ésta y sólo el 2 por 100 de heroína pura. Se describen los psicofármacos, con sus efectos, así como unas consideraciones en torno a la adicción y hábito que producen las drogas.

La parte segunda se ocupa del estudio de la «marihuana». Es la droga que, por su bajo costo, se encuentra más difundida en América Latina. Los efectos que produce pueden ser físicos y psicológicos, dando origen a la hostilidad de los jóvenes. Los soldados norteamericanos en Vietnam la usan en un porcentaje bastante elevado. Entre los efectos que produce, cabe destacar: Estado de embriaguez, percepciones ópticas falsas, depresión, ataxia, parentesias, midriasis, opresión cefálica, hipertensión, taquicardia y laringofaringitis.

La parte siguiente trata de la LSD (Acido Dietilamido Lisérgico). La dosis corriente tomada por prescripción facultativa es de un miligramo. Produce, entre otros, los siguientes efectos: Deformación total del tiempo y del espacio, suele dar lugar a un completo desorden en el sistema nervioso general, parece que puede producir alteraciones cromosómicas, da origen a muchos suicidios y los efectos pueden durar largas temporadas.

La parte cuarta se refiere a la supresión de los narcóticos, tratando especialmente del Derecho comparado y de la regulación al respecto en los Códigos iberoamericanos. La primera ley americana que se ocupó de la regulación del tráfico de narcóticos fue el Tratado Internacional sobre el Control del Comercio del Opio, en 1912, siendo Estados Unidos país signatario; posteriormente cabe destacar la Ley Harrison, en 1914. En todos los Códigos se castiga el tráfico ilegal.

La última parte se ocupa de la droga en el medio venezolano. No se castiga el consumo de estupefacientes, pues considera, como la mayoría de las legislaciones, que el consumidor es un enfermo y debe ser sometido a un tratamiento. El Código penal venezolano, tras la reforma de 1964, en su artículo 367 castiga con pena de prisión de cuatro a ocho años a los que comercien, elaboren, detenten, siembren, cultiven o realicen ilícitamente cualquier acto de adquisición, suministro o tráfico de estupefacientes. Por supuesto que estas sanciones abarcan a la marihuana y la LSD.

Se insertan unas estadísticas, de los últimos años, sobre las detenciones por tráfico y tenencia de drogas en Venezuela. El problema se da entre las edades de 15 y 30 años, siendo el grupo de mayor incidencia el comprendido entre los 18 y 20.

Hoy se tiende en la mayoría de las legislaciones a agravar las penas para estas conductas. Se piensa que de esa forma se terminará con el problema. Desde el terreno criminológico no parece igualmente cierto, ya que: Normalmente el delincuente cuando actúa suele estar convencido de que no será descubierto; por otra parte, el consumo de estupefacientes se da —como la criminalidad en general— a edades juveniles o en adultos relativamente jóvenes. Se busca el placer por cualquier procedimiento, otras veces se intentan resolver problemas de personalidad o de crisis. Combatir esto no es fácil, por muy severas que sean las leyes. En esa línea de dureza se encuentra nuestra legislación; las penas pueden llegar a ser las mismas que para el homicidio, tipificándose conductas como la de la simple tenencia que nos parecen demasiado lejos. De todas formas, lo primero que habría que hacer es clasificar las drogas y sustancias estupefacientes, pues se consideran como tales algunas cuyos efectos prácticamente no son nocivos.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ.

CECCALDI, La Criminología, Ed. oikos-tau, Barcelona, 1971; 125 págs.

La obra está dividida en seis capítulos. El primero de ellos se dedica al método y métodos. Considera el autor que cada vez es más frecuente reemplazar las pruebas testimoniales por las materiales, en consideración a que estas son más precisas y exactas. En cuanto al método a seguir en toda investigación científica se establecen unos criterios y etapas que deben de ser observados, a fin de obtener buenos resultados. En cuanto a los métodos de la investigación científica, tras establecerse una serie de consideraciones generales en relación a la exégesis y la comparación, se recogen en tres grupos los métodos ópticos, biológicos y químicos. En cada uno de ellos se exponen los diversos sistemas a tener en cuenta en toda investigación.

El capítulo segundo se ocupa de la filiación e identificación. Se pretende buscar características propias en las personas que sean suficientes para determinar su identidad y distinguirlas de las demás; se basa en la antropometría y la dactiloscopia. En cuanto a las características antropométricas estima el autor que no ofrecen muchas garantías, como consecuencia de los cambios que físicamente sufren las personas. Sin embargo, considera que el retrato hablado tiene gran interés, realizado a través de conocer una serie de rasgos determinados del rostro. Se hace alusión a la «foto robot» y posibilidad de realizarla. En el campo de la dactiloscopia se estudia el sistema decadactilar y el monodactilar. Con una sola huella completa, que viene a tener un centenar de caracteres, es suficiente para identificar a una persona, sin posibilidad de confusión.

El capítulo tercero está dedicado a las manchas y huellas. Estas pueden ser determinadas, son generalmente de origen físico, pero prácticamente sin depósito de materia, e indeterminadas, que son indicios concretos consistentes en manchas o residuos de naturaleza química. A continuación se estudian las manchas y residuos biológicos: sangre, esperma, saliva, excrementos, pus, manchas de obstetricia, carnes, huesos y pelos; manchas y residuos no

biológicos: tierra, barro y polvo, pinturas, esmaltes, barnices y lacas; rastros instrumentales, de vestidos, y rastros individuales. Se hace una breve exposición de cada una de ellas, indicándose dónde pueden aparecer, cuál es el método a seguir para su descubrimiento, así como el valor que pueden tener.

El capítulo siguiente se ocupa de las armas que han podido ser utilizadas para la comisión de un delito. En principio se realiza un breve resumen de las clases de armas, cortas y largas; seguidamente se señalan los tipos de municiones en relación con el calibre, proyectil y casquillo, para seguir con los procedimientos para identificación de las armas. Termina el capítulo con una alusión a la importancia de la trayectoria de los proyectiles, en especial con el orificio de entrada y salida, que permite determinar la dirección del disparo y a veces la distancia en que tuvo origen el mismo.

El capítulo quinto trata de los incendios y explosiones provocadas y de las dificultades que presentan en el momento de la investigación, pues normalmente no quedan más que restos del objeto destruido. En cuanto a los explosivos se hace una breve exposición de los distintos tipos de artefactos y forma de manipularlos, así como los efectos que producen. En relación a los incendios se hace mención a los ocasionados por fenómenos naturales y a los intencionados. Termina con los vestigios, tanto de los incendios como en las explosiones, que serán los medios de que se dispone en el momento de iniciar el peritaje correspondiente.

Se dedica la última parte a las falsificaciones. En relación con los documentos falsos se distingue: Las sustracciones, con sus procedimientos de lavado, borrado y raspado; las adiciones, subdivididas en enmiendas, añadidos y transportes. Los documentos mecanografiados se pueden conocer a través de los defectos de los caracteres de la máquina o de la propia escritura. También se trata de falsificaciones por medio de la fotografía, normalmente con documentos fotocopiados, alterando el texto de los mismos. Se trata la falsificación de moneda; sistemas empleados para la moneda metálica y el papel moneda, así como los procedimientos para descubrir esas falsificaciones. Termina la obra con la falsificación de las obras de arte, en especial de cuadros.

Aunque el título de la obra es *Criminología*, se ocupa solamente de una parte, *Criminalística*, y en definitiva de la policía científica. Qué duda cabe que esta disciplina es fundamental para la lucha contra el delito, pero no es suficiente. La obra es de utilidad para todos aquellos que se ocupan de la lucha contra la criminalidad, a pesar de la brevedad con que se tratan los temas.

Frente a la fórmula tradicional de: «El criminal nunca gana», y teniendo en cuenta los problemas que presenta la lucha contra el delito y la abultada cifra de delitos desconocidos, nos atreveríamos a decir que: «El criminal casi siempre gana» (1).

ALFONSO SERRANO GÓMEZ.

(1) Véanse nuestros trabajos: *La criminalidad oculta*, en «Revista de Policía Española», julio-agosto, 1969, y *Notas sobre Criminalística, Investigación criminal y tratamiento*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», número 194. año 1972.

CUELLO CALON, Eugenio: «Derecho Penal», revisado y puesto al día por César Camargo Hernández. Tomo I (Parte General) Decimosexta edición. Casa editorial Bosch, Barcelona. 1971. 893 págs.

Una nueva edición del libro del fundador de este Anuario, D. Eugenio Cuello Calón, que en vida fue Catedrático de Derecho penal, en la Universidad de Madrid, sigue apareciendo regularmente, debidamente revisada por el Profesor César Camargo Hernández, uno de sus discípulos predilectos, que tiene el indudable mérito de poner la obra al día, conservando el método, el estilo y la redacción de su maestro, añadiendo las modificaciones requeridas por los avances doctrinales y las novedades legislativas, aparecidas tanto en el Derecho penal patrio, como en el de otros países, sin olvidar la más reciente doctrina jurisprudencial contenida en las últimas Sentencias dictadas por la Sala II del Tribunal Supremo.

Aunque no tuvo tiempo de recoger la reforma del Código penal de la Ley de 15 de noviembre de 1971, como ésta afecta casi exclusivamente al libro segundo, podemos considerar que la edición está totalmente puesta al día.

D. M.

LAUBE, R. y WIEFELS, J.: Strafrecht, Allgemeiner Teil, unter Berücksichtigung der beiden Strafrechtsreformgesetze vom 25. VI. und 4. VII. 1969 (Derecho penal, Parte General, atendiendo a las dos leyes de reforma penal de 25 de junio y 4 de julio de 1969), nueva edición reelaborada, Schaeffers Grundriss des Rechts und der Wirtschaft, Kohlhammer, Stuttgart, 1970, 164 págs.

El año 1970 ha sido prolífico en la aparición de Tratados y Manuales de Derecho penal en la República Federal alemana. En tal sentido, junto al Tratado de Schmidhäuser y el Compendio de Wessels —además de la aparición en 1971 de una nueva edición reelaborada del Tratado de Reinhardt Maurach y a la espera de la segunda edición corregida y aumentada del *Lehrbuch* del profesor Jescheck, de Friburgo de Brisgovia— ha aparecido también un Compendio de Derecho penal confeccionado por dos miembros de la magistratura. Una obra fruto de una notable capacidad de síntesis, mas no por ello de menor interés, considerada, por supuesto, desde el punto de vista pedagógico.

Sistemáticamente, el libro en cuestión está estructurado en cinco partes fundamentales, que serán examinadas aquí por separado.

En la primera, dedicada a la Introducción, estudian Laube y Wiefels el concepto y justificación del Derecho penal. Mas, después de esbozar esquemáticamente la ya clásica bipartición conceptual entre Derecho penal objetivo (*jus poenale*) y Derecho penal subjetivo (*jus puniendi*) (1), parten, ello no obstante, de un concepto amplio de Derecho penal

(1) La progresiva utilización de la terminología latinizada ínsita en los vocablos *ius criminale*, *ius poenale* y *ius puniendi*, generalizada de forma definitiva

objetivo, dentro del cual comprenden tanto el Derecho penal *material* o Derecho penal en sentido estricto —cuya función estriba en determinar qué acciones son punibles y cuáles son las penas con que se conmina a tales acciones— y Derecho penal *formal*, en cuyo ámbito no sólo viene encerrado el Derecho procesal penal propiamente dicho, sino también el Derecho relativo a la ejecución de la pena (*Strafvollzugsrecht*); optando, de este modo, ambos autores por la moderna corriente de política criminal que no vacila en incluir en la esfera del Derecho penal todo lo relativo a los principios jurídicos acerca de la ejecución de la pena; siguiendo, en este sentido, la dirección plasmada ya en el Código penal suizo y, modernamente, seguida por los autores del Proyecto Alternativo de Código penal alemán de 1966, los cuales incluyen en su proyecto los principios fundamentales relativos a la ejecución de penas y de medidas; si bien, como ha puesto de relieve Peter Noll (en *Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform*, en *R. P. S.*, 86 (1970), páginas 34 y 35), tal procedimiento ha sido objeto de una incomprensión total; aunque, pese a todo, creo, personalmente, en la conveniencia de incorporar a los Códigos todas las garantías precisas, no sólo en orden a la imposición de la pena, sino también en lo tocante a su ejecución.

Tras dedicar un apartado al estudio de la Ciencia del Derecho penal —la cual aparece escindida en dos proyecciones conceptuales diversas,

por los penalistas germanos del siglo XIX como precipitado de la influencia que en ellos ejerció el Derecho penal común —[(en este sentido WÄCHTER (en *Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts*, I, Stuttgart, 1825, págs. XX y 75, § 42, nota 96), declara su preferencia por la denominación Derecho penal (*Strafrecht*), rechazando la de *Criminalrecht*, por considerar que ésta última deriva inmediatamente de la raíz latina *crimen*, término cuyo significado, idéntico al de *delictum*, abarca tanto a los delitos privados como a los públicos y extraordinarios. Ello no obstante, WÄCHTER emplea en un sentido lato el vocablo *ius poenale*. En una proyección mucho más concreta, MARTIN (en *Lehrbuch des Deutschen gemeinen Criminal-Rechts, mit besonderer Rücksicht auf das im Jahre 1813 publicirte Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern*, Heidelberg, 1829, pág. 23, § 11) habla de *ius puniendi* como un derecho del Estado. J. Fr. ABEGG emplea los términos *ius poenale, criminale*, como sinónimos de Derecho criminal, penal o *Strafrecht*, definiendo como tal «el contenido de los derechos y deberes del Estado en la aplicación de la legalidad en relación con los infractores de sus leyes penales» (Cfr. ABEGG, J. Fr.: *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, Neustadt a. d. Orl., 1836, pág. 3). Finalmente, es August Wilhelm HEFFTER (en *Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte*, 3.^a ed., Halle, 1846, págs. 5 y 8) quien elabora ya una definida delimitación entre un Derecho penal subjetivo, al que denomina *ius puniendi*, que no es «otro que el derecho ejercido por el Estado o bajo la autoridad de éste», y un Derecho penal objetivo, al que conceptúa como «el contenido de las normas vigentes sobre este derecho de pretensión». Aunque HEFFTER no emplea para éste último concepto el término *ius poenale*, no cabe duda de que engloba bajo dicha expresión lo que la actual Ciencia jurídico-penal designa como Derecho penal objetivo)]—, carece de todo asiento o apoyo real en las fuentes romanas, por cuanto era totalmente desconocida para los romanos una expresión técnica equivalente a la nuestra de Derecho penal, como acertadamente constata el que fuera Profesor ordinario de la Universidad de Tübingen (GEIB, Gustav: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, II. *System: Allgemeine Lehren*, Leipzig, 1862, pág. 1), y mucho menos existía para ellos una distinción como la establecida por la moderna Ciencia penal entre Derecho penal objetivo y Derecho penal subjetivo.

según la perspectiva con que se la aborde: Dogmática jurídico-penal (en cuanto teoría del Derecho penal vigente) y Política criminal (concebida como una teoría de la conformación ideal, con arreglo a lo que "debe ser", del Derecho penal), es estudiado con brevedad suma el tema de las escuelas penales, para, seguidamente, pasar a considerar la evolución histórico-doctrinal y legislativa habida en Alemania en nuestra disciplina, concluyendo este apartado con la mención de las novedades más importantes introducidas en virtud de la 1. *StrRG* de 25 de junio y la 2. *StrRG* de 4 de julio de 1969, si bien la entrada en vigor de la última está fijada para el 1.º de octubre de 1973, la cual representará, en suma, una Parte General del *StGB* completamente nueva. Así, pues, entre las novedades dignas de mención introducidas por las leyes mencionadas se cuentan: la unificación de las penas privativas de libertad; la limitación de las penas cortas de prisión, aunque tal limitación aparezca contrarrestada por la cláusula mágica de la *defensa del orden jurídico* (*Verteidigung der Rechtsordnung*, §§ 14 y 23 del *StGB*), la cual sustituye formalmente tan sólo a la fórmula anterior del *interés público* (*öffentliches Interesse*), cuyo alcance implica dejar la fijación de su contenido en manos del arbitrio judicial y, por tanto, dicha limitación a la casi total discreción de los tribunales; la ampliación, considerable, por cierto, de la esfera de aplicación de la suspensión condicional de la pena bajo régimen de prueba; la introducción de disposiciones concretas en torno a la medición de la pena, de todo punto necesarias, desde el momento en que ha sido incorporada al parágrafo 16 del *StGB* la discutida y "vieja" institución del *Absehen von Strafe*, la cual se limita, en realidad, a ser una copia cercenada del instituto judicial británico conocido con el nombre de *absolute discharge*; la introducción de una agravación de la penalidad para los supuestos de reincidencia, contrarrestada por la disminución de tal agravación en los casos de delincuentes habituales peligrosos; la introducción de la amonestación con reserva de pena (*Verwarnung unter Strafvorbehalt*), que viene, en suma, a equivaler a una condena condicionada de la pena de multa; la inserción de la medida de internamiento en un establecimiento de terapéutica social, la introducción del sistema del día multa en las penas pecuniarias y, por último, la supresión de las penas privativas de libertad inferiores a un mes en su duración.

En la segunda parte, equivalente a nuestra *introducción*, se estudian por Laube y Wiefels las fuentes del Derecho penal, dando cabida al examen de los principios que informan el Derecho penal vigente, a la interpretación y aplicación de la ley penal, así como al estudio del ámbito temporal y espacial de aquélla; lugar donde es sucintamente examinada la problemática del tiempo y lugar de la acción.

Estructuralmente, la parte tercera pone de relieve la reacción que en la dogmática jurídico-penal germana viene produciéndose en contra de la disgregación que el método analítico, llevado a extremos indefendibles, ha supuesto en la teoría jurídica del delito. En este sentido, Laube y Wiefels desdoblan sistemáticamente el *hecho* en *dos* elementos cardina-

les: lo injusto y la culpabilidad. El hecho delictivo (delito en sentido amplio o acción punible) es "lo injusto penal culpable". Lo injusto no es sino "la acción del autor amenazada con pena"; es decir, una acción humana, típica y antijurídica. Por tanto, lo injusto aparece como un aspecto (el objetivo) del delito, integrado por una acción, que sólo encierra relevancia para el Derecho penal en tanto en cuanto se muestra como una acción que infringe una ley penal, esto es, en cuanto realiza un tipo o es una conducta amenazada con una pena por la ley. *Sólo la acción típica es injusto punible*. La preferencia de los autores por el concepto finalista de la acción no aparece oculta. Así, expresan ambos que dicha teoría de la acción ha profundizado el concepto de acción. Tras exponer los principios estructurales básicos del concepto de acción según las ya clásicas y meritorias coordinadas definitorias welzelianas, afirman, además, que el reconocimiento hecho por la doctrina finalista de que toda acción dolosa no sólo es la producción causal de un resultado, sino también de una acción de la voluntad dirigida finalmente, no puede ser más correcto. Sin embargo, después de proclamar este acto de fe, Laube y Wiefels oponen que, "por razones de claridad, se trata, de acuerdo con la sistemática usual hasta ahora, en la teoría de la acción únicamente del suceder externo (causalidad de la acción), mientras que, por el contrario se trata del contenido de la voluntad (finalidad de la acción) en la teoría de la culpabilidad". La inconsecuencia sistemática y, a la postre, de fondo, de ambos autores no puede, según se aprecia, llegar más lejos.

El énfasis que ambos autores ponen en "lo injusto" como elemento objetivo del delito se destaca, de nuevo, cuando al estudiar los elementos objetivo y subjetivo del tipo la acción (en sentido estricto, es decir, *la acción típica*) aparece resaltada como elemento o característica objetiva del tipo. Una vez más, pues, la concepción tripartita clásica en la dogmática penal alemana se ve "defraudada", por cuanto acción, tipicidad y antijuridicidad aparecen como inextricables elementos integrantes del concepto de "lo injusto".

Ahora bien, dentro de lo injusto, al lado del tipo son examinadas la punibilidad, en cuanto amenaza penal, y las condiciones objetivas de punibilidad así como las de perseguibilidad. La amenaza penal se reduce a ser mera descripción o aclaración legal de que la realización de un tipo determinado está conminada con una pena concreta; mientras que las condiciones de punibilidad son "circunstancias que no pertenecen a los elementos del tipo, pero de cuya existencia en los casos señalados por la ley depende la punibilidad del hecho". Al no pertenecer al tipo, tampoco precisan ser abarcadas por la culpabilidad del autor. Por el contrario, las condiciones de perseguibilidad (presupuestos procesales) son "circunstancias que deben existir para que pueda ponerse en marcha un proceso criminal". Mientras la ausencia de una condición de punibilidad implica la inexistencia de la acción punible, debiendo proceder, en consecuencia, la absolución, el defecto de una condición de perseguibilidad, en cambio, no elimina la existencia de una acción punible, la cual sigue

existiendo, mas no puede procesalmente ser perseguida a causa de la ausencia de tal condición, que se erige, sí, en un obstáculo procesal.

Finalmente, como último elemento del concepto de lo injusto figura la antijuridicidad, cuyo alcance y significación implican el que una conducta constituye "lo injusto" (es antijurídica) cuando realiza el tipo concreto de un delito.

Siguiendo la sistemática establecida al principio, una acción punible exige o presupone que el autor cometa un *injusto culpable* (2). La culpabilidad aparece, pues, concebida como el aspecto subjetivo del delito o, mejor, del hecho. El principio *nulla poena sine culpa* reviste rango o naturaleza constitucional. Para ambos autores, los elementos de la culpabilidad son, en resumen: la capacidad de culpabilidad o imputabilidad; una de las dos formas de la culpabilidad (dolo o culpa) y, por último, la infracción del deber objetivo (elemento normativo de la culpabilidad).

Estudiados los problemas relativos al dolo y sus clases, a la culpa y al error, ocupan lugar preferente los concernientes a las formas de comisión del hecho delictivo, la participación y el concurso de delitos, siendo examinada la responsabilidad jurídico-penal de las personas jurídicas y de sus representantes dentro del apartado correspondiente a la autoría y a la participación en el delito. El principio sentado, a este respecto, no es otro que el de que las personas morales carecen de capacidad de actuar en el sentido jurídico-penal, por lo cual no pueden ser responsables criminalmente por la actuación de sus órganos de representación, aunque sí pueden serlo éstos últimos; es decir, los órganos que actúan en representación de una persona jurídica, los miembros de tales órganos o, en fin, el representante que actúa legalmente en nombre de otro; entonces sí puede aplicarse la ley, con arreglo a la cual determinadas características personales fundamentan la punibilidad, al representante, aún cuando tales características no yazcan o se den precisamente en él, sino

(2) La expresión «injusto culpable» que utilizan LAUBE y WIEFELS, a este respecto, carece sistemáticamente de otras consecuencias como no sean, en mi opinión, las de recordarnos mucho la teoría bipartita. No debe, pues, confundirse dicha afirmación con la concepción de lo injusto referido a la voluntad culpable de una persona, tesis sustentada por A. MERKEL, BINDING, KOHLRAUSCH, Graf Zu DOHNA y Hold Von FERNECK, H.: entre otras; y con arreglo a la cual sólo un actuar culpable puede ser antijurídico. No hay injustos inculpables. Una acción es antijurídica cuando lesiona o pone en peligro culpablemente intereses o bienes jurídicos u objeto de protección jurídico-penal, si al autor puede dirigírsele un reproche. La antijuridicidad objetiva sólo puede, pues, constatarse allí donde puede plantearse la cuestión de la culpabilidad. La imputabilidad es, consiguientemente, presupuesto tanto de la antijuridicidad como de la culpabilidad. Véanse, a este respecto: Von FERNECK, H.: *Die Rechtswidrigkeit*, I, 1903; II, 1905; I, 149, para el cual «lo injusto y la culpabilidad estarían completamente equiparados»; Zu DOHNA, G.: *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, 1905, 15 ss.; KOHLRAUSCH, E.: *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, 1903, 50 ss.; BINDIG, K.: *Die Normen und die ihre übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, I, 1916, 243 ss.; MERKEL, A.: *Zur Lehre von den Grundeinheiten des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, en «Kriminalistische Abhandlungen», 1867, I, 49 ss.

en sus representados; principio equivalente, en definitiva al de la *responsabilidad delegada* [*Vicariou Liability*] ya superado en el Derecho penal inglés. Sin embargo, queda sin tratar en el *Compendio* toda la ardua y difícil problemática inherente al problema de la responsabilidad penal generada por las actuaciones delictivas producidas con ocasión de actividades jurídicas realizadas en nombre de otro, sea éste una persona física o moral, aunque se esboza algo al estudiar la autoría mediata.

Por otro lado, al tratar de la pena, en la cuarta parte, siguen ambos autores la terminología que se ha hecho usual en la doctrina alemana, es decir, la de *consecuencias del hecho*, expresión que ciertamente nada dice acerca de su exacto contenido. Cabe, sin embargo, destacar en este apartado el hecho de limitar la enumeración de las penas criminales principales a las de privación de la libertad y de multa; de forma que, siguiendo la línea doctrinal marcada por algunos autores alemanes modernos (3), la suspensión condicionada de la ejecución de la pena bajo régimen de prueba aparece concebida como una medida incurra dentro de la rúbrica amplia de la medición judicial de la pena, siendo, en síntesis, calificada la naturaleza jurídica de dicho instituto como un *acto de medición de la pena*.

Después de enumerar las dos hipotéticas clases de suspensión de la pena *pendente conditione* (una, aparentemente obligatoria o preceptiva, cuando se trata de penas privativas de libertad no superiores a un año, por cuanto el § 23, I del *StGB* habla de que el “Tribunal debe suspender la pena...”, si bien —de ahí nuestro calificativo de sólo “aparentemente”—

(3) Dentro del fértil y ciertamente confuso abanico de soluciones que la doctrina penal alemana ofrece en torno a la naturaleza jurídica de la *Strafausetzung zur Bewährung* introducida por la *3. StrRÄndG.*, cuya entrada en vigor data del 1 de octubre de 1953, va encontrando un eco cada vez más creciente la opinión doctrinal que opta por caracterizar a dicho instituto como un «acto de medición de la pena» o, en suma, como «una medida perteneciente a la medición judicial de la pena en sentido amplio». En este sentido se pronuncian, entre otros: DALLINGER, W.: *Gerichtsverfassung und Strafverfahren*, en *JZ.*, 1953, 433, 435; FREY, E.: *Ausbau des Strafsystems?*, en *ZStW.*, 65 (1953), 3 ss., esp. 22; EGNER, Hans-Eb.: *Strafausetzung zur Bewährung und Guadenrecht* en *NJW.*, 1953, 1859, 1860, donde, después de expresar que la institución es «parte del Derecho penal material», afirma que «es parte de la medición de la pena». Recientemente, Hans Jürgen BRUNS —que, con anterioridad, en *Die Strafausetzung zur Bewährung Ein Rückblike auf Rechtsprechung und Lehre seit dem Inkrafttreten der §§ 23 ff. StGB (n.F.)*, *GA.*, 1956, 193 ss. esp. 202 y 203, había expuesto por vez primera tal opinión— se inclina por la vertiente de opinión según la cual, la suspensión condicionada de la ejecución de la pena guarda en su esencia una estrecha dependencia con los fines de la pena y un notable parentesco con la medición de la pena, si bien expresa su reserva en el sentido de que la medición de la pena es, en principio, cronológicamente anterior a la decisión acerca de la concesión o denegación de la condena condicional, problemática que ha de resolverse con posterioridad e independencia de aquélla, aunque dentro de la propia medición judicial de la penalidad. Ello no obstante, BRUNS sostiene que la naturaleza *in concreto* del instituto sigue siendo la de una modificación de la ejecución de la pena *Modifikation der Vollstreckung der Strafe*. Cfr. BRUNS, H. J.: *Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil*, Köln, Bonn, München, 1967, 30 y 31.

el precepto citado deja la concesión del instituto en manos del juez, al requerir que se dé o se verifique una "prognosis criminal y social de autor"; la otra, decididamente discrecional o facultativa, cuando se trata de penas superiores a un año y que no excedan de dos; no siendo permisible la suspensión de una parte de la pena, como *tampoco* la de la pena de multa; aunque, en otro orden de cosas, la prisión preventiva no excluye o impide la posibilidad de aplicar el citado beneficio), estudian nuestros autores los presupuestos básicos enunciados en la ley para su aplicación; los elementos que integran el régimen de prueba y los supuestos concretos de revocación de la condena condicional, que no aparece ya estructurada de un modo automático, sino discrecional, al otorgarse al tribunal la facultad de que, a pesar de incurrir el sujeto en una de las causas que llenan el tipo de la revocación, no revoque el beneficio, sino que, por el contrario, imponga al condenado condicionalmente alguna otra condición o recomendación. Por último, una vez estudiados los supuestos concretos de revocación del instituto, se examina la obtención de la remisión de la pena (*Erlaß der Strafe*, § 25 a, I) —segundo momento del instituto que pone de relieve cómo resulta del todo inadecuado trasladar el instituto germánico a nuestro idioma con la nomenclatura de remisión condicional de la pena, habida cuenta de que ésta se obtiene sólo cuando ha transcurrido el período de prueba sin haber incurrido en uno de los varios supuestos de revocación de la suspensión condicionada de la ejecución de la pena impuesta—, así como la posible revocación de la remisión de la pena ya lograda; revocación que deberá estar motivada por la comisión de un hecho doloso durante el período de prueba, pero cuyo pronunciamiento deberá tener lugar en un plazo de tiempo no superior al de un año después de transcurrido el denominado período de prueba (§ 25 a, II).

A continuación, es estudiada de forma muy somera la nueva regulación de la libertad condicional, instituto denominado, a partir de la reforma penal habida en 1969, *suspensión del resto de la pena* (*Aussetzung des Strafrestes*), adoptándose así la nomenclatura empleada para designar esta institución por el Proyecto de Código penal alemán de 1925, de G. Radbruch (4); con lo cual queda, por otro lado, correctamente excluida toda posibilidad de una suspensión condicional de una parte de la pena, lo cual no sería, en suma, otra cosa que una libertad condicional sin límite mínimo de cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta. Sistemáticamente incorrecta es, por otra parte, la inclusión dentro del apartado dedicado a la libertad condicional de la institución incorporada al parágrafo 59 de la nueva Parte General, que entrará en vigor el 1 de

(4) «El *Amliche Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1925* comprende bajo la denominación genérica de *bedingter Straferlaß* dos instituciones diversas: el *bedingte Erlaß der gesamten Strafe* (remisión condicional de la pena íntegra) y el *bedingte Straferlaß des Strafrestes* (remisión condicional del resto de la pena, conocida vulgarmente con el nombre de libertad provisional). Véase, GRUNHUT, Max: *Der bedingte Straferlaß*, en Paúl Félix ASCHROTT y Ed. KOHLRAUSCH: *Reform des Strafrechts*, Berlín y Leipzig, 1926, 142 ss., esp. 143 y siguientes.

octubre de 1973, y que viene designada con el nombre de amonestación con reserva de pena (*Verwarnung mit Strafvorbehalt*), la cual equivale, ciertamente, a una verdadera condena condicional, según el modelo inglés puro, de la pena de multa.

Finalmente, después de estudiar las causas personales de exclusión de la pena y las causas de exención de la misma, incluyendo entre las últimas el perdón, cuyos aspectos materiales y procesales aparecen examinados muy someramente, concluye este apartado con el estudio casi esbozado de las medidas de seguridad —dedicando, a este respecto, consideración especial a las medidas de internamiento en un hospital o asilo, en un establecimiento para toxicómanos o alcohólicos o en una institución de deshabitación, a las de internamiento de seguridad y de ingreso en un establecimiento de terapéutica social, medida ésta última engarzada en la nueva Parte General del Código penal—, destinándose la quinta y última parte, sistemáticamente independiente, al examen del llamado Derecho penal de los menores.

En síntesis, con las reservas de fondo y sistemáticas apuntadas, estamos ante un Compendio situado en la tradicional línea germánica, que hace gala de una notable capacidad de síntesis de parte de sus autores en la elaboración de los conceptos doctrinales que, en ocasiones, pecan por su evidente y nada esclarecedora simplicidad; aunque ello no priva ni un ápice de rigor científico al estudio en sí. Exento de bibliografía, el Compendio encierra, en mi opinión, un incalculable valor pedagógico y cumple a satisfacción, dentro de este marco, los no nimios fines de servir perfectamente a la iniciación en el estudio del Derecho penal. Sus defectos doctrinales, por otra parte, no son, ni mucho menos, achacables a un rasgo de originalidad, por cuanto vagan realmente por todo el ámbito de la dogmática jurídico-penal alemana contemporánea.

PEDRO-LUIS YÁÑEZ ROMÁN

LEIGH, L. H.: The Criminal Liability of Corporations in English Law
(La responsabilidad penal de las corporaciones en el Derecho inglés),
London School of Economics and Political Science, LSE Research Monographs 2, Lowe & Brydone (Printers) Ltd., London, 1969, 221 págs.

He aquí una obra de todo punto imprescindible para llegar a un conocimiento profundo y a una comprensión analítica del actual *status* por el que atraviesa la problemática material y procesal de la responsabilidad jurídico-penal de las personas jurídicas en el Derecho inglés, así como también en el Derecho norteamericano y canadiense; en suma, se aborda el problema centrándolo en las corporaciones o sociedades mercantiles tomadas éstas en un sentido lato (1), es decir, en “esa persona

(1) La gran distinción existente en esta materia en el Derecho inglés es la de *unincorporated associations* (agrupaciones carentes de personalidad moral) y *corporations* (las cuales poseen personalidad moral, *corpus mysticum*). Entre las primeras se encuentra el *partnership* (sociedad cuyo número de componentes no

legal —según expresa en el prólogo el mercantilista inglés K. W. WEDDERBURN— separada de sus miembros”, que ha creado, por otra parte, incontables dificultades a la administración de justicia. El libro en cuestión se basa en el trabajo de investigación realizado por el autor para la confección de su tesis doctoral, en cuya dirección han intervenido, además, dos destacados profesores británicos: el especialista en Derecho comercial ya aludido y J. E. HALL WILLIAMS, conocido estudioso de nuestra disciplina y profesor de la London School of Economics and Political Science, aunque dirigiendo preferentemente sus pasos hacia la investigación criminológica.

Pues bien, estructurado en diez capítulos —aparte de los dos apéndices finales en los que vienen literalmente transcritas las disposiciones del Anteproyecto núm. 4, del *Mode Penal Code* relativas a la responsabilidad criminal de las corporaciones (Section 2.07, *Liability of Corporations, Unincorporated Associations and persons Acting, or Under a Duty to Act, in Their Behalf* = *Responsabilidad de las corporaciones, de las asociaciones matriculadas en el registro de sociedades y de las personas que actúan en su propio nombre o a nombre de otro*), al igual que la preceptiva del *Combines Investigation Act RSC, 1952*, c. 314; además de los ya tradicionales cuadros de casos judiciales (un total de 445 casos jurisprudenciales ingleses, norteamericanos y canadienses ha sido consultado por el autor) y de estatutos—, el libro de LEIGH aborda de modo principal las cuestiones relativas a los obstáculos que han impedido, en un primer momento, el nacimiento de la responsabilidad penal corporativa; el desarrollo desplegado por el principio de la responsabilidad de las sociedades

puede exceder de veinte), el *limited partnership*, similar a la comandita simple la *unincorporated company*, de carácter más teórico, el *syndicate*, parecido a la sociedad en participación y que juega un relevante papel en materia de seguros, y la *mutual association* o sociedad mutua.

Entre las *corporations*, comúnmente denominadas sociedades por acciones o *companies*, algunas poseen su personalidad moral en virtud de una carta real (*incorporated by royal charter*), si bien de esta clase existe tan sólo una quincena, debiendo contarse entre ellas el Banco de Inglaterra y la B. B. C. Las *statutory companies* son corporaciones formadas, a petición de sus fundadores, por un estatuto emitido por el Parlamento. También las *public corporations* son creadas por una ley parlamentaria, ya que están destinadas a desempeñar servicios públicos a escala nacional. Por último, las *registered companies* se denominan así por cuanto se constituyen o fundan en virtud de su registro o matriculación conforme a las previsiones legales; son, por consiguiente, las más corrientes y numerosas.

Dentro de las *registered companies* cabe distinguir tres grupos: el tipo más usual es la *company limited by shares*, sociedad por acciones en la que la responsabilidad de los socios aparece limitada a la liberación eventual del montante nominal de su título, correspondiendo esta clase a nuestra sociedad anónima; la *company limited by guarantee*, caracterizada porque no se crea con aportaciones, sino que los socios se obligan, en caso de que la sociedad presente después de su disolución un pasivo excedente, a garantizar y cubrir las deudas hasta un cierto tope, tratándose, pues, de una forma típica apropiada para las sociedades filantrópicas, etc. El tercer tipo es la *unlimited company*, en la cual los socios responden a título personal de las deudas societarias. Cfr. TUNC, André: *Le Droit Anglais des Sociétés Anonymes*, París, 1971, pág. 19 y ss.

mercantiles en el ámbito criminal hasta el momento de su total consagración; el panorama actual de la responsabilidad penal de las corporaciones; la problemática de las relaciones existentes entre el principio de la responsabilidad delegada (*vicarious responsibility*) y el principio de la responsabilidad criminal societaria; la doctrina de la identificación de la representación corporativa; los pilares sobre los que se asienta la responsabilidad jurídico-penal de las sociedades; la política de policía social y de seguridad pública en orden a tal responsabilidad corporativa y, finalmente, las modernas tendencias legales en lo que hace referencia al principio estudiado.

Aunque en la actualidad la responsabilidad criminal de las sociedades mercantiles (*corporate criminal liability*) es un principio consagrado en el Derecho penal inglés, representa, ello no obstante, un brusco cambio de dirección en lo que respecta a las reglas originales de la *common law* acerca de la *mens rea*; hecho que determina, en definitiva, el que hasta entrado el año 1944 subsistieran dudas sobre si las corporaciones podían ser declaradas responsables por delitos que presuponían necesariamente la existencia de *mens rea*. Y es que, de acuerdo con el contenido ínsito en el principio consagrado por la *common law* según el cual, *actus non facit reum, nisi mens sit rea*, la declaración de culpabilidad derivada de un delito presuponía la necesaria constatación de la existencia de *mens rea* en el sujeto activo. De ahí se infiere, pues, la problemática que traía consigo el reconocimiento de un principio que equivalía a reconocer a un *ens rationis* como detentador de inteligencia y voluntad y, en resumen, susceptible de ser declarado culpable criminalmente no sólo en los supuestos delictivos que no requieren la existencia de *mens rea*—*vr. gr.*, *public nuisance* (daño o perjuicio público) y *public welfare offences* (delitos contra el bienestar social) (2)—, sino también en aquellos en que se precisa la concurrencia del elemento subjetivo del delito, lo cual equivaldría, en suma, a reconocer que las personas morales poseen capacidad natural para actuar en el sentido de las personas físicas. Estas consideraciones previas ponen, pues, de relieve la difícil problemática que encierra el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialmente en Inglaterra, país que paradójicamente ha sido una de las últimas naciones del área jurídica de la *common law* en incorporarse al movimiento—fruto típico, de otro lado, de un peculiar desarrollo jurídico de la *common law*, más que de las corrientes doctrinales—declaratorio de la responsabilidad criminal

(2) *Public nuisance* (perjuicio común) es un *misdeemeanour* con arreglo a las reglas de la *common law* consistente en ejecutar actos prohibidos por la ley o incumplir obligaciones impuestas también por la ley, los cuales causan obstrucciones, inconveniencias o daños a la comunidad en el ejercicio de sus derechos. El caso más típico es la obstrucción ilegal de una vía pública, distinguiéndose, a este respecto, entre las obstrucciones materiales, las llevadas a cabo mediante la celebración de un mitin (que no siempre constituyen *public nuisance*) y las realizadas por un desfile o procesión. Cfr. SMITH, J. C. & HOGAN, B.: *Criminal Law*, 2.^a ed., London, 1969, pág. 542 y ss., esp. 546; CROSS, R. & JONES, Ph. A.: *An Introduction to Criminal Law*, 6.^a ed., London, 1968, págs. 56 y 57.

de las corporaciones como principio de validez general. Esta relativamente reciente incorporación condiciona, además, el que, en comparación con U. S. A., Candaá, Australia e incluso Nigeria —como reconoce LEIGH—, Inglaterra presenta un estado del problema en vías de elaboración.

Parece, por otra parte, sorprender a LEIGH el hecho de que el establecimiento definitivo en el Derecho inglés del principio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no haya traído consigo, como hubiera sido deseable, el esclarecimiento completo o, al menos, parcial de los fundamentos básicos en que se apoya la punición de tales entes abstractos; si bien es verdad que nuestro autor no da plenamente en el blanco, al escudriñar los factores o causas determinantes de tal reconocimiento por ceñirse excesivamente, a mi juicio, al ámbito jurídico-inglés y dejar completamente olvidado el panorama doctrinal y legislativo continental. Y es que, en mi opinión, el hecho de que estemos precisamente ante un peculiar desarrollo de esa no menos singular área jurídica que es la *commo law* es ya de por sí todo un síntoma. En este sentido, y a pesar de la difusión que el genio historiador y jurídico de MAITLAND llevó a cabo acerca de las especulaciones filosófico-jurídicas producidas en el continente europeo en torno a la naturaleza exacta de la personalidad corporativa (3), la idea de que una persona jurídica debe ser tratada en lo posible como una persona natural es la única teoría sobre la personalidad de las corporaciones aceptada siempre por la *common law*, como acertadamente apunta el historiador inglés HOLDSWORTH (4), por cuanto, aunque se trataba de una idea excesivamente vaga, era, ello no obstante, lo suficientemente flexible como para permitir el nacimiento de previsiones legales preordenando todo lo concerniente a la vida, facultades y capacidad de las personas morales de acuerdo con las necesidades y las direcciones de policía social de la época; haciendo, en síntesis, posible una regulación y control de las mismas, así como la incriminación de sus actividades delictivas por medio de procedimientos adecuados al carácter artificial de su personalidad. Ello ha facilitado, concluye HOLDSWORTH, la punición de una corporación mediante su suspensión o disolución. De ahí, pues, que la opinión de LEIGH, al enumerar las causas determinantes del reconocimiento contemporáneo del principio, factores que muy bien podrían ser agrupados conjuntamente bajo la rúbrica de las necesidades de la vida político social y económica moderna, deje pasar por alto algunos puntos de importancia trascendental. Así, el autor alude a la necesidad jurídica de una regulación y control más estricto de la actividad de tales entes corporativos. Sin embargo, esta causa no representa algo fruto únicamente de la vida moderna o surgido *ex nihilo*, sino que es el resultado directo de una concepción política diametralmente opuesta a la individualista-liberal típica del siglo XIX, época

(3) Véase, MAITLAND, en *Introducción* a la traducción inglesa de la obra de GIERKE: *Political Theories Of The Middle Age*, 1902.

(4) HOLDSWORTH, Sir Williams: *A History of English Law*, vol. IX, 3.^a ed., 1944, reimpresión 1966, pág. 70, nota 3.

en la que "el individuo llega, en lugar de la comunidad, a ser el valor determinante del orden social; encontrándose el fin primario de la organización estatal—en contraposición a la época del medievo o del absolutismo— en garantizar al individuo la autodeterminación y la libertad, cuya expresión más elevada se sublimiza en el llamado derecho de asociación. Pero, en este punto, así como se reconoce que el Derecho penal ha de referirse exclusivamente a la persona natural en cuanto ser pensante, capaz de voluntad en suma, se opone en contra que la persona jurídica, al ser un ente dotado únicamente de un patrimonio, cae por completo fuera del ámbito del Derecho penal; la incapacidad de las personas jurídicas para cometer delitos se revela como una consecuencia lógica de su existencia meramente abstracta, ficticia, de su ausencia de vida física o natural, en resumen, de su incorporeidad (5), de su esencia como *persona ficta*, de acuerdo con los postulados de la teoría de la ficción que, patrocinada por SAVIGNY, adopta métodos de análisis puramente psicológicos en lo que hace referencia a la personalidad de la persona jurídica, habida cuenta de que, con arreglo a dicha teoría, el concepto de acción no se entiende como categoría jurídica, sino psicofísica, por lo que sujeto de la acción únicamente puede ser lo que posee individualidad psicofísica. De ahí, pues, que solamente los representantes de las personas morales puedan actuar en cuanto personas individuales, mas no la persona jurídica.

Es a fines de la pasada centuria cuando comienza a abrirse camino la tendencia política contraria —proyectada inmediatamente en la esfera jurídica— partidaria de un mayor control del fenómeno asociativo por parte del Estado y, en consecuencia, de la responsabilidad criminal de los entes corporativos o de las personas jurídicas. Corriente de pensamiento que encuentra eco en un proyecto de Código penal español—el Proyecto SILVELA de 1884 (6)— y que irrumpe con fuerza en los albores.

(5) Véase una amplia visión del problema en HAFTER, Ernst: *Die Delikt- und Straffähigkeit der Personenverbände*, Berlín, 1903, pág. 28 y ss.; BUSCH, Richard: *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, Leipzig, 1933, pág. 44 y ss.

(6) Sin lugar a dudas, el Proyecto de Código penal SILVELA, presentado a las Cortes el 29 de diciembre de 1884 por don Francisco Silvela, entonces titular de la Cartera de Gracia y Justicia (*Vide: Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 1.º al núm. 54 (1884), págs. 1-76), representa, si no el origen, sí al menos uno de los primeros pasos pre-legislativos dados en el continente europeo sobre el doctrinalmente arduo y espinoso camino de la incriminación o la punición de las sociedades, asociaciones, empresas, corporaciones, etcétera... Así lo reconoce también Ernst HAFTER en una de las primeras publicaciones rigurosamente científicas realizadas sobre la materia. En opinión del insigne profesor suizo, el Proyecto SILVELA debe calificarse, a este respecto, como la aparición más digna de constatar en el movimiento doctrinal que afirma la capacidad de acción, de voluntad, de delito y de pena de las personas jurídicas. *Der spanische Entwurf* —dice HAFTER— *bedeutet immerhin für die moderne Strafgeseztgebung die einzige prinzipielle Anerkennung und Durchführung des neu erwachten Gedankens*, es decir, el proyecto español significa, a este respecto, el único y fundamental reconocimiento y aplicación de la renacida idea (HAFTER, E.: *Die Delikt- und Straffähigkeit der Personenverbände*, Berlín, 1903, págs. 34, 35 y 36).

del siglo actual hasta ser paulatinamente aceptada en algunos sectores jurídicos en la época contemporánea, en que, ha de convenirse con LEIGH, teniendo a la vista el enorme potencial que encierran las corporaciones —hasta tal punto que, en algunos casos, podría perfectamente hablarse de una micro-organización estatal dentro del propio Estado—, aparece cada vez más destacada la absoluta necesidad de articular una regulación legal adecuada a los tiempos contemporáneos para todo tipo de organización. Acierta LEIGH, al aludir como causa probable de la incriminación en Inglaterra de las actividades delictivas llevadas a cabo por las

Carente por completo del influjo del concepto de corporación propio de la escuela germánica —lo cual debe considerarse como un gran acierto— y sin hacerse eco de otras reminiscencias históricas que su remisión al artículo 19 de la Constitución de 1869 (cuya preceptiva autorizaba la suspensión por vía gubernativa y «la disolución por los tribunales de las *asociaciones* cuyos individuos delincan por los medios que ellas les proporcionen»), el Proyecto SILVELA hunde sus raíces en la conciencia jurídica de que —tratándose de «asociaciones para delinquir con un fin criminal y punible o bien que hagan uso de los medios sociales para delinquir, no aisladamente, éste o el otro socio, sino arrastrando a la representación entera de la sociedad o empresa al delito, de tal suerte que para la conciencia pública, fácil siempre en dar verdadera forma personal a todo suceso, sea la sociedad, la empresa o la colectividad la que delinque...»— «*la justicia evidentemente no queda cumplida, el orden jurídico no se restablece con el solo castigo de los autores individuales...*»; hay algo en el nombre de la sociedad, con lo que se han estafado los ahorros del obrero, con lo que se han burlado las esperanzas del industrial, del modesto empleado, que exige le alcance en su vida, en su manera de funcionar, la acción de la ley...»; de forma que tal principio sería una palabra vana, «sí no significase el medio y el derecho en el Estado de inutilizar las armas de las asociaciones, de las fuerzas colectivas y anónimas que pueden combatirle, y a las que no cabe detener y reducir con sólo castigos individuales, a no llegar a vejaciones imposibles». A juicio de SILVELA, se hace, pues, obvia la necesidad de tomar «*alguna acción eficaz sobre los medios de agresión con carácter colectivo*». Cfr. *Diario de las Sesiones de las Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 1.º al número 54 (1884), pág. 13, lugar donde aparece transcrita la *Exposición de Motivos* del Proyecto.

Pues bien, tras la fundamentación que de dicha problemática muestra SILVELA en la base XIII de la Exposición de Motivos de su Proyecto, trata dentro del Capítulo II, del Libro Primero (Disposiciones generales sobre delitos y faltas, personas responsables y penas), del Título Preliminar, de las *personas responsables criminalmente*, incluyendo entre ellas a las entidades o personalidades jurídicas «que formen parte de una sociedad o empresa de cualquier clase, estatuyendo que «cuando los delitos cometidos por individuos que constituyan una entidad..., sean ejecutados por los medios que la misma les proporcione, en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social, los tribunales, sin perjuicio de las facultades gubernativas que correspondan a la Administración, decretarán en la sentencia *la suspensión de las funciones de la personalidad jurídica, sociedad, corporación o empresa, o su disolución o supresión*, según proceda» (art. 25). Acto seguido, prevé el Proyecto las penalidades que corresponden a tales entes abstractos por la comisión de actividades delictivas. En tal sentido, las especies de pena previstas son dos, siendo, por otro lado, su carácter el de penas accesorias, según dispone el número 2.º del artículo 40: La de *disolución o supresión* de las susodichas entidades, pena cuyo alcance es precisamente el de impedir su funcionamiento desde el día en que la sentencia haya adquirido firmeza; obligar a la liquidación en forma legal de la entidad e incapacitar a los individuos de la sociedad para que constituyan otra asociación de la misma clase (art. 67, párrafo 1.º). Y la de *suspensión de funciones* o actividades

personas jurídicas a la necesidad de dar una respuesta a las frecuentes violaciones de las normas legales dictadas en tiempo de guerra, habida cuenta de que un considerable número de casos judiciales sucedidos en épocas de tanta inestabilidad como lo ha sido la comprendida entre 1939 y 1945 constituían violaciones de las normas de defensa estatuidas por el Gobierno. Ello no obstante, añade nuestro autor a esas causas algo que, a mi juicio, no es propiamente un factor condicionante de tal reconocimiento, sino más bien la consecuencia directa del mismo; es de-

de la entidad por todo el tiempo que abarque dicha penalidad, incapacitando, además, a sus miembros para constituir otra asociación de la misma clase durante el mismo período de tiempo (art. 68, párrafo primero). Finalmente, el párrafo primero del artículo 69 fija el tiempo de duración de la pena de suspensión, la cual comprende, según el arbitrio del tribunal tomando en consideración el carácter de la empresa o asociación y la gravedad y circunstancias del delito, de dos meses a dos años.

La nota más característica, a mi juicio, del Proyecto en esta materia es el amplísimo concepto que esgrime acerca de las asociaciones, ficción jurídica que incluye no sólo a las entidades jurídicas como sociedades, empresas o corporaciones, sino también a todo fenómeno colectivo ínsito en la actividad asociativa. De ahí que los artículos 296 y 297 prevean la pena de suspensión de las funciones sociales para los supuestos en que «alguno de los delitos mencionados en los tres títulos anteriores (es decir, tratándose de delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado, contra la Constitución y el orden público) se cometiere utilizando los medios y representación de una entidad jurídica, sociedad o corporación...; o por los mismos medios se provocare a cometerlos», pudiendo, en caso de reincidencia, elevarse el límite máximo de las suspensiones (de seis meses) para las sociedades hasta dos años, así como también acordarse la disolución o supresión cuando las reincidencias fueren más de tres y «acreditaren, a juicio del tribunal, el deliberado y persistente propósito de seguir utilizando para delinquir los medios que la representación de la sociedad... porporcione». Que el término sociedad se emplea en un sentido omnicompreensivo de todo fenómeno asociativo (trátese propiamente de una persona jurídica o no) lo demuestra, no sólo la ordenación sistemática de este Título IV, que abarca en su seno a las denominadas «asociaciones ilícitas» (previstas en el art. 222 y ss.), sino también la referencia expresa que el artículo 297 de dicho título hace del trato privilegiado que habrá de darse a «los fundadores, directores, presidentes o individuos de asociaciones comprendidas en el artículo 222...», los cuales quedan exentos de pena, si, antes de haberse incoado el procedimiento penal, denuncian a la autoridad el objeto y organización de la «asociación» o revelan sus secretos, aunque no manifiesten el nombre de los asociados. Previendo, pues, los artículos 222-225, relativos a las asociaciones ilícitas, penas de naturaleza eminentemente personal, como la prisión, o de carácter material, como la de multa, de los artículos 296-297 se infiere la *mens legislatoris* de aplicar asimismo la pena de suspensión o de supresión, no sólo a las entidades con personalidad jurídica, sino también a las meras asociaciones fácticas; punición que se hace extensiva, además, tanto a las asociaciones o sociedades que proporcionen medios para delinquir como aquellas que se constituyan con un fin preponderantemente delictivo. La interpretación contraria conduciría al absurdo de ver incluidas en los artículos 296 y 297 únicamente las asociaciones ilícitas de naturaleza eminentemente política, excluyéndose «las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en este Código, o alguna falta de cualquier clase», recogidas en el número 2.º del artículo 222. Tanto desde el punto de vista sistemático, como desde el prisma de política criminal, las penas de suspensión y de disolución previstas en el Proyecto SILVELA alcanzan a toda clase de asociación, entidad o corporación, cualquiera que sea la naturaleza de la misma.

decir, que el desarrollo progresivo y la cristalización de la responsabilidad criminal de las corporaciones viene, en realidad, a constituir tan sólo una faceta más de un amplio proceso de desarrollo de mayor envergadura: la asimilación de estos órganos en el conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad; subrayando, por otro lado, otro aspecto de tan singular proceso: la instauración de dicho principio en el marco de los sistemas jurídicos derivados de la *common law* inglesa, frente a la tónica dominante en los países sujetos a la *civil law*, sistema característico del continente europeo, donde no suele, por regla general, ser reconocida la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles o empresariales, salvo casos realmente excepcionales (7), ya que tales sistemas vienen informados, en lo que respecta a esta materia, por el viejo axioma *quia communa non est capax voluntatis* y, por tanto, no se reconoce a tales órganos capacidad para delinquir, ni siquiera capacidad de pena, salvo en los supuestos de imposición de penas de naturaleza esencialmente pecuniaria.

Examina LEIGH, descuidando todo lo relativo al problema histórico-jurídico y renunciando a un examen comparativo de carácter general de las doctrinas imperantes pronunciadas en torno al mentado principio, los obstáculos con que se ha encontrado la pretendida aceptación del principio, dando, además, una visión de diversas etapas por las que ha discurrido el desarrollo del mismo en Inglaterra hasta llegar a su consagración definitiva. Así, entre los obstáculos de carácter doctrinal y práctico que enumera nuestro autor cabe destacar, en primer término, el derivado de la concepción de la persona jurídica como una *ficción*, como un ente abstracto; en realidad, como una *persona ficta* —doctrina de acuñación canonista medieval (8)—, la cual no puede, debido a su

(7) Al excluir LEIGH a Francia y Alemania del círculo de países que reconocen la responsabilidad jurídico penal de las personas jurídicas lo hace, a mi entender, aunque sin comentario ni aclaración alguna, con el alcance de que estos dos sistemas jurídico-penales no han establecido aún el principio de la responsabilidad general directa (personal, en la terminología anglosajona), de las corporaciones. Creo, sin embargo, preciso aclarar que en la legislación especial francesa existen disposiciones que admiten excepcionalmente el principio mencionado (Ordenanza de 5 de mayo de 1945 relativa a las empresas periódicas y Ordenanza número 45-484 de 30 de junio de 1945 relativa a la constatación de las infracciones económicas). Cfr. DECOCQ, André: *Droit Pénal Général*, París, 1971, pág. 254 y ss., esp. 258 y 259. Por otra parte, en lo que respecta al régimen jurídico-penal alemán acerca de las corporaciones, no está de más recordar que, con arreglo al § 50 a del *StGB* alemán federal, se hace responsable, dándose determinados presupuestos, no a la persona jurídica, sino a sus órganos o a los integrantes de tales órganos, por cuanto no se le reconoce a aquélla capacidad de acción.

(8) El primero que acuñó una expresión técnica para el fenómeno asociativo fue, según GIERKE (en *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. III: *Die Staats- und profanes Recht, Kanonisches Recht* (Soziologische Texte), t. II, dirigido por Deutschland, Berlín, 1881, pág. 277 y ss.), Sinibaldi Fieschi, que en 1243 llegó a ser el Papa Inocencio IV. De él procede, en suma, la expresión *persona ficta* y la teoría de la ficción. Un testimonio del omnipotente influjo que, en este aspecto, llegó a ejercer la Iglesia nos lo muestra la tesis del alemán Max WEBER [en *Rechtsoziologie aus dem Manuskripte herausgegeben und eingeleitet von Johannes Winckelmann*, § 5 *Formale und materiale Rationalisierung des Rechts. Theokratisch:*

naturaleza esencialmente impersonal, actuar físicamente, *in propria persona*, razón por la cual carece de capacidad para cometer delitos, de modo que estos hechos, al igual que cualquier otro acto de la asociación, han de ser forzosamente realizados por sus agentes, por las individualidades que la integran. Esta doctrina estuvo vigente en Inglaterra hasta mediado el siglo XIX —la exposición de LEIGH suele ser bastante confusa a la hora de deslindar cronológicamente el imperio de una u otra concepción doctrinal o dirección jurisprudencial—; si bien no se difuminó por completo hasta la centuria actual, en la que podemos encontrar alguna huella de su influencia en los *dicta* de los tribunales ingleses; así, *vr.*, *gr.*, en 1915, se expresa en un sentido similar el *dictum* de Lord WRENBURY: *The artificial legal person called the corporation has no physical existence. It exists only in contemplation of law. It has neither body, parts nor passions. It cannot wear weapons nor serve the wars. It can be neither loyal nor disloyal. It cannot compass treason. It can be neither friend nor enemy* (9).

También desde el punto de vista doctrinal, señala el autor el obstáculo constituido por la denominada doctrina *ultra vires*—doctrina, cuyos postulados afectan más a los poderes y facultades que a la capacidad de actuación de la corporación, pero que continúa planteando numerosos problemas a los tribunales, tal y como apuntan WEDDERBURN y el propio LEIGH en sendos artículos publicados en 1969 y 1970, respectivamente (10)—, con arreglo a la cual, las corporaciones son creaciones legales con poderes (*authorities*) limitados estrictamente, al venir éstos especificados expresamente en su *memorandum* (11), además, de

und profanes Recht, Kanonisches Recht (Soziologische Texte), t. II, dirigido por Heinz Maus y Friedrich Fürstenberg, 2.^a ed., 1967, pág. 285 y ss.], según el cual «las iglesias fueron los primeros «establecimientos» en sentido jurídico y de ahí surgió la construcción jurídica de las asociaciones públicas como corporaciones» (pág. 286).

(9) HOLDSWORTH, Sir Williams: *A History of English Law*, vol. IX, 50.

(10) Acerca del problema debatido, véase: WEDDERBURN, K. W.: *Unreformed Company Law*, en *M.L.R.*; 32 (1969), pág. 563 y ss.; SCHLINK: *Die Ultra-vires Lehre im englischen Privatrecht*, Berlín y Leipzig, 1935, pág. 2 y ss.; HOLT: *Alteration of a company's objects and the ultra-vires doctrine*, en *L.Q.R.*, 66 (1950), pág. 496 y ss.; así como también un artículo del propio LEIGH: *Objects, Power and Ultra Vires*, en *M.L.R.*, 33 (1970), pág. 81 y ss. Un estudio detallado del problema puede verse en MARTORANO, F.: *Capacità delle Società e Oggetto Sociale nel Diritto Anglo-americano*, Nápoli, 1961, pág. 5 y ss.

(11) Desde el punto de vista jurídico, la constitución de una sociedad es, en el Derecho inglés, relativamente sencilla, pues el acto fundamental estriba en redactar y registrar por el *Registrar of Companies* dos documentos esenciales: el *memorandum of association* y los *articles of association*. Tras dicho acto, el *Registrar* entrega a la sociedad un certificado que acredita su personalidad moral. El *memorandum*, dirigido principalmente a dar figura a la sociedad en sus relaciones con los terceros, viene a ser algo así como el estatuto de fundación, por cuanto contiene el nombre de la sociedad, su domicilio, objeto de constitución, la naturaleza de la responsabilidad de sus miembros y el montante del capital de la sociedad. Todo lo relativo a la administración interna de la corporación figura en los *articles*, que vienen, de este modo, a constituir una especie de reglamento de régimen interior. Cfr. TUNC, A.: *Le Droit Anglais des Sociétés Anonymes*, París 1971, págs. 29, 30 y 31.

perseguir objetos o fines también limitados en la cláusula concerniente al objeto (*objects-clause*), y, en consecuencia, una sociedad constituida para un objeto determinado y concreto no puede disponer de sus fondos para una finalidad diversa; de donde se infiere que quedan vedadas como como actividades propias de la sociedad tanto todo acto extraño al objeto social como aquellos actos que, pese a caer dentro de los límites de la actividad societaria, exceden, no obstante, la esfera normal de la facultad de representación que ostentan los administradores (12). Por consiguiente, dado que los poderes de la corporación no abarcan lógicamente la "facultad" de cometer delitos, la comisión de actividades delictivas por un ente moral necesariamente había de ser *ultra vires*, es decir, caía fuera del objeto social; razón por la cual, las actividades criminales de las personas jurídicas no podían, en forma alguna, ser imputadas a las mismas. Aceptada, en suma, esta doctrina por una decisión jurisprudencial pronunciada en 1874, su fracaso se debió pronto, como acertadamente apunta LEIGH, al hecho de que la mayor parte de los supuestos delictivos debatidos no eran propiamente casos agrupados en la cláusula *ultra vires*, por lo que, a pesar del auge que durante unas décadas tuvo la referida doctrina en U.S.A., se vio rechazada por incapaz para hacer frente a las crecientes necesidades de la vida práctica que acaban siempre prevalecer. Finalmente, después de examinar el eco que han tenido la doctrina realista acerca de la personalidad asociativa —doctrina responsable de la introducción en el Derecho comercial inglés del concepto de la representación orgánica, aunque nunca se vio aceptada por ningún tribunal— y la de la pretendida analogía entre las personas jurídicas y las naturales según la cual debería tratarse a las corporaciones por el mismo patrón que a las personas físicas, prescindiendo de toda la problemática apriorística que aquéllas encierran en su compleja naturaleza, siempre que así lo exijan los sentimientos de justicia, pasa LEIGH a examinar los dos últimos obstáculos opuestos al reconocimiento de la validez general del susodicho principio de la *corporate criminal responsibility*; uno, de carácter procesal; el otro, inherente a la naturaleza personal de ciertas penas, como, *vr. gr.*, las penas privativas de libertad. En lo que respecta al primer obstáculo, de carácter eminentemente práctico, subraya LEIGH cómo hasta finales de la pasada centuria no pudo salvarse el escollo insito en la exigencia procesal de la comparecencia personal del procesado ante los tribunales, motivo por el cual las corporaciones no eran aptas para comparecer; si bien, dicho obstáculo fue salvado al autorizarse la comparecencia de las personas morales por medio de sus abogados; aunque, a decir verdad, la verdadera problemática existente, a este respecto, hacía referencia más bien a los *indictable offences* que a los *summary offences* (13), en los cuales podía

(12) SCHLINK: *Die Ultra-vires Lehre im englischen Privatrecht*, Berlín y Leipzig, 1935, loc. cit.

(13) Así como la sección 1.^a del *Criminal Law Act*, 1967 ha abolido la vieja distinción entre *felonies* y *misdeemeanours* [aunque la sección 2 (1) del referido *Act* distingue ahora entre *arrestable offences* y *non-arrestable offences*, dicha diferenciación no se corresponde, ni mucho menos, con la de *felonies* y *misdeemeanours*].

comparecer el acusado por medio de su consejero o abogado, según las prescripciones del *Summary Conviction Act, 1848*. Sin embargo, tratándose de *indictable offences*, el acusado venía obligado a comparecer personalmente, por lo cual, una corporación no pudiendo comparecer procesalmente sino a través de su consejero legal o abogado, no podía, en consecuencia, ser juzgada en *assizes*, salvo que se recurriera al engorroso trámite de dictar un *bill* para la actuación ante un gran jurado, en cuyo caso la acusación hecha contra la corporación iba a parar, mediante *certiorari*, al *Kings Bench*, tribunal que la sometía a unos trámites procesales muy semejantes a los empleados para con las personas naturales; aunque, a decir verdad, existía gran relucencia por parte del poder judicial a recurrir al empleo de tal procedimiento. A pesar de ello, este tipo de cauce procesal siguió en vigor con modificaciones sin importancia hasta la promulgación del *Criminal Justice Act, 1925*, Sección 33, el cual autorizaba la comparecencia de las corporaciones acusadas de ilícitos penales en los tribunales de *assizes* o de *quarter sessions* por medio de su representante. Ello no obstante, el problema surgió de nuevo con la supresión del gran jurado por el *Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act, 1933*, precisándose entonces un *bill* emitido por un juez del alto tribunal. En lo que hace referencia a la especial naturaleza de las penas a imponer a las corporaciones, resulta lógico que una corporación no pueda ser ejecutada o enviada a prisión: extremo todavía exacto, si se trata de delitos para los cuales la pena fijada *ex lege* es únicamente la de muerte o la de prisión, supuestos éstos en los que no puede entonces declararse culpable a la entidad jurídica; mas no en los casos en que la pena a imponer es tan sólo la de multa o la de prisión y multa.

Pese a todo, según reconoce LEIGH, por encima de todas esas consideraciones existía un grave y fundamental obstáculo para el reconocimiento de "la responsabilidad criminal personal de las personas jurídicas". Y es que, tomando en consideración el hecho inconcuso de que las corporaciones sólo pueden actuar a través de sus representantes, agentes y empleados, mas nunca *in propria persona*, las necesidades de la práctica unidas a esta última consideración determinaron que la responsabilidad penal de tales órganos necesariamente tuviese que ser una responsabilidad indirecta, delegada o a nombre de otro (*vicarious liability = responsibility of a master for the acts of his servants*), cuyo contenido puede

ya que un *arrestable offence* es todo delito para el que la pena viene fijada previamente por la ley o por el que un sujeto (no condenado con anterioridad) puede ser condenado a la pena de prisión por un período de tiempo no superior a cinco años. En caso contrario, todo delito es «non-arrestable», subsiste todavía la diferenciación, relevante a efectos procesales, entre *indictable* y *summary offences*, tratándose en el primer supuesto de delitos que pueden ser juzgados bajo acusación por un jurado en *assizes* o *quarter sessions* y comprendiendo, en definitiva, los delitos más graves. Mientras se trata en ese supuesto de una figura de la *common law*, en el segundo los delitos han de ser creados en virtud de estatuto, siendo juzgados por un *magistrate court*, es decir, sin jurado. Cfr. CARVELL, I. G. & GREEN, E. S.: *Criminal Law and Procedure*, London, 1970, págs. 4 y s., 169 y ss.

condensarse en la expresión empleada por el gran comentarista inglés William BLASKSTONE: *nuam qui facit per alium facit per se* o en la máxima *respondeat superior* (14). Sin embargo, pese a venir marcado el nacimiento de la responsabilidad delegada por consideraciones de seguridad, de política social y de orden público, dicho principio se mostró, como con gran intuición señala LEIGH, flagrantemente insuficiente, a veces para con los sentimientos de justicia, como, vr. gr., denota la decisión recaída en el caso *Lennards Carrying Company versus Asiatic Petroleum Company Limited* (1915), supuesto en el que se trataba de determinar la existencia o no de negligencia personal (15).

Sentadas tales premisas, esboza LEIGH el desarrollo judicial y legislativo del mentado principio en Inglaterra, pudiendo señalarse, a este respecto, dos etapas cronológicas en dicha evolución. La primera, hasta el año 1850; reconociéndose la responsabilidad criminal de las corporaciones en supuestos de daño o perjuicio público, incumplimiento de deberes u obligaciones impuestos por estatutos, pero en modo alguno por delitos como el de traición, las *felonies* propiamente dichas, el perjurio y los delitos contra las personas en general. Posteriormente se acepta, asimismo, la responsabilidad penal de tales entes en materia de delitos contra el bienestar social (*public welfare offences*)

Así pues, mientras la historia de la responsabilidad colectiva en Inglaterra se remonta, en opinión de CARR, a la típica institución anglosajona del *frankpledge* (16), las responsabilidades de las corporaciones procede realmente de los supuestos de incumplimiento de deberes de los que se deriva un perjuicio para la sociedad. Durante los siglos XVI y XVII, señala LEIGH, las corporaciones ven así limitada la esfera de su respon-

(14) HOLDSWORTH, Sir Williams: *A History of English Law*, vol. VIII, 2.^a ed., 1937, reimpresión 1966, pág. 472 y ss., esp. 477, al tratar de la *civil liability* o responsabilidad civil.

(15) Acerca de la problemática de la responsabilidad delegada o indirecta, vide: SAYRE: *Criminal Responsibility for the Acts of Another*, en *Harv. Law Rev.* 43 (1930), pág. 689 y ss.; y, con una visión más general, la interesante aunque breve, tesis doctoral del alemán WILLMS, Elmar Wilhelm: *Die Strafbarkeit des «company» im englischen Recht*, Inaug.-Diss., Köln, 1966.

(16) El *frank-pledge* or *friborg system* (a juicio de MORRIS, *The Frankpledge System*, 1910, 2, el nombre adecuado es el de *friborg* = *free security*, no el de *frithborg* = *peace security*; para PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, 5.^a ed., London, 1956, pág. 97, el término procede de *fri-born*, del que se derivaría, a su vez, el vocablo moderno *Borrow*), sistema de responsabilidad y aseguramiento caucional comunitario, extensible tanto a la centena (*Hundred*) como a la decena (*tithing*), es definido por MORRIS (*Ob., cit.*, pág. 2) como «un sistema obligatorio de caución colectiva, establecido para los sujetos, no después de su arresto por el delito cometido, sino como salvaguarda en prevención del mismo». Este sistema que logra su punto álgido de desarrollo en la Inglaterra del medioevo puede retrotraerse a las leyes del rey Cnut (*Canute*), según las cuales todo hombre, siervo o libre, debe estar encuadrado en un *hundred* y en un *tithing*, presididos por un *hundredman* o un *tithingman*, de suerte que si un miembro de una de esas unidades comunales cometía un delito, los restantes debían garantizar su comparecencia ante el tribunal (*produce him to trial*); si no podían hacerlo, se obligaban a pagar el daño causado por el delito y una multa. Cfr. HOLDSWORTH, Sir Williams: *A History...*, I, 13, nota 7.

sabilidad al incumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos por disposiciones especiales o por estatutos, siempre que de tales actuaciones se derive un perjuicio para la comunidad. Aunque tal procedimiento no era considerado propiamente como de carácter criminal, por cuanto su finalidad era más bien la de reforzar el cumplimiento de tales deberes públicos, ello no obstante, al no requerirse *mens rea* en tales supuestos delictivos apenas se planteaba la problemática inherente a la capacidad de acción y de voluntad delictiva de las sociedades, como, asimismo, tampoco existían demasiados obstáculos de naturaleza procesal, máxime cuando, por otra parte, el objeto de la acusación no era tanto la imposición de una penalidad *in specie*, como la reparación del daño, lo cual evitaba problemas relativos a la detención preventiva del inculcado, etc.... Pese a todo, siendo la pena a imponer la de multa, acierta el autor cuando afirma que el impago de la misma por declaración de insolvencia de la corporación mostraba la ineficacia de tal procedimiento y, a fin de cuentas, la inexistencia de remedios eficaces para tales hipótesis.

Es a partir de 1840, cuando comienza a producirse un cambio en la práctica de los tribunales ingleses, puestas sus miras en la vieja regla de la *common law* que consideraba a las corporaciones equiparables con las personas físicas. Ciertamente, a fines del XVIII y principios del XIX se había operado una importante transformación en las posibilidades de operabilidad de la *vicarious liability* (responsabilidad delegada o indirecta). Limitada en un principio al ámbito puramente civil, pero que, basada en la idea del mandato implícito en las actuaciones de los delegados, fue trasladada al campo penal habida cuenta de la creciente inserción de numerosos y diversos nuevos órganos corporativos en la vida social de principios de la centuria pasada; haciendo, en definitiva, posible el reconocimiento de la responsabilidad en materia penal de las personas jurídicas, no sólo en supuestos de incumplimiento u omisión de deberes estatutarios, sino también, lo que es más importante, en el caso de actuaciones delictivas por comisión [*Regina v. Great North of England Railway Company (1846)*].

Las nuevas dimensiones sociales y económicas del siglo XIX marcan una ampliación considerable en la esfera de la responsabilidad jurídico-penal de las corporaciones. Entre los factores directamente determinantes de tal movimiento enumera LEIGH las disposiciones parlamentarias dictadas en esta materia, destacando un estatuto de 1827 [*An Act for further improving the administration of justice in criminal cases in England (7 & 8 Geo. IV, c. 28)*], cuya sección 14 dispone que el término *person* incluye asimismo el concepto *corporation*, responsabilizando, por añadidura, a las personas jurídicas en la mayor parte de los supuestos delictivos previstos en los estatutos. Tal ampliación, sin embargo, no figuraba, en opinión de LEIGH, en la intención del legislador inglés, puesto que las miras de éste iban dirigidas exclusivamente a otorgar mayor protección a la propiedad de las corporaciones mediante la inclusión de éstas dentro de la esfera penal. Otro aspecto de esa ampliación debe verse en las contravenciones cometidas por tales entes en materia de previsiones estatutarias

dadas en prevención de posibles *nuisances* o perjuicios para la comunidad. Numerosa legislación fue promulgada con el objeto de regular las actividades de las corporaciones y utilidad pública de éstas con la pretensión obvia de que fueran lo menos perjudiciales posible para la sociedad. El medio empleado para lograr esta finalidad no era otro que la punición del incumplimiento por parte de las personas jurídicas de las disposiciones estatutarias; penalidad que podía obtenerse mediante la correspondiente incoación de una acción judicial o, simplemente, por los jueces mismos. (como ejemplos de estos supuestos cita LEIGH las secciones 57, 58, 59, 64, 65 y 114 del *Railway Clauses Consolidation Act, 1845*, en cuya virtud se condenaba a una sociedad al pago de 20 libras por cada día de interrupción de una carretera si ésta no había sido sustituida por otra).

Por otro lado, una ingente cantidad de legislación sobre las corporaciones y sus fines sociales irrumpe en la segunda mitad de la pasada centuria en Inglaterra. Mas el prisma con que dicha legislación abordaba la problemática de las sociedades era precisamente el del bienestar social. El resultado derivado de tal punto de vista fue un incremento considerable en el número de acusaciones y condenas recaídas sobre corporaciones a causa de infracciones de la legislación que las reglamentaba; tratándose en la mayoría de los casos de clarísimos supuestos de responsabilidad objetiva (*strict liability*) por delitos contra el bienestar social, si bien con una excepción: la constituida por los delitos que implicaban *mens rea*, en los cuales necesariamente había de recurrirse a la responsabilidad delegada o indirecta para, así, declarar a las corporaciones responsables criminalmente, dando a éstas un tratamiento como si fueran un principal (*a master*), al objeto de aplicarles el principio mencionado de la *vicarious liability*. Por consiguiente, la responsabilidad delegada llegó incluso a ser extendida por esta vía a las corporaciones en supuestos de acusación maliciosa (1900), libelo (1904) y calumnia (1911). De tal suerte, se trasladaba al campo penal la figura de la *vicarious liability in tort* vigente durante centurias en la esfera civil, permitiendo la incriminación de la responsabilidad de los empleados de corporaciones en supuestos delictivos que implicasen *mens rea* [cita, a este respecto, nuestro autor el caso *pearks. Gunston and Tee Limited versus Ward (1902)*, en que la corporación fue acusada y condenada por la venta de leche adulterada]. Finalmente, otro factor que contribuyó poderosamente a la ampliación de la responsabilidad de las personas jurídicas fue, sin duda, la definición de "persona" dada por la sección 2, subsección 1, del *Interpretation Act, 1889*, según la cual, "la expresión persona debe, a menos de que conste la intención (del legislador) en sentido contrario, incluir un órgano corporativo". Aunque, según el criterio de LEIGH, la *mens legislatoris* no había sido otra que la de sustituir la sección 14 del *Act. de 1827* por la correspondiente del de 1889, lo cierto es que el alcance de este último estatuto fue muy notable en lo que respecta a la extensión de la responsabilidad penal de las sociedades (17).

(17) *Interpretation Act, 1889, section 2 (1): In the construction of every enactment relating to an offence punishable on indictment or on summary con-*

En síntesis, la evolución del principio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Inglaterra puede condensarse en las siguientes etapas: en principio, fueron declaradas responsables por el delito de *nuissance* cometido bajo la *common law* o bajo estatuto; más tarde dicha responsabilidad se extiende a los supuestos de incumplimiento de las obligaciones impuestas por estatuto a tales entes abstractos; se llega así a 1915, época en que las personas jurídicas son también declaradas criminalmente responsables por delitos leves de responsabilidad objetiva y por delitos a los que se aplicaba el principio de la responsabilidad delegada, fuere o no requerida *mens rea* para su comisión.

Sin embargo, por esta época, y a diferencia de la dirección emprendida por los tribunales norteamericanos y canadienses, se descarta en Inglaterra la posibilidad de que las corporaciones tengan capacidad de acción y de pena en los delitos que no pueden concebirse sin el ingrediente del elemento subjetivo, como sucede en los delitos contra las personas (asesinato, homicidio) y en algún otro caso (bigamia).

Al tratar LEIGH de las bases jurídico-doctrinales en que los tribunales ingleses han fundamentado la responsabilidad penal de las corporaciones, destaca como punto de partida el caso *Mousell Brothers Limited versus London and North-Western Railway Co (1917)*, en cuyo *dictum* aparecen delimitados con bastante claridad los puntos cardinales a clarificar en lo que respecta a la aplicación de la responsabilidad delegada o indirecta (*vicarious liability*), a saber: el aspecto real que presenta la delegación; la naturaleza exacta de la obligación o del mandato y la posición que ocupa la persona normalmente obligada a ejecutar el mandato. Por otro lado, la atmósfera favorable al amplio reconocimiento de la responsabilidad de las sociedades en la esfera penal creada a partir del *Criminal Justice Act. 1925* —que eliminó las dificultades procesales que existían con anterioridad— se vio considerablemente aumentada en los años de la Segunda Guerra Mundial, concretamente en 1944, fecha crucial en lo que hace referencia a la consagración definitiva del principio mencionado, si bien se trata ahora de la cristalización, no de la responsabilidad delegada, sino más bien de la responsabilidad penal directa (*personal corporate liability*) de las corporaciones.

Una serie de casos judiciales debatidos en 1944 han supuesto el dar cabida en el marco del Derecho inglés, junto al principio de la responsabilidad delegada (con arreglo a la cual se declaraba a una compañía indirectamente responsable por los actos de sus empleados y agentes, dándole, en suma, un trato similar al otorgado a las personas físicas), al principio de la responsabilidad criminal directa o principal de las personas jurídicas, en base a considerar que en ellas existen ciertas personas que dirigen y controlan sus actividades, razón por la cual se las

viction, whether contained in an Act passed before or after commencement of this Act, the expression «person» shall, unless the contrary intention appears, include a body corporate.

Section 19: *In this Act and in every Act passed after the commencement of this Act the expression «person» shall, unless the contrary intention appears, include a body of persons corporate or unincorporate.*

considera como la compañía misma, de modo que sus actos son los actos de la sociedad, no siendo, en consecuencia, declarados responsables por los actos de sus subordinados, sino, ante todo, porque las actuaciones llevadas a cabo por ellos o por algunos de sus agentes son actos de la propia compañía.

Por consiguiente, en el primero de los casos mencionados [*Director of Public Prosecutions v. Kent and Sussex Contractors, Lt. (1944)*], un supuesto de defraudación y de falsedad, la corporación fue declarada culpable, habida cuenta de que, pudiendo ser imputada la "intención de los oficiales de la corporación a la compañía como si se tratase de la intención de ésta misma...", aunque los directores de una compañía son sus empleados, son, sin embargo, algo más. Una compañía es incapaz de actuar, hablar o incluso de pensar salvo, claro está, cuando sus empleados han actuado, hablado o pensado..." La distinción entre una responsabilidad delegada y una responsabilidad directa de la propia compañía aparece ya esbozada en el *dictum* del caso citado, aunque, a decir verdad, el problema resulta tratado con mayor profundidad y detalle en el caso *Rex v. I.C.R. Haulage Ltd. (1944)*, en que la compañía en cuestión fue acusada y condenada por la figura de conspiración bajo la *common law* para defraudar. En este supuesto, el punto en que se apoyó la apelación fue que el cargo de *a common law conspiracy to defraud* no podía ser en ningún caso imputado a una persona jurídica. Pese a todo, la compañía fue condenada a una pena de multa. Dado el principio establecido de que una persona física nunca puede ser declarada responsable indirecta por dicho delito (*a common law conspiracy*), el caso en cuestión es una muestra excelente de la amplitud que supuso en el reconocimiento de la responsabilidad de las corporaciones, en base a considerar que "los actos del director ejecutivo eran los actos de la compañía y que el fraude de esta persona era el fraude de la compañía". Por último, el tercero de los casos recaídos en esa época [*Moore v. I. Bresler Ltd. (1944)*], en el que el secretario de la compañía y el jefe de ventas lograron ciertas ganancias con impuestos sobre compras que no correspondían a la realidad, llevó al tribunal a *identificar* a tales personas físicas y sus actividades con la persona jurídica de la compañía y las actividades de ésta, condenándola y mostrando, en suma, una aplicación implícita del principio de la *vicarious responsibility*; aunque, a juicio de WELSH (en *The Criminal Liability of Corporations*, en *Law Quat. Rev.*, 62 (1946), 345 ss., esp. 358), "la identificación de esos dos agentes con la compañía supone difuminar por completo la distinción legal entre los agentes de una corporación y la persona legal misma".

Las conclusiones a que llega LEIGH, tras el examen de esos casos y de los *dicta* más recientes recaídos sobre la materia en Inglaterra, hablan por sí solas. En su opinión, las sentencias recaídas en 1944 sembraron la confusión, dado que las bases sobre las que se había establecido el concepto de responsabilidad criminal corporativa no eran ni mucho menos claras. Por el contrario, evidenciaban una notoria confusión entre los conceptos de responsabilidad delegada (*vicarious liability*) y responsabilidad

directa de la corporación. A este respecto, con la excepción del caso *Rex v. I.C.R. Haulage Ltd.*, la confusión entre esos dos conceptos ha sido norma frecuente, siendo así que, por el contrario, suele distinguirse claramente una responsabilidad personal o directa de la corporación de aquella otra delegada o indirecta. Sin embargo, dado que en ambos casos se trata de responsabilidad por actos de los mismos empleados o agentes en el desempeño de sus funciones, no se han esclarecido las bases sobre las que podría apoyarse tal distinción. Aunque, a juicio de LEIGH, la diferencia estriba en que tratándose de una responsabilidad directa de la compañía, dicha responsabilidad ha de ser tomada como algo personal para la corporación, por lo que se requiere que se trate en todo caso de actuaciones de determinadas personas que ocupen, además, altos cargos en la organización de la persona jurídica, lo cierto es que el propio autor subraya el marcado peligro que existe en el sentido de que responsabilidad corporativa directa y responsabilidad delegada lleguen a ser conceptos virtualmente indiferenciables.

De ahí se infiere, en suma, la necesidad de recurrir al establecimiento de escalas jerárquicas, de una división entre los cerebros y los brazos dentro del seno corporativo, aunque tales conceptos son, en ocasiones, más teóricos que prácticos.

Tras estudiar algunos de los casos judiciales más recientes, alaba LEIGH la aceptación en el caso *Regina v. McDonnell (1965)* —con motivo de un delito de conspiración— de la doctrina del *alter ego* en torno a la representación corporativa; adoptándose así los postulados patrocinados por WELSH en el sentido de que la responsabilidad corporativa sólo debe declararse cuando se trata solamente de actividades llevadas a cabo por individuos que actúen detentando poderes corporativos obtenidos por designación directa; única forma posible de distinguir tal concepto del de la responsabilidad delegada. Estudia nuestro autor seguidamente los supuestos concretos de delito en que una corporación puede ser declarada culpable en el marco del Derecho inglés, dando especial tratamiento a la *conspiracy*, por cuanto ésta es un delito que abarca toda la compleja problemática del espíritu corporativo. La responsabilidad jurídico-penal de las corporaciones se estatuye, en síntesis, únicamente en los delitos punibles con multa —que son la mayor parte— excluyéndose, por supuesto, en el delito de asesinato, al igual que en aquellos otros supuestos delictivos que parece inconcebible puedan ser cometidos por un representante de la sociedad en el desempeño de sus funciones, como sucede con los delitos de bigamia, incesto, violación y, polémicamente, con el delito de perjurio (18). Se trata, pues, de (“delitos que, *por su verdadera na-*

(18) Después de poner en tela de juicio el hecho de que una corporación pueda cometer el delito de perjurio, la posibilidad de incriminar como inductora por tal delito a la corporación que haya autorizado a uno de sus miembros a emitir un juramento en falso ante un tribunal es admitida por CROSS y JONES. Igualmente, ambos autores se pronuncian a favor de la admisión de la responsabilidad criminal de las corporaciones o compañías en el supuesto de que una agencia matrimonial esté dirigida por una sociedad limitada, cuya oficina de directores haya concertado o negociado a sabiendas una unión bigama. En tal supuesto, «es

*tural*eza, no pueden ser cometidos por una corporación..." (*cases where, from its very nature, the offence cannot be committed by a corporation...*).

Finalmente, después de dedicar un capítulo a definir y deslindar los conceptos de responsabilidad delegada y responsabilidad directa o personal de la corporación, estudia LEIGH con mucha detención la incipiente aceptación que la doctrina de la identificación (*alter ego theory*) comienza a tener en los tribunales ingleses. Según las premisas de dicha doctrina, la responsabilidad penal corporativa se impone respecto a los actos llevados a cabo por personas pertenecientes a los altos cargos dentro de la jerarquía de la sociedad; de forma que la corporación puede ser identificada con tales personas, por cuanto éstas representan su *alter ego* y, consiguientemente, las actividades de dichos cargos son actividades de la compañía (19). Examinados, asimismo, los problemas que la responsabilidad penal de las sociedades plantea en los derechos norteamericano —esbozando, a este respecto, un análisis crítico notable de las disposiciones del *Model Penal Code*— y canadiense, concluye LEIGH su investigación con un capítulo destinado a emitir unas consideraciones de política criminal en torno a la criminalidad corporativa —de la que es supespecie la criminalidad de cuello blanco (*white collar criminality*)—, examinando con detención los aspectos criminológicos del problema, justificando, en suma, el reconocimiento del principio de la responsabilidad de las corporaciones en base a la dificultad de identificación del delincuente real, mostrando la reluctancia desplegada en U. S. A. por los jurados a la hora de declarar la culpabilidad de las sociedades mercantiles [aunque, en esta materia, creo que el autor ha pasado por alto un factor de importancia capital y es que, tal y como ha puesto de relieve Harold BAER Jr. (en *Le crime en col blanc aux Etats-Unis*, en *Rev. inter. de Crim. et Pol. Tech.*, vol. XXIV, 4 (1970), 258-264), el jurado es consciente de la discriminación flagrante que se practica a la hora de punir a tales delincuentes; discriminación que, a su vez, es fruto del imperio del principio de desigualdad económico-social, ya que, al fin y a la postre, se tiene más en cuenta la posición o *status* social que tales sujetos ocupan en la sociedad que la gravedad del delito por ellos cometido; por todo lo cual, con su ingreso en prisión (en suma, el estigma *carcelario*) poco o nada suele conseguirse, pues su sólido *status* económico les permitirá integrarse de nuevo con facilidad en su nivel social anterior. De suerte que, entre los nuevos medios que cada vez se hacen más urgentes, ha de atisbarse la posibilidad, en tales sistemas procesales, de otorgar al jurado —cuyas facultades no van más allá de la mera declaración de

difícil ver por qué la compañía no debe ser condenada en calidad de auxiliadora e inductora (es decir, como *principals in the second degree*), habida cuenta de que una persona física debería ser condenada por auxiliar e inducir a un delito que no podría cometer por sí misma en calidad de *principal in the first degree*. (Cfr. CROSS and JONES: *An Introduction to Criminal Law*, 6.^a ed., London, 1968, pág. 100)

(19) Vide, sobre el problema en particular: LEIGH, L. H.: *The Alter Ego of a Company*, en *M. L. R.*, 28 (1965), 584 y ss.

culpabilidad del acusado— *la facultad de imponer la pena de multa o de prisión*, habida cuenta de que los jurados vienen en su base compuestos por ese ciudadano medio que puede verse mañana convertido en posible víctima de una estafa, etc..., por lo que procuraría imponer una penalidad de mayor eficacia intimidativa o disuasoria], así como también las sanciones previstas legalmente y sus efectos.

En resumen, quizá peque el libro de LEIGH de una cierta falta de coherencia cronológica, doctrinal y sistemática. Sin embargo, dicho defecto ha de disculparse por cuanto tampoco existe en el Derecho inglés una teoría coherente en torno a la representación corporativa. En consecuencia, el detalle que muestra su estudio, la visión de los problemas de que hace gala y el sentido hondamente práctico que reviste, son méritos que, a mi juicio, hacen de esta obra un medio imprescindible, si se desea conocer con detalle la problemática actual de la responsabilidad penal de las sociedades en el marco del Derecho inglés y, en general, de la *common law*. Por otra parte, el interés del estudio resalta o, cuando menos, debe resaltar todavía más en un marco jurídico como el nuestro, donde prácticamente, en materia de responsabilidad penal de las sociedades, todo está aún por hacer.

Pedro-Luis YAÑEZ ROMAN

LOPEZ-REY, Manuel: Crime an Analytical Appraisal. Routledge and Kegan Paul. Londres, 1970. 211 págs.

Esta obra del Prof. López-Rey constituye una aportación de peculiar interés al estudio del delito y de sus causas.

Se inicia con un análisis de la situación en que se encuentran los países ante el creciente fenómeno de la criminalidad, que además crece en proporción directa al desarrollo de las naciones. López-Rey examina las tres causas que, a su juicio, contribuyen principalmente a este fenómeno: la índole político-social adquirida por el delito, lo cual cubre, por un lado, el elevado número de delitos debidos a la insatisfacción de las minorías, los jóvenes y los desafortunados, y por otro, los delitos cometidos desde posiciones públicas privilegiadas o con una excusa de tipo político o revolucionario; la insuficiencia del enfoque experimental de la Criminología, necesitada de una base fenomenológica, y, finalmente, la incapacidad del actual sistema judicial que, falto quizá de un enfoque más preventivo que represivo, requiere una organización más acorde con el significado socio-político que el delito tiene actualmente.

De esta introducción se desprenden los tres puntos del pensamiento criminológico de López-Rey: estudio del delito, análisis de las teorías sobre la criminalidad y plan para la reforma de la justicia penal. El tratamiento de los dos primeros comprende el contenido de este libro.

De los tres puntos expuestos, el segundo parece acreedor a un análisis preferente. Hombre formado en la aplicación de la Ley, el Profesor López-Rey es consciente de la necesidad de una base práctica, realista, para el ejercicio

de tal función; quizá en ese convencimiento radique la reserva con que a veces parece analizar algunas teorías criminológicas, en busca de una fundamentación más sólida para la ciencia de la Criminología.

Su punto de vista liberal e individualista le lleva a valorar el respeto a la Ley y al orden establecido democráticamente por encima de otras posturas adoptadas por la Criminología en su lucha, todavía breve, por la prevención y la erradicación del delito. Así, en la parte central del libro, a nuestro entender la más interesante, cuando el Profesor López-Rey analiza las principales teorías criminológicas, lo hace con el empeño realista de no aceptar sin confirmación práctica ciertas construcciones que quizá le parezcan utópicas desde los dominios de ciencias auxiliares, como la antropología o la sociología.

Es ésta la postura de quien prefiere trabajar sobre la base real de nuestra comunidad, quizá insatisfactoria pero incontestable en su evidencia, y con la Ley como instrumento más genuino. Parece razonable, desde este punto de vista, considerar que la interiorización de la norma, como respuesta a la anomía de nuestra sociedad, puede ser súplica por el respeto a la Ley y al orden, lo cual evita referencias a comunidades primitivas que pueden sonar a nostalgia inerte en los oídos de autores dotados de un especial rigor. Y lo mismo ocurre con la referencia que en esta obra se hace a la teoría de la relación diferencial: opina López-Rey que el delito es el resultado de la descompensación de intereses entre el orden establecido y el ciudadano, lo cual explica la generalización del delito bajo las formas típicas de cada nación, pero sólo conduce a resultados cualitativos, y no cuantitativos como el fin de la Criminología, la disminución y erradicación final del delito; esto sólo puede conseguirse, dice con Sutherland, mediante un estado individualista que se esfuerce por allanar esa diferencia. Aunque tal estado, de momento, también parezca utópico.

De todo lo que se dice en este capítulo del libro, queda como sobresaliente a nuestro entender la científica voluntad de López-Rey por llevar un poco de realismo a la disyuntiva destrucción-construcción en que se encuentra la Criminología. Quizá sea el tributo que todas las ciencias deben pagar en sus comienzos, la opción entre nostalgia e ingenuidad.

Por lo que respecta al alcance del delito, se estudian primero los delitos desconocidos, la zona oscura, que quedan en esa situación por varias causas, de entre las cuales destaca López-Rey la proliferación de leyes especiales y la inclusión de los delitos de imprudencia en el campo de la responsabilidad criminal. Así como las técnicas empleadas para su descubrimiento, las encuestas a los presuntos autores, sistema europeo, y los procedimientos más utilizados por la investigación norteamericana, como la encuesta entre las presuntas víctimas o el sistema documental. En cuanto al delito conocido, se señala que no siempre llega a su final lógico de figurar en las estadísticas sobre la criminalidad, frecuentemente porque las propias autoridades prefieren reservarse esa información, aún tratándose de delitos juzgados, como ocurre con la delincuencia juvenil. Esto, unido a razones de tipo interno en la vida de los distintos países, como son su estructura federal o el oscurantismo de ciertos poderes ejecutivos ante este tema, conduce al estado deficitario en:

que se encuentran las estadísticas criminales, cuya eficacia valora López-Rey, así como la de las estadísticas judiciales y de prisiones.

El libro se completa con un estudio especial de la delincuencia juvenil y un análisis de la expansión y la distribución del delito en función de factores como el crecimiento de la población, la mejora de las condiciones materiales de vida, la creciente inseguridad y los movimientos migratorios relacionados con la delincuencia urbana frente a la rural. Todo ello de conocimiento imprescindible para comprender la moderna postura de los criminólogos ante lo que podría llamarse la condición cada vez más natural del delito.

DIEGO MEDINA

MENDOZA TROCONIS, J. R. : Curso de Criminología. E. el Cojo, Caracas, 1970; 706 págs.

La obra consta de cinco partes, con un total de treinta capítulos. La primera, que ocupa en extensión la mitad de la obra, trata de diversos temas, entre los que cabe destacar:

Estima el autor que el Derecho penal y la Criminología se diferencian en el contenido y método empleados. Aquél no puede prescindir de ésta, que en definitiva es una ciencia complementaria del Derecho penal, de gran utilidad en la defensa social, la lucha contra el delito y determinación de personalidad criminal con miras al tratamiento penitenciario.

Seguidamente se trata de la Antropología criminal. Tras hacer un resumen de los precursores, se recoge una breve reseña de la vida y obra de Lombroso, Ferri y Garófalo. El capítulo quinto está dedicado a la Psicología criminal, donde se expone una clasificación criminal, para terminar con la tipología de Jung y Adler.

Se recogen diversos tipos de delincuentes. Se expone un breve resumen que va desde los tipos raciales, pasando por los morfológicos y otros, para terminar con los somato-psíquicos y biotipos. Estas clasificaciones, dice el autor, sólo tienen un valor de orientación, ya que no se pueden hacer encajar en clases las personalidades.

En cuanto a la peligrosidad, tras hacer un breve resumen de antecedentes se exponen diversas clasificaciones, terminando con las categorías de vagos y maleantes. En la de vagos se incluyen desde aquellos que carecen de profesión u oficio hasta los explotadores de mendicidad. Dentro de los maleantes hay un estudio de varios grupos, tanto de los que viven de la prostitución, como de los delincuentes contra la propiedad, homosexuales, contrabandistas, ebrios, etc. Se incluyen las brujas, hechiceros y adivinadores.

Se exponen diversas clasificaciones de delincuentes. Estima el autor que estas tienen un valor relativo, no pudiéndose aceptar tipos definidos de criminales o clasificaciones de delincuentes. En realidad, dice, hay una criminalidad social y otra patológica, teniendo gran interés la disposición y el mundo circundante, ya genérico, ya específico del hecho mismo.

En relación con la criminalidad de la mujer las infracciones más frecuentes son contra la propiedad, infanticidios y abortos.

Aunque no es fácil poder hacer una distinción clara de las razas en la población venezolana, se hace una exposición de la influencia que puede tener en el delito. Los mestizos cometieron con frecuencia el delito de rebelión y son corrientes en ellos las infracciones violentas; no suelen ser técnicos en la ejecución de los hechos. La criminalidad del negro tiene poco valor, y tampoco ofrece problemas la del indio.

En el campo de la criminalidad de los menores se refleja la rebeldía juvenil a escala internacional que va unida al empleo de la violencia. Se consideran los más diversos aspectos en relación con este tema, causas de esa delincuencia, consideraciones jurídicas, derecho comparado, tribunales, etcétera. Se establecen unas directrices para resolver la situación de los jóvenes delincuentes adultos, basadas en la creación de un régimen peculiar, donde se hace imprescindible la existencia de jueces especializados.

En cuanto a la reincidencia se plantea el problema de las penas cortas de privación de libertad y la importancia que puede tener la prisión como factor criminógeno. El preso no suele readaptarse, debido a que los sistemas penitenciarios no son adecuados. Los dilatados períodos de detención durante el proceso pueden acarrear problemas al presunto autor, sobre todo en los países americanos en que el juicio dura a veces más de ocho años. Seguidamente se trata del recidivismo venezolano, terminando esta primera parte con un estudio de los delincuentes ocasionales y pasionales, así como una definición del delito en el campo jurídico, filosófico, criminológico y otros.

La segunda parte trata de la criminalidad sexual. Se indican las distintas aberraciones que pueden tener influencia en la comisión de algún delito. Se recogen algunas clasificaciones y se estudian, entre otros, los delincuentes sexuales instintivos, alienados, habituales, ocasionales y pasionales.

En la parte siguiente se hace una descripción de la criminología en Venezuela. Desde hace unos años se viene teniendo interés por los estudios criminológicos en este país. La investigación, no obstante, es pobre y escasa; prácticamente es negativa pues, entre otras cosas, no hay equipos de investigación científica. En 1950 se fundó la «Sociedad Venezolana de Criminología», y en 1952 el «Instituto Interamericano de Defensa Social». Se han creado tres cátedras de Criminología. El gobierno, de una u otra forma, se ocupa de la investigación criminológica.

La criminalidad venezolana resulta de la combinación de los factores individuales con el geográfico y medio social. El delito violento es el más frecuente. No hay un estudio ni una clasificación detenida de los delincuentes. La política, demografía, movimientos migratorios y la mala constitución familiar son, entre otros, factores influyentes en la criminalidad.

La parte cuarta está dedicada a la metódica criminológica. Se recogen, tras exponer algunos métodos utilizados por las principales figuras de la escuela positiva, otras de autores más modernos. Varían notablemente de unas a otras, siendo el experimental incluido en varios esquemas. Seguidamente se tratan los sistemas utilizados por los sociólogos. Hay cuatro fun-

damentales, que son: La observación, la experiencia, el comparativo y el método inductivo, en cada uno de los cuales hay diversas subdivisiones. El método más utilizado por los criminólogos es el experimental, aunque por sí sólo no es suficiente, debido a la complejidad de los problemas criminológicos. Termina esta parte con un capítulo dedicado al examen criminológico del delincuente. Este se debe iniciar en las prisiones, ya que puede aportar una gran labor en materia de personalidad criminal con miras al cumplimiento de la condena.

La última parte de la obra se ocupa de la personalidad del delincuente. Comienza con el «morfograma». Se recogen multitud de datos característicos, especialmente en los caracteres cromáticos y morfológicos. El «fisiograma» también es objeto de un minucioso examen. El «sociograma» se ocupa, en definitiva, del mundo circundante. Seguidamente se trata del «psicograma» —estudio psíquico de la personalidad criminal—, donde se hacen diversas consideraciones en relación con el psicoanálisis y problemática que plantea. Termina la obra con un capítulo dedicado al «biograma», donde se trata especialmente el psicobiograma de Kretschmer.

La obra tiene gran interés, sobre todo para los que deseen una información general sobre Criminología. Prácticamente se tratan todos los aspectos relacionados con esa ciencia. No es fácil encontrar obras de este tipo, ya que los estudios durante los últimos años suelen ser de especialidades, por lo que no es corriente encontrar criminólogos con una visión general de todos los problemas que pueda abarcar la Criminología. El profesor Mendoza consigue en su obra plenamente lo que se propone: hacer un «Curso de Criminología». A veces se tratan los problemas venezolanos, cosa obligada en el autor, máxime teniendo en cuenta que, en principio, la obra está destinada a los estudiosos de su país; esto es lo único que no tiene valor universal —aunque sí gran interés para los países hispanoamericanos—, ya que la criminalidad varía de unos países a otros, dentro de estos en las regiones y ciudades, y aún en éstas hay zonas con peculiaridades criminológicas. Nos demuestra esto el propio autor, al señalar, por ejemplo, la baja criminalidad de los negros en Venezuela —en relación con los mestizos—, mientras que en Norteamérica ocurre todo lo contrario. El motivo de todo esto es muy discutible, no obstante hay que dar más valor a los factores fenotípicos y ambientales que a los propios del genotipo. De todas formas, también en la criminalidad hay rasgos de valor universal.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ.

PELLEGRINI, R.: SEXUOLOGÍA, tratad. de Piga Sánchez Morate, Ediciones Morata, Madrid, 1968; 871 págs.

Aunque en la obra se tratan multitud de problemas solamente nos vamos a ocupar de aquellos que pueden tener interés dentro del campo criminológico, pues lo sexual puede ser de gran valor para entender el comportamiento de determinadas conductas delictivas.

Señala el autor que a veces los estudios sobre sexuología suelen ser un tabú, incluso dentro del campo científico, por considerarse nocivos. De todas formas, no es conveniente hablar de ciertos temas ante público que no se encuentre preparado, ya que puede dar lugar a la concepción de falsas interpretaciones.

En ocasiones se da una antítesis entre el instinto sexual y el de maternidad, que puede llevar a un odio permanente hacia la prole, terminado en las conductas más insospechadas. La función del instinto sexual y el materno pueden tener un fin delictivo común, pudiendo terminar en la muerte de la manceba del marido para defender la integridad familiar y la seguridad económica de los hijos. La esclavitud del instinto sexual puede llegar a superar el temor por la vida propia y aun de los hijos. La mujer puede llegar a dar muerte al marido o a cometer adulterio, por considerarle culpable de su defraudación del ansia maternal, estimando que es incapaz para la fecundación.

El instinto sexual y el de conservación pueden llegar a ser antagónicos. Se refleja esto en los suicidios amorosos. No obstante, a pesar de que las causas más frecuentes son la amargura de la soledad y la intolerancia del dolor por la falta de la persona preferida, el suicidio amoroso puede obedecer a cuestiones de amor propio, a motivos diferentes de los amorosos, o a motivaciones extrañas. El homicidio-suicidio puede revestir alguna de estas formas: Después de la muerte del compañero viene el suicidio —inmediatamente después y con los mismos medios—, o puede transcurrir un espacio de tiempo más o menos largo.

El odio y el amor carnal se asocian con frecuencia, justificándose esto en los casos en que se da muerte a la pareja inmediatamente después de la amplexión. El instinto sexual puede unirse al de propiedad, situación que se refleja en algunos casos de incesto ascendente.

El exhibicionismo, aunque no falta en las mujeres, es mucho más frecuente en el hombre. Los verdaderos exhibicionistas no son sujetos viciosos. Hay formas con un fondo sádico. Suele estar unido a la «neurosis obsesiva de angustia», revelando otras veces un «raptus de naturaleza epiléptica»; en ocasiones se comprueba en los estados iniciales de parálisis progresiva, en la demencia senil, como expresión de psicoinfantilismo. En orden a la imputabilidad del exhibicionista no pueden establecerse directrices fijas, por la diversidad de factores a considerar. La peligrosidad no cabe estimarla más que cuando se trate de individuos reincidentes; la reclusión en manicomios no debe hacerse más que cuando se trate de enfermos mentales.

Se insiste en distinguir entre el sadismo —excitación sexual provocada por los dolores físicos o morales o por el miedo ajeno—, de la crueldad en sus diferentes formas ejecutados por delinquentes comunes y no por psicodgenerados sexuales. El sadismo es muy raro.

Los delitos más frecuentes cometidos por celos son homicidios, lesiones, injurias y calumnias. En el incesto a veces se llega a matar al adulto; las víctimas incestuosas son con frecuencia ilegítimas; en el autor se suelen apreciar taras hereditarias, anomalías por alcoholismo crónico, oligofrenia, etcétera. A veces el instinto sexual tiene manifestaciones brutales. La necro-

filia suele obedecer a impulsos sádico-masoquistas. Los celos entre los homosexuales son muy vivos, dando lugar en no pocas ocasiones a delitos contra las personas.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ.

SAINZ CANTERO, José Antonio: Aspectos Criminológicos y Jurídicos del secuestro de aeronaves (Círculo de Cuestiones Jurídicas de actualidad) Murcia, 1971.

Esta conferencia tiene gran interés por la actualidad del tema, la urgencia y dificultad para resolverlo y el acierto del conferenciante.

En el aspecto criminológico, el secuestro de aeronaves ha sido denunciado como la modificación más importante que, desde la revolución industrial, se ha verificado en la fenomenología del delito. Impropiamente llamada «piratería aérea», la base de la figura está constituida por coacciones, hechos contemplados por las leyes penales de todos los países. Peculiaridad son las características que se añaden: finalidad, medio empleado, esperanza de impunidad, circunstancias políticas e internacionales. Llevamos 23 años padeciéndolos, pero se han producido en los últimos tres con cifras alarmantes: desde 1948 se han contemplado dos centenares. Los estados que mayor número de veces han sido víctimas, fueron por este orden: USA, Colombia, Israel. El punto de destino Cuba, Argelia, Siria, Bulgaria, Jordania e Italia. Los resultados han constituido para los autores un rotundo éxito; los fracasos pocos. La conciencia social está muy lejos de responder a la gravedad de los hechos. Los peligros son incalculables. Respecto al tipo delincuente, en los producidos con motivo del conflicto arabeisraelí, es un delincuente político; en los otros casos, salvo algunas excepciones, no se trata de delincuentes por convicción. Los móviles son de carácter muy complejo y el de lucro aparece en pocos casos.

Previsión jurídica de los hechos: el secuestro de aeronaves sorprendió a los aplicadores del Derecho sin normas jurídicas expresas; los hechos podían ser subsumidos en las leyes, pero éstas no eran suficientes; se hizo necesario crear nuevas normas. En la vertiente internacional merece especial mención el Convenio de Tokio (1963) y el de La Haya (1970). Al primero se adhirió España en 1964, pero el proceso de ratificación por los organismos interesados ha sido lentísimo. El Convenio recoge el hecho bajo la rúbrica de «apoderamiento ilícito de una aeronave»; el área de aplicación es en realidad más amplia. Uno de los problemas urgentes era el de la jurisdicción competente. De acuerdo con el Convenio, sería el Estado de la matrícula de la aeronave, sin excluir ninguna jurisdicción penal de acuerdo con las leyes nacionales. Por lo que a la extradición se refiere, las infracciones cometidas serán consideradas como si se hubieran cometido no sólo en el lugar en que hayan ocurrido, sino también en el territorio de la matrícula de la aeronave, sin excluir ninguna jurisdicción penal de acuerdo con las leyes nacionales. En cuanto a la extradición, el Convenio, después de establecer que a los fines de la misma las infracciones a bordo de las aeronaves

serán consideradas como si se hubiesen cometido no sólo en el lugar donde hayan ocurrido, sino en el territorio del Estado de la matrícula de la aeronave, hace una prescripción de la máxima importancia al prever que no sea obligatorio conceder la extradición. A la vista de estas previsiones se pregunta el conferenciante por la eficacia y juzga que el Convenio no supone un instrumento eficaz. La verdadera solución sería la de obligar al Estado en cuyo territorio termina el viaje a conceder la extradición al Estado de la matrícula de la aeronave. El documento internacional no sólo adopta tal solución, sino que expresamente renuncia a ella. El Convenio se valora como instrumento del que puede echarse mano inmediata, pero para su total eficacia habría que emplearlo con procedimientos «ágiles y eficientes» de extradición. A Sáinz Cantero le parece más un bello cuento de principios programáticos que un instrumento eficaz.

El Convenio de La Haya de 1970 ofrece en algunos puntos soluciones diversas. Define el delito de apoderamiento ilícito de aeronave: lo comete toda persona que a bordo de una aeronave en vuelo, mediante violencia o cualquiera otra forma de intimidación se apodera de tal aeronave, ejerza el control de la misma o intente cometer estos actos, o sea cómplice. En lo que se refiere a la jurisdicción competente, sin diferencia en lo esencial, es mucho más concreto. Las grandes innovaciones del Convenio de La Haya se encuentran en la obligatoriedad que se impone al Estado en cuyo territorio sea hallado el delincuente de someterlo a las autoridades competentes en caso de no proceder la extradición. Y el art. 8 prescribe que el delito «se considerará incluido entre los que dan lugar a extradición en todo tratado que celebren entre sí».

En España la Ley de Bases para un Código de navegación aérea de 1947, la de 21 de julio de 1960 y la penal y procesal de 1964 son analizadas. En la última la pena conminada es reclusión mayor cuando sólo se produzca el apoderamiento, y la de reclusión mayor a muerte si el medio empleado pone en peligro de siniestro a la aeronave; si el delito fuese acompañado de homicidio, lesiones graves, violación o abusos deshonestos, o se hubiera dejado a alguna persona sin medio de salvarse.

La Ley española, prescindiendo de incongruencias y antinomias técnicas, le parece a Sáinz Cantero acertada y suficiente. En las conclusiones, deduce de un análisis criminológico: el carácter internacional del delito; el móvil político, aunque no en todos los casos; la esperanza de impunidad. La solución jurídica ha de estar orientada: en la elaboración de una convención internacional; en la obligatoriedad de entrega del secuestrador al Estado que tenga jurisdicción para entender el hecho, y en la adopción por los organismos internacionales de severas medidas de represalia. El Convenio de La Haya constituye un paso de importancia.

En la conferencia del profesor Sáinz Cantero se condensa lo fundamental sobre materia actualmente de la mayor urgencia y notoriedad. Toda la claridad y buen sentido de la misma no han podido tener suficiente reflejo en estas líneas.

VALLS, Francisco Javier: La Filosofía del Derecho de Dorado Montero, Granada, 1971.

De las tres figuras españolas más importantes de fines del siglo XIX y comienzos del XX en la ciencia penal, Concepción Arenal ha sido la más popular; Salillas la menos conocida y la más científica; Dorado Montero la más discutida. Ha tenido fervientes partidarios, agresivos contradictores y también discrepantes, que admiraron su austeridad y dedicación, y quizá aceptaron cierta parte de sus ideas; pero encontraron en ellas contradicciones y discreparon más o menos de su pensamiento. Quienes sobre Dorado habían escrito, trataron casi exclusivamente de su obra penalista, mas en cuanto esta obra se asienta en consideraciones filosóficas, faltaba por investigar la personalidad de Dorado como filósofo. Esto es lo realizado por Valls en el volumen aquí reseñado. Y lo hace con abundante conocimiento de la obra doradista, cultura filosófica y manifiesta imparcialidad.

Las bases filosóficas fueron: el krausismo y el positivismo. La época formativa de Dorado coincidió con el mayor auge en España de las ideas del krausismo. Dorado recibió esta influencia del profesor en Salamanca. Arés, y luego al seguir el doctorado en la Facultad de Derecho madrileña y cursar la filosofía del Derecho en la clase regentada por Giner de los Ríos. Junto a este influjo recibió el del positivismo italiano, gracias a la pensión concedida por la Junta de Colegios de Salamanca, cuyas relaciones con el Colegio de San Clemente de Bolonia eran tradicionales. (Los discípulos de Giner fueron con preferencia a Alemania, pensionados por la Junta de ampliación de estudios, pero ésta se creó a fines del año 1906 o comienzos de 1907. Y si bien a Dorado fue otorgada una pensión, no la aprovechó por razones de salud.) Conocía el alemán como prueban sus traducciones correctas del Derecho penal romano en Mommsen y el Derecho penal de Merkel, pero los autores más famosos entre los penalistas alemanes, incluso por su tendencia positivista, como Liszt, no ejercieron influjo sobre Dorado o lo ejercieron muy debilmente; Dorado recibió el correccionalismo de Röder a través de las traducciones de Giner y de otros afectos a la Institución Libre de Enseñanza. Tiene razón Valls al considerar predominante en la formación del pensamiento jurídico de Dorado la doctrina italiana positivista de Siciliani y de Ardigó.

Un apartado del interesante libro que comentamos examina la posición de Dorado respecto a la Filosofía del Derecho. Para el profesor salmantino uno de los méritos del positivismo fue el hacer volver la vista a la realidad, postura que Valls encuentra radical y exagerada en cuanto considera ser esta realidad única fuente del discurrir filosófico y práctico; pues considera preciso una concepción total del orden universal y del hombre inmerso en él, y sólo mediante una postura auténticamente filosófica podemos comprender la última realidad del Derecho. Para Dorado la Filosofía del Derecho no puede consistir en otra cosa que en «determinar las fuerzas sociales que lo producen y a que obedece su existencia». Con tal planteamiento llegaba a hacer coincidir Filosofía del Derecho y Sociología. Ambas van a ser la misma cosa para el salmantino; mas, según Valls, no se pueden confundir.

estos saberes más que mediante un desenfoco total de lo que es Filosofía y es Derecho. Ambas son necesarias, pero no indentificables.

No resulta fácil fijar la doctrina doradiana respecto al concepto del Derecho, «tras una búsqueda ansiosa y anhelante» no llega a una respuesta convincente. Primero porque no acepta una teoría ajena sin haber sido reelaborada por él. Reprochaba a los positivistas italianos no haber elaborado un concepto del Derecho de acuerdo con sus postulados. Más adelante en «El Derecho penal y sus sacerdotes» intenta darnos la solución: «Es Derecho lo justo... lo conveniente a fines racionales. No hay más Derecho que el racional; esté o no protegido por la ley». ¿Qué entiende por fines racionales? No obedece al dictado de una razón superior: es el fruto de una razón humana y, al referirse a los fines racionales, se refiere a fines individuales. Es un claro exponente del individualismo de Dorado. El Derecho viene entendido como algo dinámico, en continua elaboración.

La Justicia del Derecho no consiste en una concordancia con el Derecho natural. El Derecho es un producto social que se elabora poco a poco dentro de la sociedad misma. Para introducirnos en la interpretación del fenómeno jurídico Dorado comienza con la exposición crítica de la concepción del Derecho como algo distinto y separado de la realidad. Es el sociólogo el que debe indicar al legislador las bases normativas para dictar leyes justas. En todo lo cual Valls advierte una clara influencia del positivismo sociológico.

Pero este pensamiento se dio en un momento concreto. En una segunda época, defiende la resistencia del Derecho positivo a modificarse pues cuando las leyes se suceden con demasiada rapidez no suelen ser cumplidas. No hay para Dorado forma del Derecho más espontánea y menos rígida que la costumbre, a la que da primacía en todo caso conflictivo. La mutación de su pensamiento es relatada ampliamente en «El Derecho y sus sacerdotes». Esta obra —dice Valls— constituye una barrera o división en las dos etapas del salmantino. Cuando empezó a escribir se encontraba en un estado de espíritu no muy favorable al Derecho positivo y creía que los órganos de la Justicia originaban más daños que provechos. Luego se reconcilió con el Derecho positivo. A este cambio aluden sus comentaristas sin profundizar en los motivos. Valls apuntó cómo Dorado va sintiendo simpatía por las ideas socialistas. «El Derecho legislado, vínculo de cohesión, vale más que el natural, elemento de disgregación». La coacción engendra solidaridad y por este motivo el Derecho positivo desplaza al natural. Cree el autor que Dorado siguió creyendo en un Derecho natural muy limitado.

Derecho y coacción es el segundo apartado del notable libro que estamos reseñando. ¿Es necesaria la coacción al Derecho? Lo es y no lo es para Dorado: todo depende de lo que por Derecho se entienda. Lo es del Derecho regulado; pero los defensores del Derecho coactivo ponen de manifiesto su debilidad al manifestar que existe un Derecho superior y anterior al legislado. La corriente krausista es contraria a la consustancialidad con la coacción. Es difícil poder clasificar a Dorado, dadas las doctrinas opuestas que sostiene. «La autoridad o coacción que no se ejerza para beneficio del súbdito, no tiene defensa. Y el Derecho natural se acompaña de la coacción eficazísima interna o psicológica».

A continuación trata el autor de las bases de la Justicia penal, así como de la teoría de la Ley, la justicia y la sociedad. Por ser más conocida la posición penalista del profesor salmantino y dadas las reiteraciones del mismo, nos contentaremos con aludir al resto del bien construido libro de Valls. Figura un apéndice biográfico muy amplio, para formar el cual se ha examinado la biblioteca de Dorado, consultando además a la hija superviviente del gran penalista. Trata también de «Dorado y la Institución Libre de Enseñanza». Dorado, más que krausista —acierta Valls— profesó el estilo de vida propio de las instituciones. Un apéndice bibliográfico muy completo (más que ninguno de los publicados) da fin a trabajo tan meritorio.

JOSÉ ANTÓN ONECA.

VON HENTIG: "El Delito", tomo I, trad. Barbero Santos, Espasa-Calpe Madrid, 1971, 512 páginas.

Este primer tomo, dedicado a *El criminal en la dinámica del tiempo y del espacio*, se divide en tres libros, subdivididos cada uno de ellos en dos capítulos. El libro primero se ocupa de la imagen básica del hombre criminal. Comienza con la personificación del objeto del odio. No es posible tener una imagen específica de los delincuentes, que vienen a ser personas a quienes se les suele odiar y en no pocas ocasiones se les teme. Es el odio la droga más patente que posee el hombre, pudiendo estar dirigido a personas que no son delincuentes; suele ocurrir con los extranjeros y el forastero, a quienes se mira con recelo y con frecuencia se les considera culpables de todos los males. Se recogen algunas estadísticas donde se refleja el mayor índice de criminalidad de aquéllos en relación con la población nativa. El odio lleva siempre a formar una imagen desfigurada de la realidad.

—Para nosotros el odio al extranjero se fundamenta en el instinto de conservación. Puede venir a quitar trabajo, a empobrecer la economía; por otra parte se desconocen sus antecedentes, costumbres, etc., que llevan a desconfiar. De todas formas depende de los países, en España, por ejemplo, se suele acoger bien al extranjero, siempre que proceda de país de un nivel socioeconómico superior y venga más a dar que a llevarse —turismo—. En cuanto a esa mayor criminalidad del extranjero hemos de señalar que, precisamente para Alemania, nuestros emigrantes son los de menor delincuencia, incluso está muy por debajo de la delincuencia alemana. De los que visitan España los marroquíes dan el mayor índice (1).

Tradicionalmente se ha venido creyendo en la existencia de ciertos caracteres físicos propios de los criminales. También hoy existe la tendencia de hacer lo mismo por toda la sociedad en general. De todos modos la

(1) Véase nuestro trabajo: *Criminalidad y movimientos migratorios. La criminalidad de los turistas en España*, en "Revista Española de la Opinión Pública", julio-septiembre, 1969.

idea de establecer una teoría fisonómica del delincuente está condenada al fracaso.

Cuando el criminal se nos presenta como bueno y honrado puede influir en que quitemos importancia al delito; lo mismo puede decirse de su comportamiento posterior o incluso la forma de vestir. De esta opinión no escapan incluso ni los jueces ni los políticos. En los errores judiciales los viejos suelen aceptar la pena, que compensa por los muchos delitos por los que no se les condenó.

—Nosotros, durante nuestra época como funcionario de prisiones, no hemos encontrado a ningún recluso que acepte la condena por un hecho no cometido —solamente pueden aceptarla si en el transcurso de la investigación y juicio les sirvió para eludir la responsabilidad de otros u otros delitos más graves, esto es raro que se dé—. Otra cosa es si entendemos por error judicial también los supuestos en que la pena es excesiva o queda corta por no apreciar bien las formas de ejecución, grado de participación y circunstancias modificativas. En general el recluso siempre suele estimar excesiva la pena.

Se recoge la figura del bandido generoso en su concepción tradicional. La conducta de la mayoría de ellos obedece a que no fueron capaces de sobreponerse a determinada injusticia que habían sufrido. De algos queda una gran proyección histórica.

La mujer suele recibir mejor trato que el varón ante la máquina de la justicia. Se desconfía menos de ella. La atracción sexual hacia la mujer joven juega su papel en este aspecto. Influyen también el carácter maternal ante la madre que da la vida y se estima que no puede quitarla. Ella suele participar en la criminalidad protegiendo al delincuente por medio de la coartada.

La cifra de delitos no descubiertos es enorme. Hay personas que cometen multitud de infracciones y en las estadísticas sólo figuran una vez. Es el delito en grado de tentativa el que más veces pasa desapercibido. Parece que en los homicidios es donde menos diferencia hay entre la cifra real y la conocida. Estima Hentig, no obstante, que esa diferencia es mayor de lo que parece, para lo que recoge diversos ejemplos de hombres y mujeres que cometieron multitud de asesinatos; de éstos algunos no habían sido denunciados y otros no se habían descubierto, aún a pesar de la detención del autor. La estafa es de los delitos menos conocidos por la víctima.

—Hoy, por lo menos en los países civilizados, aunque con excepción de las grandes urbes, por el mayor control y relación de las personas, el problema no parece tan grave. En España el homicidio es el delito más denunciado y posiblemente donde con más frecuencia se descubre al culpable. Sin embargo, hay que tener presente que a veces el autor consigue que su delito aparezca como suicidio, muerte natural o por accidente.

Se ocupa de la zona oscura de los delitos desconocidos como consecuencia de no haber sido denunciados. Se alude a las diversas razones por las que no se denuncia. Esa cifra es muy elevada entre los obreros de las grandes empresas, establecimientos comerciales, grandes almacenes,

hoteles, etc.; otras veces no se denuncia por temor al autor, compasión, tener algo que ocultar, ser mayores los perjuicios que los beneficios que se puedan obtener, etc. Se recoge la situación en las estafas, abortos, corrupción de menores, tráfico de narcóticos, etc.

Es notable el número de denuncias que se sobreesen. Los motivos son diversos: Preocupación de la policía porque se valore poco su labor al no presentar un volumen alto de casos esclarecidos, una amnistía, obstáculos a la investigación policíaca —presiones políticas, de grupos de presión que temen verse mezclados en algún delito—, las sectas, el clero, los médicos, el ejército, la policía, la nobleza, etc., procuran dar la menor publicidad cuando uno de sus miembros comete un delito.

—En España se incoaron, en 1967, 208.163 sumarios y hubo un total de 83.112 sobreseimientos —3.177 libres y 79.935 provisionales—. De éstos, 41.356 por no resultar justificada la perpetración del delito, y 38.599 por no existir motivo suficiente para acusar a determinada persona ("Estadísticas judiciales", pág. 35).

—Dentro de esta parte, dedicada a la defectuosa contribución de la imagen numérica, Hentig suele denominar "zona oscura" al problema de la "cifra negra." Nosotros subdividimos ese criterio en "cifra oscura" y "criminalidad oscura", según la mayor o menor posibilidad de denuncias (2).

Se da con relativa frecuencia el caso de procesados que no son condenados. Aquí se debe tener presente la condena condicional. La condena del delincuente sirve a veces para esclarecer casos que habían sido denunciados y estaban sin descubrir. En los asesinatos es frecuente que se condene al autor por menor número de los que cometió. En cuanto a la influencia positiva o negativa que pueda tener el número de condenas, en relación con la criminalidad, es un hecho que no está demostrado.

—En el campo de la investigación criminal es muy difícil conseguir de un delincuente, sobre todo si ya fue condenado en alguna ocasión, que se declare autor de todos los delitos que ha cometido. Cuando se ven desarmados procuran confesarse autores de los menos posibles, intentando ocultar los más graves. Otras veces se declaran culpables de delitos no denunciados. Otras desconocen el autor, el número de infracciones cometidas —esto es frecuente— por haber cometido muchos, en distintas ciudades, con prisa, de noche, sin apenas conocer el lugar. Aquí es muy importante, para la lucha contra el delito, conocer el "modus operandi".

Termina el primer libro con un capítulo dedicado al valor del azar en el delito. Tiene mucha importancia en la vida de los delincuentes, así como también en el éxito o fracaso de la policía y de los jueces.

El libro segundo trata del *campo de acción del tiempo y del espacio*. El capítulo primero se ocupa de los factores temporales. Se recogen diversas estadísticas, la mayoría norteamericanas, donde se establece una relación entre meses del año, delito y otras conductas. El suicidio, por ejemplo, se

(2) Véase nuestro trabajo: *La criminalidad oculta*, en "Revista de Policía Española", julio-agosto, 1969.

da con más frecuencia en los meses de verano, lo mismo que los delitos contra la honestidad; las infracciones contra la propiedad, por el contrario, son más numerosas en los tres últimos meses del año. También se considera la situación con relación a los días de la semana y horas del día. La delincuencia juvenil, el contagio de enfermedades sexuales, delitos cometidos bajo la influencia de bebidas alcohólicas y delitos contra la honestidad, se suelen dar con más frecuencia los domingos.

—Similar tónica se sigue en nuestra criminalidad, que podemos resumir: las infracciones que se pueden cometer a cualquier hora, se ejecutan en mayor número por la noche —hay más facilidad de que queden impunes—. Hasta los quince años el autor casi siempre actúa de día, por el mayor control familiar que le obliga a acudir temprano a casa. Los festivos suelen ser los de más delitos, por el ocio, consumo de alcohol, abandonar las familias sus viviendas —robos de pisos—, descuidar la autoridad la vigilancia, etc. Nuestras estadísticas judiciales apenas establecen diferencias entre meses del año y delitos.

Dentro de los factores espaciales se destacan los geográficos. En diversas estadísticas se recogen la diferencia de la criminalidad, en ocasiones muy importantes, entre los diversos países, y dentro de los mismos entre las regiones. Es importante, sin embargo, no olvidar la importancia que puede tener la diferencia de legislación, así como el personal dedicado a la lucha contra el delito, eficacia, etc. En la geografía criminal ha de tenerse en cuenta no sólo el clima, el suelo o el país, sino la historia, la economía y los movimientos migratorios.

—Nuestras zonas de mayor criminalidad, además de las grandes ciudades, son las costeras. Dentro de éstas las mediterráneas, destacando las de mayor afluencia turística.

Se recoge la influencia que puede tener las fugas de menores del domicilio paterno, así como el abandono del hogar por parte de los padres. También es de interés considerar los que huyen de la justicia, ya sea por la comisión de un delito o haberse fugado de la prisión. Han de refugiarse en la familia o en los bajos fondos, prefieren esto último, ya que la autoridad vigilará aquéllos lugares en espera de poder detenerles.

Las migraciones interiores pueden tener cierta relación con la criminalidad. Estudia Hentig, en definitiva, los movimientos del campo a la ciudad, la problemática que presenta, la psicología del campesino, dificultades con que tropieza, problemas que encuentra en la ciudad, así como la sociología de la gran urbe. Se presentan diversas estadísticas, especialmente norteamericanas y alemanas, donde se hace una relación de la criminalidad entre el campo y la ciudad. Los problemas psiquiátricos son más frecuentes en la gran urbe, lo mismo que el suicidio. En general las ciudades de mucha población tienen mayor volumen de delincuencia que la zona rural. Las lesiones graves, violación, asesinato y homicidio son más frecuentes en el campo.

—España también da un mayor índice de criminalidad en la gran urbe —Las Paimas, Madrid, Barcelona, Bilbao y Zaragoza, Valencia y Sevilla, superan el índice de delincuencia que les corresponde en re-

lación con su población—. Las migraciones interiores son de gran interés; sin embargo, su influencia en el delito se debe más a que esa población se dirige a las grandes ciudades —que son criminógenas por su gran población— que a los movimientos migratorios en sí, que también tienen su importancia. Nosotros tenemos también la criminalidad de los turistas, que apenas tiene valor (1).

La emigración a lugares lejanos se hacen por diversos motivos, de difícil determinación, aunque la causa principal es la deficiencia económica, no faltando quienes lo hacen para huir de la justicia. Recoge Hentig los problemas con que ha de tropezar el emigrante en el nuevo país, muchos de los cuales le pueden llevar al delito, al suicidio o la enfermedad mental. Normalmente el emigrante sufre una gran crisis, pues las cosas no suelen salirle tal como las esperaba. Es de destacar la distancia, cada vez mayor, que separa a los padres emigrantes de sus hijos que llevaron pequeños o nacieron ya en el extranjero. Estos chicos se encuentran entre dos generaciones diferentes; sus padres y la juventud nativa. El afán de querer identificarse lo más rápidamente posible con los nativos les puede llevar al delito. Es notoria la criminalidad de la segunda generación. En Estados Unidos buen número de famosos "gangsters" fueron hijos de emigrantes. Termina el segundo libro con un estudio de las emigraciones impuestas, normalmente como consecuencia de la guerra y la derrota; se hace una relación con los emigrantes voluntarios y su incidencia en el delito.

—El emigrante español suele delinquir menos en el extranjero que en España y que la población nativa. En cuanto a la criminalidad de los extranjeros residentes en España no tenemos problema; sin embargo, los marroquíes dan un gran índice de criminalidad. Los extranjeros delinquen en España en mayor proporción que los españoles (1).

Trata el libro tercero de la *estructura y función del lugar del hecho*. Se inicia con unas consideraciones generales sobre el lugar buscado por el autor, estudio de su topografía, personal que vive o trabaja en su interior, movimientos, etc., a fin de cometer el delito en el momento de menor riesgo. Sin embargo, hay veces en que se aprovecha el lugar, que no se buscó de propósito, cuando se presenta de forma repentina y ofrece buenas garantías.

La vivienda y lugares cerrados tienen una relación especial con determinadas formas delictivas. La casa supone, en principio, cierta seguridad para sus moradores. Sin embargo, son delitos que se suelen cometer con más frecuencia dentro que fuera de la morada: incesto, corrupción de menores, actos lésbicos y homosexuales, robos. Se hace una relación de la muerte del marido por la mujer y viceversa en el dormitorio o en la cocina. También se recogen otras formas de delitos que se suelen cometer en determinadas dependencias de la casa.

—La criminalidad española se ajusta con bastante precisión a los lugares anteriores. El deseo de seguridad se aprecia en la doble cerradura que suelen tener buena parte de las viviendas en las grandes ciudades.

Los templos son lugares donde se cometen delitos. Sustracción de objetos de su interior, hurtos a personas que allí se encuentran. Estos edificios son elegidos en ocasiones por los espías, estafadores matrimoniales y numerosos delincuentes contra la honestidad; también se cometen actos de corrupción de menores, atentados homosexuales, exhibicionismo y hasta algún asesinato. En los cementerios se ejecutan actos de profanación de cadáveres, sustracción de joyas de los ataúdes y necrofilia, producto de las más repugnantes aberraciones sexuales.

—En las iglesias españolas no es frecuente la comisión de delitos, salvo los pequeños hurtos en los “cepillos”, generalmente cometidos por jóvenes. Suele causar respeto a nuestros delincuentes; conocemos un caso en que varios sujetos, tras violentar la puerta de una iglesia —por la noche— penetraron en su interior. Frente al altar había un catafalco. Por las huellas plantares se comprobó que no penetraron más de cinco metros de la puerta. Posiblemente el miedo, más que el respeto, les llevó a marcharse con las manos vacías. También los delitos en los cementerios son raros.

Los hoteles son, con frecuencia, locales donde se procura evitar que los delitos allí cometidos trasciendan al exterior, o incluso a los huéspedes, pues iría en perjuicio del negocio, por lo que se utilizan todos los métodos posibles para evitarlo. Las infracciones que allí tienen lugar se cometen por los clientes, personal empleado o delincuentes que penetran subrepticamente. En las prisiones y manicomios también se cometen muchos delitos que son desconocidos en las estadísticas; lo mismo sucede en las viviendas de “mujeres de la vida” y locales comerciales.

—Los hoteles suelen ser buen refugio para delincuentes de “cuello blanco”. No faltan, entre los de más lujo, donde se ejerce la prostitución. Hay hoteles que disponen de una plantilla de prostitutas, de buen aspecto, que se encuentran al servicio de los clientes que las solicitan —suelen cambiar con mucha frecuencia—. A veces disponen de invertidos.

El ferrocarril es un medio de transporte que con frecuencia fue asaltado, para robar el dinero que allí se trasladaba o desvalijar a los viajeros. En los vagones se han cometido asesinatos, arrojando el cadáver a la vía que quedó destrozado; también se cometen en los trenes hurtos, abusos deshonestos y actos homosexuales. En las salas de espera de las estaciones y sus alrededores suelen refugiarse algunos delincuentes, floreciendo cierto mercado negro. Los barcos no escapan a la criminalidad, el ocio es uno de los mayores enemigos de la tripulación; los trasatlánticos vienen a ser como hoteles flotantes donde con frecuencia viajan delincuentes profesionales. El teléfono, el telégrafo y la radio han favorecido el trabajo de la policía, mientras que el automóvil ayuda al delincuente, que utiliza para cometer ciertos delitos o darse a la fuga. También en los aviones se puede cometer delitos, lo más grave son los sabotajes, haciendo explotar algún artefacto en pleno vuelo. Hoy se utiliza el ascensor para cometer algunos robos a las personas que suben en ellos.

—Hoy los trenes no suelen ser un medio de transporte donde se cometan delitos. En los españoles hubo una época en que era frecuente el

hurto de "equipajes"; hoy prácticamente no tiene valor. Nuestro delincuente prefiere usar el coche sustraído o el autocar, sobre todo cuando huye; sabe que los trenes están controlados por la policía. Los timos suelen cometerse cerca de las grandes estaciones de ferrocarril o autobuses, lugar donde es fácil encontrar una víctima. La policía comienza a utilizar la electrónica en la lucha contra el delito (3).

Termina este primer tomo con un estudio sobre la naturaleza como lugar del hecho. El agua puede servir tanto para la comisión de un asesinato —arrojando a alguien que no sepa nadar o pueda alcanzar la orilla—, como para ocultar el cuerpo de cualquier víctima que previamente se ejecutó. Caso típico es el lanzar a una persona fuera de un barco. Para salvar la resistencia de la víctima se pueden emplear narcóticos, somníferos, alcohol, etc. Cuando es una mujer la que quiere cometer un ahogamiento, la víctima suele ser otra mujer o un niño. A veces los cadáveres se arrojan al mar o a un río, descuartizados, para evitar su identificación. La altura —montaña, acantilado, torre o rasca-cielos— suele utilizarse para el suicidio o la comisión de asesinatos.

—Quizá el problema de mayor interés, como apunta Hentig, sea el de la zona oscura de la criminalidad, a fin de poder conocer cuándo se trata de suicidios y cuándo de asesinatos simulados que aparecen como suicidios. En la mayoría de las grandes ciudades españolas suele haber lugares de gran altura desde donde se suelen lanzar los suicidas.

El bosque es también un lugar apropiado para la comisión de delitos. Se dan los abusos deshonestos, actos de exhibicionismo, excesos homosexuales, etc. El lugar del hecho es importante, sobre todo en relación a la mayor o menor posibilidad de defensa de la víctima o que pueda recibir ayuda de terceros.

—En los parques y pequeños bosques de las afueras de las ciudades españolas se dan esos delitos. También el chantaje a homosexuales y a parejas de novios o amigos, así como alguna violación, sin olvidar los robos con violencia o intimidación. Esas zonas ya son peligrosas en las grandes urbes, especialmente por la noche.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

JACQUES VERHAEGEN: "La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité" (La protección penal contra los excesos de poder y la resistencia legítima a la autoridad). "Bruxelles. Etablissements Emile Bruylant), 1969, 502 págs.

El autor, abogado en la audiencia territorial (Tribunal de Apelación) de Bruselas y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Lovanium, de Kinshasa, ha publicado varios trabajos de temas penales,

(3) Véase nuestro trabajo: *Criminología e informática*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1971.

por ejemplo: "Le délit d'imprudence et la guerre", en Rev. Dr. Pen. Criminal, 1959-1960; "Les impasses du droit international pénal" en Rev. Dr. Pen. Crim., 1957-58; "La legitime defense et la guerre", en la citada revista, 1955-56.

Como indica su título, este libro gira alrededor de unos hechos delictivos y de unos delincuentes muy peculiares (fruto de los conflictos que surgen entre la disciplina social y los valores jurídicos) que exigen una consideración plurivalente y delicada. Al tratar Verhaegen de los delitos de abuso de autoridad se refiere principalmente a los artículos 114-1.º, 184 y 186 del Código penal francés, y a los artículos 147-1.º, 148, 151 y 257 del Código penal belga; al estudiar la justificación (objetiva) de las decisiones, medidas y mandatos legales de la autoridad, así como al tratar de la justificación (objetiva) de los actos de ejecución de las órdenes legales de la autoridad, se refiere casi exclusivamente a los artículos 327 (Código penal francés) y 70 (Código penal belga); respecto a la supuesta excusa absoluta otorgada a los ejecutores de órdenes ilegales tiene en cuenta principalmente los artículos 114-2.º (Código penal francés) y 152 y 260 del Código penal belga. Las consideraciones acerca del delito de resistencia a la autoridad (rebelión individual) se estructuran fundamentalmente sobre los artículos 209 (Código penal francés) y 269 (Código penal belga).

El volumen consta de cinco partes: la primera, bajo el título "la teoría de la protección penal contra la delincuencia del Estado", después de constatar que la legislación penal contra los abusos de la autoridad muy raramente se aplica, estudia las causas jurídicas o psicológicas de esta escasa aplicación, así como sus consecuencias próximas y lejanas. Verhaegen analiza detalladamente las dificultades para determinar los actos delictivos de exceso del poder, y las contrasta con las posibilidades reales de su determinación objetiva y subjetiva. Analiza después las reducciones abusivas del campo de aplicación del Código penal en estos temas, así como las limitaciones abusivas de la justificación de la resistencia individual frente a los excesos del poder. Merecen especial atención las páginas acerca del culto al poder público, acerca de esta inclinación tan extendida a decidir *in dubio pro potestate* y no *in dubio pro libertate*. Esta tendencia encuentra acogida no sólo en Europa, sino también en otros continentes, como muestra una excelente obra norteamericana (1).

El segundo capítulo analiza la legislación penal francesa y belga (a partir del Código penal de 1810) respecto a los excesos del poder (obediencia a órdenes ilegales), responsabilidad del autor y responsabilidad del ejecutante. Ilustra los puntos más importantes con la exposición y el comentario de casos concretos extraídos de la jurisprudencia. Concluye que la excusa legal libra al subordinado (que lleva a cabo la orden injusta) de responsabilidad penal, pero no priva a la orden (y a su reali-

(1) "The Law of Dissent and Riots", editado y compilado por Bassiouni (Thomas. Springfield. Illinois. U. S. A. 1969), 498 páginas.

zación) del carácter injustificable (sería interesante una confrontación con los estudios de los dos monografistas españoles Rodríguez Devesa y Rivacoba que mantienen en este punto una postura distinta).

El tercer capítulo pretende —y logra en buena medida— arrojar luz sobre este conflicto formulado el final del capítulo anterior (irresponsabilidad de quien lleva a cabo una orden injusta) estudiando la respuesta dada a este problema a lo largo de la historia: en Grecia (la Antígona de Sófocles, Sócrates, Aristóteles), en Roma (las XII Tablas, Séneca, Gaio, Cicerón, Plinio el Joven...), los pensadores cristianos (San Pablo, San Agustín, Santo Tomás, Suárez), en el Ancien Régime (la tradición bartolista, Lutero, Erasmo, Rousseau, Kant...), los pensadores del Estado de Derecho... Especial atención merece el atinado principio formulado por Jean Barbeyrac (1674-1744) defendiendo la resistencia individual legítima frente a los excesos del poder, cuando las injusticias son manifiestas e insoportables.

El capítulo cuarto analiza (a la luz principalmente de selecta jurisprudencia francesa, belga y holandesa) las modalidades necesarias del derecho a la resistencia: han de mediar irregularidades flagrantes (falta de competencia personal, material o territorial, irregularidades de los motivos) y efectos graves (respecto a la integridad corporal, a la libertad de movimientos, inviolabilidad de domicilio, etc.). Como conclusión propone Verhaegen añadir, en el artículo que tipifica la rebelión, un párrafo que exima la responsabilidad cuando la resistencia individual venga exigida por la necesidad actual, prudentemente apreciada, de evitar (a sí o a otros) los efectos graves de un flagrante exceso del poder.

Las consideraciones más importantes expuestas en las páginas anteriores, se aplican, en el capítulo quinto, al proceso de Nuremberg, con profundas reflexiones acerca de la legalidad en los periodos de crisis y acerca de la conveniencia de restablecer el sentido de la primacía del Derecho sobre el legalismo.

Las siete conclusiones finales (pp. 449 y ss.) merecen muy atenta lectura tanto desde el punto de vista *de lege lata* como *de lege ferenda*, tanto para el jurista como para el sociólogo, el filósofo o el político. Tenía razón Kennedy al afirmar que “quienes hacen imposible la evolución pacífica, hacen inevitable la revolución violenta”.

El libro es completo. Sin embargo deseáramos un segundo tomo en el que algunos de los problemas insinuados se trataran dentro del marco tecnicodogmático de la moderna ciencia penal. Concretamente, sería de gran interés el análisis de los delitos de intento (*Unternehmensdelikte*) (2) a la luz de los modernos trabajos en lengua alemana, inglesa e

(2) La rúbrica que insinúo —delitos de intento— no es atinada. Menos lo sería hablar de delitos de atentado, de empresa, de emprendimiento, de actividad (QUINTANO), de tentativa, de resultado anticipado (JIMÉNEZ DE ASÚA), o de comisión anticipada (las dos últimas calificaciones resultan vagas y genéricas). La palabra alemana “*unternehmen*” carece, en mi opinión, de una traducción literal apropiada para designar esta realidad delictiva del autor que, además de intentar, emprende algo.

italiana. En las leyes penales de España y de muchas naciones de Iberoamérica, el legislador no tiene en cuenta los importantes avances legales y teóricos en este campo. Además, no conocemos estudio alguno en lengua española acerca de este tema (colindante o coincidente en parte, con los delitos de tendencia, delitos de resultado cortado, delitos mutilados de dos actos, delitos de peligro) que pueda aclarar algunos de los problemas todavía ocultos en la tentativa, y que debe ayudar a estructurar científicamente —y en su justa medida— los delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado, para salvaguardar los principios del Estado de Derecho.

A. BERISTAIN

concreto. Entre la literatura merece citarse, al menos, el estudio de Schröder, *Die Unternehmensdelikte*, en *Tübinger Festschrift für Kern* (Tübingen, 1968), 457-468.

ALEMANIA

Juristenzeitung

Núm. 8, 16 abril 1971

SCHRODER, Horst: «Zur Verteidigung der Rechtsordnung. Anmerkung zu zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofes» (En torno a la defensa del orden jurídico. Anotación a dos decisiones del Tribunal Supremo); páginas 241-244.

La *cláusula mágica*, por excesivamente vaga y genérica, ínsita en la nueva fórmula de la “defensa del orden jurídico” (*Verteidigung der Rechtsordnung*) —introducida por vez primera en los §§ 23,1 y 27 b, 1 del *StGB* por la versión provisional del art. 106 de la *1. StRG*, de 25 de junio de 1969, y definitivamente incorporada a los §§ 14 y 23,3 del *StGB* por la definitiva versión, vigente a partir del 1 de abril de 1970, sustituyendo así a la anterior fórmula del “interés público” (*öffentliches Interesse*), aunque, a decir verdad, con idéntico contenido y alcance que aquélla (1)— ha reactivado la polémica doctrinal y jurisprudencial en torno al significado auténtico de dicha fórmula de contención que, al igual que todas las cláusulas de carácter general, chocan obviamente con los principios informadores de un Derecho penal propio de lo que hoy suele llamarse Estado de Derecho; si bien no debe dejarse a un lado el hecho de que tales cláusulas generales son de uso frecuente por parte de los legisladores en materia penal de casi todos los sistemas políticos del orbe (2).

Pues bien, con arreglo a lo preceptuado en el parágrafo 14 del Código penal alemán federal, las penas privativas de libertad inferiores a los seis

(1) En torno a la problemática planteada por la fórmula anterior, *vide.*: KLEIN, Walter: *Zum Begriff des öffentlichen Interesses*, Inaug. Diss., Münster, 1969; y la extensa tesis doctoral, además de ofrecer un enorme aparato bibliográfico, de VOGEL, Horst.; *Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung und seine prozessuale Bedeutung*, Inaug. Diss., München, 1966.

(2) Después de escudriñar las características propias de las cláusulas generales en Derecho penal (referencia casi exclusiva a valoraciones o a esferas extrañas al Derecho; indeterminación de su contenido; instrumento de significado equívoco por su significado multicolor; que obliga al juez, no a aplicar el Derecho, sino a inventarlo; cuerpos extraños al Derecho penal que están en continuo conflicto con los principios cardinales de éste, etc....), CLASS las denomina «disposiciones o preceptos en blanco» que constituyen una parte esencial extraña por completo al Derecho penal propio de un Estado de Derecho, por cuanto, con ellas, la ley deja de ser una instancia de decisión segura. (*Vide.*, CLASS, Wilhelm.: *Generalklauseln im Strafrecht*, en *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 2.^a ed., 1971, 122 ss., esp. 123, 124, 129, 135 y 138.)

meses de duración sólo deben imponerse cuando lo exija la defensa del orden jurídico; y, de acuerdo con el § 23,3 del mismo cuerpo legal, la ejecución de las penas de prisión de un mínimo de seis meses no debe ser suspendida condicionalmente cuando así lo ordene la defensa del orden jurídico.

Partiendo, por tanto, de dicha preceptiva, el profesor de Tübingen examina parcialmente la problemática inherente a la fórmula lapidaria a la luz de dos recientes decisiones jurisprudenciales—de 8 de diciembre de 1970 y de 21 de enero de 1971— con el objeto de descubrir o, cuando menos, aclarar algo acerca del significado, alcance y finalidad de aquélla.

Después de señalar que, en lo que hace referencia al § 23, 3 del *StGB*, se trata en cualquier caso de un concepto mucho más rígido y estricto que el anterior del «interés público», no se oculta a Schröder que en el *substratum* de la preceptiva estudiada subyacen abiertamente con preeminencia las necesidades de prevención general. Si, por otro lado, a nada conduce una interpretación literal o gramatical del concepto, tampoco ofrece soluciones la interpretación histórica, por cuanto la *mens legislatoris* mostró únicamente su preferencia por tal nomenclatura sobre la, tal vez menos expresiva, de *Bewährung der Rechtsordnung* (confirmación del orden jurídico), mas cuyo indefinible contenido viene, en todo caso, a ser similar al de la fórmula legal o a cualesquiera otras de las empleadas por la doctrina (*Die Interessen der Allgemeinheit, das Sühnebedürfnis, die Erhaltung der Rechtstreue des Volkes, die Notwendigkeit der Abschreckung im Einzelfall, etc...*).

Aunque, en opinión de Schröder, ambas sentencias destacan el fin de prevención especial que rodea a la fórmula, lo cierto es que subrayan, no obstante, la preponderancia de la idea de prevención general; aunque sobre este último concepto se barajan concepciones diversas.

Sin traer consigo dicha fórmula cambio cualitativo alguno, el profesor de Tübingen destaca la existencia de un cambio cualitativo, en base a considerar que, gracias a ella, la culpabilidad del autor y la expiación que a ella corresponde juegan a partir de ahora un papel decisivo a la hora de decidir acerca de la imposición de una pena privativa de libertad y de su suspensión condicionada bajo régimen de prueba; lo cual significa, en su opinión, el reconocimiento de que la conciencia jurídica del pueblo exige una expiación adecuada a la gravedad de la culpabilidad. En síntesis, los mencionados párrafos han traído consigo el establecimiento de una jerarquía de fines penales a favor de las necesidades de prevención especial, de modo que únicamente cuando la imposición de una pena privativa de libertad de corta duración sea necesaria para la defensa del orden jurídico, debe, en consecuencia, ser ordenada. Y, de idéntico modo, sólo cuando la defensa del orden jurídico disponga o mande renunciar a la suspensión condicionada de la ejecución de la pena, puede renunciarse a ésta. Para llegar a tal conclusión—la negación de la condena condicional—, es preciso, pues, que existan poderosos argumentos. Finalmente, ante la decisión que el juez debe asumir sobre la posible lesión del sentimiento jurídico popular a causa de la concesión de la condena condicionada en los supuestos dabitados, afirma Schröder que ello obliga a la constatación por parte de los jueces de realidades empíricas relativas a la reacción popular, etc..., pero que en modo alguno supone entrometer al pueblo,

en el campo de la aplicación del Derecho, por cuanto el juez viene previamente obligado por los elementos normativos ínsitos en el concepto de defensa del orden jurídico (3).

Ciertamente, la solución de Schröder no puede calificarse de afortunada, pues peca del mismo grado de abstracción que el contenido en la fórmula debatida. Por otra parte, recalcar, como el profesor Tübingen hace en la idea de la culpabilidad del autor, con el fin de subrayar la finalidad de prevención especial insta en la mencionada cláusula, cuando precisamente ésta se aplica la más de las veces a supuestos culposos (vr. gr., conducción de vehículos de motor en estado de embriaguez con resultados dañosos graves), es un argumento totalmente fútil, amén de contradictorio.

Personalmente, me inclino en favor del criterio sustentado por Naucke en el sentido de que la "defensa del orden jurídico" carece de contenido, intentando la doctrina con medios inidóneos encontrar contenido a un objeto inidóneo; la jurisprudencia ofrece una panorámica de errores metódicos y sistemáticos; debiendo, si se desea proseguir, por ese camino, establecerse límites más amplios para la imposición de las penas cortas de prisión y una más exacta delimitación entre la conformación del Derecho penal y su aplicación en el marco de un Estado de Derecho (4).

Además, sobra, a mi juicio, la formulación expresa de dicha cláusula, habida cuenta del amplio margen que los parágrafos 23 y siguientes conceden a los tribunales a la hora de la imposición de la suspensión condicional de la pena. Esta concesión al arbitrio judicial presupone, a mi entender, una posibilidad obvia de tenere en cuenta las exigencias de prevención general, sin necesidad de que éstas sean encerradas en una fórmula a la cual se recurra sin saber a ciencia cierta cuál es su contenido. No cabe duda de que en el camino recorrido por la reforma penal alemana de 1969 hacia la meta de un

(3) Interesantísima es la exposición, muy breve, mas no por ello falta de contenido, que acerca de los problemas que la fórmula del «interés público» plantea en el ámbito formal y material del Derecho penal nos ofrece HÄBERLE en *Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Bad Homburg, 1971, 321-328. El Profesor ordinario de Marburg aclara y precave, en su trabajo de Habilitación, contra el riesgo obvio de identificar el interés público —ínsito en los denominados tipos de interés público— con el interés estatal, recurriendo, para la demostración de su afirmación, al ejemplo de ciertas interpretaciones realizadas sobre determinados tipos de esa naturaleza por la judicatura del Tercer Reich. De ahí se deduce la enorme facilidad con que, mediante esos instrumentos jurídicos-penales, puede trasladarse la conciencia jurídica del pueblo a la conciencia jurídica del Estado o de sus dirigentes. Por otra parte, que en tales fórmulas ha de descartarse toda idea de prevención especial lo demuestra HÄBERLE al constatar cómo la jurisprudencia se adelanta en mucho al legislador, al poner el acento, al aplicar esos tipos, en la idea del bien jurídico lesionado, cuya relevancia es, por así decirlo, casi absoluta a este respecto.

(4) Véase el, hasta ahora, más completo estudio sobre la problemática que plantea la fórmula debatida en NAUCKE, Wolfgang y otros: «*Verteidigung der Rechtsordnung*» (§§ 14, 23 StGB). *Kritik an der Entstehung und Handhabung eines strafrechtlichen Begriffs. Mit einem Anhang: Ein strafrechtliches Seminar als hochschuldidaktisches Problem*, Berlín, 1971, 13 ss., 141, 148.

Derecho penal más liberal, la fórmula de la "defensa del orden jurídico" entraña un grave tropiezo (5).

Pedro-Luis YÁÑEZ ROMÁN

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Tomo 80 (1968), fascículo 1

GALLAS, Wilhelm: "Der dogmatische Teil des Alternativ-Enwurfs" (La parte dogmática del Proyecto Alternativo), páginas 1-33.

Tanto este artículo de Gallas, como los tres restantes que figuran en la sección doctrinal alemana del fascículo de la "Zeitschrift" que recensamos, fueron antes ponencias desarrolladas en el Congreso de Profesores Alemanes de Derecho Penal celebrado en Münster en octubre de 1967.

En su artículo, Gallas critica que el Proyecto Alternativo conciba la pena como orientada de manera inmediata a los fines preventivos en vez de a la idea de la retribución, pues en opinión del articulista el Derecho penal no se ocupa sólo de la protección de los bienes jurídicos, sino que debe garantizar también las exigencias fundamentales de la moral social.

Dentro de la regulación de la ley penal en el espacio, Gallas se muestra de acuerdo con la restricción que el Proyecto Alternativo supone frente al vigente Derecho alemán, en cuanto que limita considerablemente el principio de personalidad, y se muestra de acuerdo, también, con la renuncia del Proyecto Alternativo a considerar a la comunista República Democrática Alemana como si fuese parte del territorio nacional a efectos de aplicación de la ley penal.

El Proyecto Alternativo, al ocuparse de la comisión por omisión, da una enumeración de las causas que originan una posición de garante; en opinión de Gallas, la regulación debería consistir únicamente a una cláusula

(5) En un sentido similar, el legislador español, haciendo valer las exigencias de ejemplaridad y de prevención general ha dado un salto al otro extremo, es decir, al del excesivo empirismo y claridad, cuando, por ejemplo, declara, por vez primera el art. 71 s) de la Ley de 28 de julio de 1933 sobre *Orden Público*, «privados de los beneficios de la condena condicional a los acusados que en el procedimiento seguido por los tribunales de urgencia establecido para los casos de declaración del «estado de prevención», fuesen condenados»; corriente de política criminal que ha seguido el legislador del Nuevo Régimen en el art. 50: núm. 8.º de la *Ley de Orden Público* de 30 de julio de 1959; perdurando, en suma, esta cláusula de exclusión en el artículo 47 de la Ley 36/1971, de 21 de julio, sobre modificación de determinados artículos de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959. Por consiguiente, la primera Ley sobre Orden Público consagra en nuestro sistema jurídico-penal un *criterio mixto* (por razón del delito y de la pena) en materia de concesión de condena condicional.

sula general, previéndose además la posibilidad de una atenuación de la pena de la comisión por omisión frente al delito de hacer positivo.

Después de tratar críticamente la regulación del Proyecto Alternativo de los "delitos cometidos en nombre de otro" de la legítima defensa y del estado de necesidad, Gallas expresa la opinión de que un Código Penal debe definir, ciertamente, el dolo eventual, pero renunciar, por lo demás, a dar conceptos legales del dolo y de la imprudencia.

Aunque Gallas estima que la participación delictiva requiere un hecho principal *doloso*, se muestra a favor de la actitud del Proyecto Alternativo de, en contra del sistema seguido por el Proyecto Gubernamental de 1962, prescindir de una declaración legal expresa sobre ese extremo.

KAUFMANN, Armin: "Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf" (La dogmática en el Proyecto Alternativo), págs. 34-53.

En su toma de posición ante la Parte General del Proyecto Alternativo, Armin Kaufmann, y en lo que se refiere a la participación delictiva, aprueba que no se incluya el dolo entre los presupuestos de la accesoriedad pero rechaza que, a diferencia de lo que sucede en el vigente Derecho alemán, se prevea una atenuación obligatoria de la pena para la complicidad, ya que estima que esto va a agudizar aún más los difíciles problemas de delimitación entre la autoría y la complicidad.

De la definición que el Proyecto Alternativo da del dolo eventual, dice Kaufmann que en ella caben cualquiera de las teorías defendidas hasta ahora; de ahí que se pregunte cuál puede ser su utilidad, pues al ser tan impreciso no contribuye en nada a lo que podría ser el sentido de un concepto legal del *dolus eventualis*: el de lograr una mayor seguridad jurídica.

Para que se dé el estado de necesidad, el Proyecto Alternativo exige, por una parte, que concurra una situación de estado de necesidad y, además, que no sea exigible otro comportamiento. De ahí se sigue, escribe Kaufmann, que el comportamiento no exigible es punible si no se dan los presupuestos del estado de necesidad: ¿Qué clase de inexigibilidad es ésta, pregunta Armin Kaufmann, "que deja subsistente la culpabilidad y la pena? Un monstrum novum que exige lo inexigible, amenazándolo con el veredicto de culpabilidad y con la pena".

Después de ocuparse de la tentativa, en la que Kaufmann destaca, como las tres novedades del Proyecto Alternativo frente al Derecho vigente: la atenuación obligatoria de la pena, la declaración de impunidad de la tentativa supersticiosa y la del llamado autor inidóneo, llega a la conclusión de que, dogmáticamente, no es necesaria una reforma del Derecho alemán, pues lo que en el Proyecto Alternativo es nuevo, o no es correcto, o no es importante o puede incorporarse al Código vigente mediante una mera reforma parcial. No es la Parte General, sino la concepción politicocriminal del Código alemán y la Parte Especial lo que debe ser objeto de reforma, concluye Kaufmann.

JESCHECK, Hans-Heindich: "Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuchs (Allgemeiner Teil)" (La concepción políticocriminal del Proyecto Alternativo de un Código penal [Parte general]), páginas 54-88.

La concepción políticocriminal del Proyecto Alternativo, escribe Jescheck, ha de ser encuadrada dentro del marco de todo un movimiento internacional de reforma que se ha producido en la última década. Jescheck, que no es partidario de un puro Derecho penal de retribución, rechaza también la actitud del Proyecto Alternativo de no dar a la culpabilidad el valor del principio constitutivo de la pena, sino sólo de principio regulativo para fijar el límite máximo posible de punición.

Al tratar del sistema de penas del Proyecto Alternativo, Jescheck señala que las tres ideas reformadoras básicas en lo que se refiere a la pena privativa de libertad son: la introducción de una pena única con la consiguiente desaparición de la distinción entre reclusión y prisión, la supresión de la pena corta privativa de libertad y la incorporación al Código penal de los principios fundamentales que deben regir la ejecución de penas. En lo que se refiere a esa segunda idea Jescheck la aprueba en principio, pero estima que la multa no puede sustituir la totalidad del campo de la pena privativa de hasta seis meses y que esa sustitución solo puede llevarse a cabo paso a paso y paulatinamente.

Del parágrafo 58 del Proyecto Alternativo Jescheck se muestra de acuerdo con la renuncia a la pena cuando las consecuencias del hecho han supuesto ya un considerable castigo para el autor (por ejemplo: la víctima del homicidio imprudente es un familiar cercano del conductor), pero no le parece acertado el parcial reconocimiento que del delincuente por convicción se hace en el mismo precepto.

Finalmente, Jescheck se ocupa de las medidas de seguridad y, dentro de ellas y especialmente, del establecimiento socialterapéutico.

GRÜNWARD, Gerald: "Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs" (El sistema de consecuencias jurídicas del Proyecto Alternativo), páginas 89-118.

En referencia a la pena en el Proyecto Alternativo, Grünwald destaca que la idea central del Proyecto Alternativo de orientar la pena a la protección de bienes jurídicos y a la reinserción social del delincuente supone un alejamiento del principio retributivo entendido como fin en sí mismo, alejamiento que hace diez años habría sido inimaginable en Alemania. Sobre la base de esa idea central del Proyecto Alternativo, Grünwald lamenta que no se haya suprimido la pena de reclusión perpetua; piensa que, por lo menos, si se considera que esa supresión es aún algo precipitada, en la Fundamentación del Proyecto debería haberse recogido la abolición como principio programático.

En las páginas 119 a 135 del fascículo que recensiono, Karl A. Friedrichs da cuenta de la discusión que en Münster siguió a las ponencias de los profesores Gallas, Kaufmann, Jescheck y Grünwald.

En la sección extranjera del fascículo figuran tres artículos de Hellmuth Mayer, Klaud Allen y Knut Sveri sobre el tratamiento de los delinquentes habituales peligrosos en, respectivamente, los Derechos penales de Alemania, la Gran Bretaña y de los países nórdicos; los tres artículos fueron previamente las ponencias pronunciadas en el Congreso de Derecho comparado celebrado en Berlín en septiembre de 1967. Sobre la discusión que siguió a esas tres ponencias informa Heinz Mattes. En esa misma sección extranjera se contienen, además, artículos de Philippe Graven sobre la privación de libertad en Suiza y en Alemania, y de Jerzy Sawicki sobre los crímenes contra la Humanidad.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIC

ARGENTINA

Revista de Derecho penal y Criminología

Núm. 3, julio-septiembre, 1971

DIAZ DOIN, G.: "El delito de piratería aérea y la anarquía internacional", páginas 333 y ss.

Estima el autor que el problema de la piratería aérea no puede resolverse más que por medio de la solidaridad internacional. De todas formas la solución no es nada fácil, sobre todo si se tiene en cuenta la anarquía internacional que existe en los momentos actuales, en especial por la falta de legislación al respecto y de una autoridad efectiva. Hay quien estima que esta anarquía mundial es comparable al período del feudalismo que precedió al surgimiento del Estado nacional moderno.

Se hace referencia a los esfuerzos realizados para resolver el problema, en especial a la conferencia de la O. A. C. I. (Organización de Aviación Civil Internacional), celebrada en La Haya, diciembre de 1970, con la participación de 300 delegados de 77 países. Se aprobó un convenio para «la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves». No confía en los convenios internacionales, cuando no son respaldados con medidas positivas, pues no pocas veces las partes contratantes eluden el cumplimiento de sus compromisos.

Estima el autor que podría ser de gran valor, para que se cumplieran esos convenios, el bloqueo absoluto de determinadas empresas, que al dejar inco-municados a ciertos países, se verían obligados a cumplir los convenios que ratificaron. La medida tal vez resulte rigurosa, pero en principio parece que no cabe otra, por lo menos que ofrezca cierta eficacia. Por nuestra parte

estimamos que también es importante tomar medidas en las propias aeronaves (1).

PEREA, J. J.: "Genética e índice de criminalidad", págs. 389 y ss.

Se hace una breve exposición de la transmisión de los caracteres hereditarios de los progenitores a la prole, así como de algunos problemas que pueden surgir. En la relación herencia-criminalidad se estima que ésta fatalmente no se hereda. Cuando los cromosomas son normales aparece una gran gama de conductas personales; cuando están dañados el criminólogo ha de tener presente que puede encontrarse ante una persona con un drama individual y con posibilidades de observar una conducta anormal. Tras reflejar una serie de estudios llega el autor a la conclusión de que no existe la herencia psiquiátrica y criminal.

No es partidario de la fatalidad biológica que predispone al delito, aunque pueda influir en determinadas circunstancias. El cariotipo «XYY» presupone la peligrosidad del delincuente.

Los estudios criminológicos deben abarcar varias disciplinas y los equipos deben estar integrados por psiquiatras, psicólogos, sociólogos y criminólogos; también se debe integrar al genista, pero sin dejarse deslumbrar por el «determinismo genético». De todos modos no se pueden sacar todavía conclusiones sobre el tema genética e índice de criminalidad, hay que hacer más investigaciones colectivas sobre grupos de delincuentes y personas que se consideren normales, portadores de la anomalía gonosómica.

En realidad nada hay resuelto. Nosotros estimamos que a la genética todavía necesita mucho tiempo de investigaciones para conseguir aclarar algo sobre el problema herencia-criminalidad. Pensamos que nunca se llegará a conseguir mucho. Sobre todo ello esté en juego el «genotipo» y el «fenotipo», teniendo mucho más valor éste que aquél (2).

ALFONSO SERRANO GÓMEZ.

INTERPOL

Revista Internacional de Policía Criminal

Núm. 253, diciembre de 1971

Asamblea General de Interpol, Ottawa, septiembre de 1971.

Entre los temas tratados en esta Asamblea cabe destacar:

Tráfico ilícito de estupefacientes.—En Africa el cannabis continúa siendo la sustancia estupefaciente más consumida; esta planta crece con mucha frecuencia en estado silvestre, no obstante, ya empiezan a utilizarse otros

(1) Véase nuestro trabajo: *Secuestro de aeronaves*, en «Revista de Policía Española», marzo, 1971.

(2) Véase nuestro trabajo: *Herencia y criminalidad*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1969.

productos. En América se aprecia un aumento en el tráfico, en especial de heroína y cocaína; se observa como el tráfico se hace con más frecuencia en cantidades de mediana importancia, para evitar los comisos grandes. El problema más grave es el tráfico de cannabis entre México y Estados Unidos. Europa sigue teniendo gran importancia, tanto en la producción como en el tráfico ilegal de la diacetilmorfina, con destino a América. En cuanto a Oriente Cercano y Medio, continúa siendo la zona de mayor producción de estupefacientes, para dedicarlos al tráfico internacional. En el Lejano Oriente tiene menos importancia este problema. En Oceanía se está extendiendo el tráfico de cannabis.

Falsificación de moneda.—El dólar sigue siendo la moneda que se falsifica con más frecuencia. El número de países donde se descubrieron falsificaciones fue de veintisiete, siendo esta la media de los últimos años. Ya empiezan a falsificarse monedas menos fuertes que el dólar, siendo afectada la de varios países. También se aprecia un incremento en la falsificación de cheques, siendo los más afectados los grandes bancos internacionales.

Se trató también el tema de la seguridad de la aviación civil, así como las medidas de seguridad practicadas —control de pasajeros, de equipajes, seguridad en las cercanías de los aeropuertos, etc.— así como dispositivos de seguridad a bordo de las aeronaves.

Núm. 254, enero, 1972.

KREUZER, A.: "Un ejemplo de la delincuencia juvenil en grupo: Los «Rocker»".

En los últimos años se aprecia un aumento de la criminalidad juvenil organizada. La mitad de los delitos suelen ser cometidos por grupos delincuentes. Estos son más peligrosos cuando actúan asociados que cuando lo hacen solos. El autor incluye a los «Rocker» dentro de los menores que se dedican al vandalismo. Estos en definitiva, se dan en la juventud asocial y desventajada de las grandes ciudades, siendo los 17 años la edad media. El fenómeno no es propio de Alemania del norte. Esos excesos se daban ya en los «demi-siècles» de los años 50, de los 20, e incluso a finales del siglo XIX. Lo típico de estos grupos es la violencia: atacan a los homosexuales, a los transeúntes; arman camorra en los bares, buscan pelea, destrozan el mobiliario; organizan grandes escándalos en la calle, cometen violaciones, etc.

El autor realiza un estudio sobre 100 de estos sujetos condenados en 1969 por un tribunal de menores de Hamburgo. Salvo en 32 casos de familias aparentemente sin problemas, en las demás el hogar estaba deshecho, habían nacido fuera del matrimonio; presentan también deficiencias escolares y profesionales. Estos grupos aparecen en los estratos sociales más bajos. Se trata, en definitiva, de una reacción colectiva frente a una serie de frustraciones reflejadas en la agresividad del grupo.

En España comienza a darse ese fenómeno, aunque en menor proporción, pero con tendencia a agravarse en un período de tiempo no muy lejano (1).

ALFONSO SERRANO GÓMEZ.

FRANCIA

Revue de Science Criminelle et de Droit penal comparé

Año 1971, núm. 2.

DEL ROSAL: "L'Oeuvre du professeur Luis Jiménez de Asúa".

«Este gran universitario, profesor de profesores, emprendió en 1911 la redacción de su primera obra «La Sentencia indeterminada». En el prefacio de la segunda edición (1945) redactada en América a los 57 años de edad, nos proporcionó las peripecias humanas e intelectuales de su vida con precisión de detalles y acentos de nostalgia. Por encima de cualquier otra actividad fue profesor de Universidad ejemplar. La última entrevista con el autor del artículo fue en las bodas de plata de la *Revue de Science criminelle et de Droit penal comparé*. Pleno de ardor y de vida era todavía un profesor de Universidad. Dos fueron los únicos profesores españoles invitados: Jiménez de Asúa y Del Rosal.

Los estudios del primero con Saldaña y con Liszt orientaron su carrera por el método de la política criminal, llamando su atención los proyectos y anteproyectos de otros países. Después tomó contacto con los problemas dogmáticos. En estos primeros años las construcciones técnicas más desenvueltas fueron *El Derecho* de 1915 y las Adiciones a la traducción española del Carrara.

Más la primera obra que contribuyó a darle celebridad fue la titulada «Libertad de amar y derecho a morir» (1928). En esta época se hizo un nombre como periodista mediante una serie de artículos proyectados hacia el gran público. A continuación el actual catedrático de Madrid cita varias obras de Asúa en las que se advierte la influencia francesa (como *El Estado de necesidad*) o la italiana (*La pericolosita*). En la época antecedente a la República publicó, en colaboración, el *Derecho penal conforme al Código de 1928*, y termina esta fase por una serie de contribuciones donde aparece su posición política: *Problemas de Derecho penal*, y *La vida penal en Rusia*.

Al advenimiento de la República surgió en él la condición de hombre público; pero sin renunciar a sus cursos hasta la designación como presidente provisional de las Cortes, siendo reemplazado en la Universidad por

(1) Véase nuestra obra: *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, Madrid, 1970.

el autor del artículo. En el mismo año leyó su memorable discurso de inauguración del curso de 1931 a 1932 sobre *La teoría penal del delito*; esquema o embrión de un serie temática en su vida. En este período, lleno de pasión política, no abandonó sus deberes universitarios, agotando su fabulosa capacidad de trabajo. Termina el relato de esta época, clasificando las publicaciones de Asúa en: las nacidas de su condición de hombre público; las que miran a la técnica jurídica y las publicaciones profesionales.

En los 41 años de exilio la obra creada fue verdaderamente enorme. En ella destaca el Tratado de Derecho penal, el cual más bien que un tratado es una Enciclopedia. Tras mencionar la confesión que hace Jiménez de Asúa sobre sus numerosas rectificaciones a lo largo de tan fecunda carrera, alude Del Rosal a la impronta formidable de la tesis utópica del profesor salmantino Dorado Monter sobre Jiménez de Asúa desde que tuvo contacto con el partido socialista. De donde surgió la frase pintoresca: «La criminología se tragará al Derecho penal».

Termina este interesante artículo, refiriéndose al último contacto que tuvo con el maestro en la Unesco y en el Congreso de Lisboa, en que don Juan del Rosal fue delegado oficial del Gobierno español.

J. A. O.

HA MUERTO DON FEDERICO CASTEJON

El día 11 de enero del presente año, a la edad de ochenta y dos años, ha fallecido en Jerez de la Frontera (Cádiz), don Federico Castejón y Martínez de Arizala, uno de nuestros más insignes penalistas, destacado colaborador de este ANUARIO DE DERECHO PENAL, que deja imborrable recuerdo para los juristas españoles, por su brillante actuación durante su larga vida, en la Cátedra, en la Magistratura y en la Abogacía. Después de su jubilación como Magistrado de la Sala II del Tribunal Supremo, aún se dio de alta para ejercer la profesión con el máximo prestigio.

Nació en Córdoba el 20 de noviembre de 1888. Se licenció en Derecho en la Universidad de Sevilla (1902/1908) y se doctoró en la de Madrid (1910/1911) ampliando estudios de Derecho Civil en la Universidad de Roma.

Inició su actividad en la docencia universitaria como Profesor Auxiliar Numerario en Sevilla y Zaragoza. Obtuvo por oposición en el año 1913, la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, y hasta el año anterior a su muerte fue profesor del Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.

En 1938 fue nombrado Magistrado del Tribunal Supremo, jubilándose con la categoría de Presidente de Sala en el año 1963.

La obra científica del Profesor Castejón es muy amplia y podemos señalar, por orden cronológico, entre otras, las siguientes publicaciones:

1911.—*Nuevas direcciones del Derecho Civil en Italia.*

1913.—(Segunda edición, 1947).—*Teoría de la continuidad de los Derechos Penal y Civil.*

1914.—*Legislación Penitenciaria Española.*

1926.—*Tratado de la Responsabilidad.* tomo II de *Comentarios al Código penal.*

1931.—*Tratado de Derecho penal.*

1934.—*Datos para la Reforma Penal.*

1936/1945.—*Unificación de Estadísticas Criminales*

1944.—*Delitos de huelga contra la libertad de trabajo y contra la economía nacional*

1944.—*Anteproyecto de Código penal subjetivo.*

1944.—*Génesis y breve comentario del Código penal de 1944-1946. Apén dice a las leyes penales de España, 1947.*

1950.—*Unificación legislativa iberoamericana.*

1950.—*Delitos electorales.*

1950.—*Le système Penitentiaire de l'Espagne.*

1950.—*Código de Policía*

1950.—*Seguro y delito.*

1951.—*Lucha internacional contra la moneda falsa.*

1951.—*Anteproyecto de acuerdo iberoamericano y de reforma del Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929 sobre moneda falsa.*

1952.—*Proyecto de Código y de Tribunal Penal Internacional.*

1950 a 1960.—*Progresos del Derecho comparado en materia de unificación jurídica.*

1955.—*Faltas penales, gubernativas y administrativas.*

1962.—*Essay on the Atomic Crime, Illegal use of Nuclear Energy.*

1968.—*Vigencia del pensamiento de Concepción Arenal.*

Don Federico Castejón estaba en posesión de numerosas condecoraciones españolas y extranjeras y ostentaba relevantes títulos, pudiendo señalar entre otros los de:

—Presidente del Grupo español del Instituto Internacional para Estudios de Defensa Social.

—Vicepresidente del Instituto de Derecho comparado iberoamericano y filipino.

—Vicepresidente del Instituto Internacional para la unificación del Derecho Público y del Centro Internacional de *Etudes sur la fausse monnaie.*

—Académico de la Real de Jurisprudencia y Legislación.

—Presidente Honorario perpetuo del Instituto Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano y Filipino.

—Miembro titular del Instituto de Cultura Hispánica.

—Miembro del Instituto de Criminología de España.

—Miembro del Instituto de Criminología de Buenos Aires.

—Miembro del Instituto de Criminología de La Habana.

—Miembro del Instituto Internacional de Estudios Jurídicos de Roma (Consejero Directivo).

—Miembro de la Sociedad Internacional de Criminología de París.

—Experto Gubernamental español correspondiente del Secretariado de la O. N. U. en materia de prevención del crimen y del tratamiento de los delinquentes.

—Vocal de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia.

—Miembro de la Academia de Doctores de Madrid.

—Académico de la Real Academia de Ciencias de Córdoba.

—Académico de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

—Académico de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

—Gran Oficial de la Orden del Mérito Lanuza (Cuba).

—Commendatore del Ordine Equestre di Sant Agata (San Marino).

Trabajador infatigable intervino en numerosos Congresos y reuniones científicas, en las que siempre tomó parte activa, destacando por sus intervenciones y acreditando en muchas de ellas sus magníficas dotes de organizador.

La muerte nos priva ahora de uno de nuestros mejores cultivadores de nuestra ciencia. A la lista de los grandes penalistas españoles últimamente desaparecidos

Cuello Calón, Quintano Ripollés y Jiménez de Asúa, hay que añadir la de don Federico Castejón, al que los que hacemos la revista, en cuyas páginas va a aparecer esta nota necrológica, tendremos en nuestra memoria, para siempre.

D. M.

TRAFICO DE DROGAS Y DELINCUENCIA JUVENIL

COMUNICACION PRESENTADA EN LAS «PRIMERAS JORNADAS UNIVERSITARIAS DE PROFESORES NUMERARIOS DE DERECHO PENAL». VALLADOLID, ABRIL 1972

SUMARIO: 1. Determinaciones previas.—2. El tráfico de drogas en España.—3. Código penal, Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, drogas y delincuencia juvenil. 3.1. Código penal. 3.2. Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social. Reglamento.—4. *Consideraciones finales*.

1. *Determinaciones previas*.

La reciente reforma del artículo 344 del Código penal y la vigencia de la nueva Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, nos llevan a exponer, de forma sucinta, algunas observaciones sobre un tema de la mayor actualidad e interés: las drogas y la delincuencia juvenil.

El crecimiento de la delincuencia juvenil y el aumento del tráfico y consumo de drogas están íntimamente relacionados, habida cuenta que un gran número de consumidores de drogas y estupefacientes son jóvenes, e incluso adolescentes y niños. Como es sabido, el mayor número de drogadictos se encuentra en jóvenes menores de veinte años y su influencia en el aumento de delitos, no sólo en número sino también en gravedad y brutalidad, es grande. Por curiosidad o «por moda» entran en el tráfico, se entregan después y terminan por convertirse en drogadictos. La marihuana, heroína, LSD-25 y otras muchas drogas desempeñan un papel importante como factor criminógeno, especialmente en la delincuencia juvenil, por ser precisamente aquí donde más estragos causa. Contribuyen a esta escalada los barbitúricos y psicofármacos, que aunque tomados la mayor parte de las veces como somníferos excitantes, pueden crear hábito. Son las de nominadas drogas inofensivas que con frecuencia toman los estudiantes universitarios.

El uso de drogas entre jóvenes, constituye hoy una realidad de cuya importancia tiene conocimiento la opinión pública, la doctrina científica y el legislador. Cada uno en su esfera puede realizar una eficaz labor. En fecha muy reciente, del 23 al 27 del pasado mes de agosto, se celebró en Copenhague, organizado por la U. I. P. E., una reunión de trabajo —con objeto de estudiar el tema «*Traitement et mesures concernant les jeunes face à la drogue. Approches socia*

le, psychologique et légale—, a la que asistieron estudiosos y representaciones de diversos organismos internacionales que destacaron la actualidad del tema y la difusión de la droga entre la juventud.

Por todo ello, hemos de preguntarnos si el legislador en las últimas reformas, más arriba citadas, protege suficientemente a aquellas personas que por su edad aún no han alcanzado plena madurez biológica, psicológica y social, aun cuando, en algunos casos, hayan sobrepasado la menor edad penal.

2. *El tráfico de drogas en España.*

Especial interés tiene el tráfico de drogas en España, especialmente la «cannabis índica» y la heroína, porque si bien esta tiene a nuestro país como lugar de paso, la «cannabis» se destina con frecuencia al consumo interior en nuestra patria. El problema —dice el Fiscal del Tribunal Supremo—, sin ser todavía alarmante, es ya grave». De menor intensidad es el problema de los alucinógenos, aunque más grave por pertenecer a los grados más altos de la toxicomanía. Pero, a nuestro entender, lo que realmente alarma es que la droga se haya extendido a centros de enseñanza media y superior. Según se recuerda en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1971, en un colegio de Enseñanza Media de Vizcaya se averiguó que el 20 por 100 de los alumnos de quinto curso de Bachillerato habían intentado la «experiencia nueva» de probar las drogas. Grupos de jóvenes han sido sorprendidos consumiendo LSD-25 y otros alucinógenos más peligrosos que la «griffa.» (1).

Si comparamos el panorama español con otros países, podremos observar que si bien aun cuando no existen importantes organizaciones de traficantes de drogas, sí existe un claro peligro de penetración. Hasta ahora nuestra península ha servido casi como lugar de paso. Pero, ¿está nuestra legislación, nuestro sistema legal represivo y preventivo, preparada para combatir el aumento de esta nueva delincuencia? La contestación a este interrogante queremos limitarla, dado el título de esta Comunicación, a la situación de los jóvenes toxicómanos ante las recientes reformas del Código penal y de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

3. *Código penal, Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, drogas y delincuencia juvenil.*

3.1. La reforma del artículo 344 por Ley de 15 de noviembre de 1971, va referida a «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»: añadiendo en su párrafo segundo una agravación referida al «facultativo que con abuso de su profesión prescribiere o despachare tóxicos o estupefacientes»: el párrafo tercero añade que «los Tribunales, atendidas las circunstancias

(1) Memoria Fiscalía del Tribunal Supremo de 1971, p. 74 ss.

del culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior o superior en un grado, según proceda»: el cuarto se refiere a que «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»; por último, en su párrafo quinto, dice: «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» (2).

Como se puede observar, las conductas recogidas en el mencionado precepto, en su nueva redacción, se refieren a terceros, no a los drogadictos. Sigue así nuestro Código penal, el camino marcado por otras legislaciones que no castigan al drogadicto, todo lo más le aplican una medida de seguridad. El «uso personal», la utilización en sí, por el toxicómano, no es punible; de esta manera, prevalece la idea de considerarlo como un enfermo al que se le debe aplicar un tratamiento y no una pena (3).

Por otro lado, el nuevo artículo, acertadamente, no da una definición, ni un concepto de droga, por ello hemos de acudir a la legislación complementaria. Como se ha dicho en la reciente doctrina, constituye droga peligrosa toda sustancia comprendida en el elenco de aquella denominación, con acepción lata, «estupefacientes». Pero también se considera que, si se amplía el concepto, «bajo ciertos perfiles también el alcohol y el tabaco (a los cuales podría añadirse quizá el café) deberían ser considerados droga» (4). En nuestra legislación, el concepto legal de droga abarca los tóxicos y los estupefacientes. Para conocer la actual acepción oficial hemos de acudir al artículo 2.º de la Ley de 8 de abril de 1967, sobre las normas reguladoras de estupefacientes, y al convenio de 1961 de las Naciones Unidas sobre estupefacientes, suscrito por España y ratificado por Instrumento de 3 de febrero de 1966.

Pero, la reforma no hace mención a posibles supuestos de estas conductas cuando se realizan con jóvenes, e incluso niños y adolescentes, que, a nuestro entender, deberían llevarnos a un supuesto de agravación, habida cuenta la mayor

(2) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *La reforma de 15 de noviembre de 1971. Suplemento a la 4.ª Ed. de su Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid, 1972, p. 89 ss.

(3) Vid. BULLOURF, F., *Estupefacientes*, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, abril-junio, 1971, p. 155 s.: El proyecto Soler de 1960 hablaba de *cantidades apreciables* como límite de la sanción; manifestaba SOLER su intención al decir, «introducimos la expresión cantidades apreciables para excluir la tenencia de una dosis para uso personal». Vid. también DEVESA, *Suplemento*, citado, p. 92 s.

(4) BREA, R., *Riflessioni sul problema delle «droghe»*, en *Quaderni di Criminologia Clinica*, núm. 4, octubre-diciembre, 1971, p. 419 ss. BULLOURF, *Estupefacientes*, cit., p. 158 s.: «Y qué decir de las aspirinas. ¿O acaso éstos no se toman para suprimir el dolor o darsé un estado de ánimo adecuado? ¿Quién dudar que el alcohólico busca las mismas sensaciones y que por definición es un toxicómano ya que es víctima-autor de intoxicación etílica? Pero a nadie se le ha ocurrido a pesar de la gran bibliografía sobre el tema, sancionar penalmente al alcohólico crónico y mucho menos a los que se lucran con el tráfico de alcohol: o lo suministran “en cantidades no autorizadas”».

entidad delictiva y el intento de extender el uso de sustancias alucinógenas entre la juventud, como reconoce la Circular número 5/1968, de 17 de julio, de la Fiscalía del Tribunal Supremo, sobre corrupción de menores, pornografía, tráfico de drogas y otros.

3.2. Tampoco la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social hace distinción alguna ni referencia a los menores drogadictos ni a los jóvenes adultos delincuentes a efectos de internamiento en establecimientos sólo a ellos destinados. Con respecto a los primeros, y por imperativo del artículo primero, los menores de 16 años, serán puestos a disposición de los Tribunales Tutelares de menores. Los mayores de esta edad, que como es sabido quedan sometidos a la Ley, serán declarados peligrosos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 B) 7.º, y se les aplicarán para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, según proceda, alguna de las siguientes medidas: aislamiento curativo en caso de templanza; tratamiento ambulatorio; privación del permiso de conducir o prohibición de obtenerlo; obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado y sumisión a la vigilancia de los delegados; además, a los toxicómanos, incautación de los efectos ocupados (art. 6, 5.º).

El reglamento tampoco hace mención a la separación deseable entre jóvenes y adultos drogadictos. A pesar de que en su artículo 34 menciona la separación entre jóvenes y adultos, en el artículo anterior solamente se refiere a «homosexuales peligrosos, mujeres que ejerzan habitualmente la prostitución, menores de 21 años, perversos y, en su caso, los inadptados de los números 9, 10 y 11 del artículo 2.º de la Ley» a quienes los establecimientos de reeducación perseguirán su rehabilitación social, promoviendo las inclinaciones favorables del sujeto con medios pedagógicos y formativos (art. 33).

Como vemos, no se hace mención al número 7 del artículo 2.º de la Ley, únicamente en el artículo siguiente del Reglamento, en el 35,2., se indica que «las casas de templanza acogerán a los ebrios y toxicómanos declarados peligrosos de conformidad con la Ley». Pero, seguimos sin encontrar la deseable separación.

Por último, la Orden de 1 de junio de 1971 del Ministerio de Justicia —po- la que se determinan los establecimientos de rehabilitación y se habilitan los destinados al cumplimiento de medidas de seguridad, a los efectos del Reglamento de la Ley—, en su artículo primero señala los Centros destinados especialmente al cumplimiento de las medidas de seguridad, y en su número 7 únicamente dice: «Centros de cumplimiento en Madrid, para medidas de internamiento en establecimientos de templanza impuestas a ebrios habituales y toxicómanos». Tampoco vemos aquí separación alguna.

4. *Consideraciones finales.*

4.1. El Código penal, en su nueva redacción del artículo 344, no recoge el supuesto, por desgracia muy frecuente, de las conductas de tráfico de drogas realizadas sobre menores de edad que, a nuestro entender, deberán estar protegidas con mayor penalidad. Se debería añadir una agravación similar a la que

se tipifica en el párrafo segundo. La gravedad de la conducta del traficante, no sólo se debe apoyar en la sustancia vendida, sino también en la persona a quien se vende.

4.2. La Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social y disposiciones posteriores no hacen referencia a la deseable separación, en el momento de ejecutar las medidas, entre adultos y jóvenes adultos drogadictos. Se debiera marcar entre ellos un criterio diferencial.

4.3. Sería deseable que la Dirección General de Establecimientos Penitenciarios, de acuerdo con la acertada política que últimamente está realizando, mediante la creación y adaptación de establecimientos penitenciarios para jóvenes, la extendiera también a los jóvenes adultos toxicómanos.

AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR

LA VIII REUNION DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL

(Valencia, 3 al 5 de mayo de 1972)

Durante los días 3 al 5 de mayo de 1972, se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, la VIII Reunión de Profesores de Derecho procesal, organizada por el Departamento y Cátedra de Derecho procesal de dicha Universidad, y presidida por el titular de aquella, Catedrático Dr. Víctor Fairén Guillén.

Asistieron los Catedráticos Dres. Prieto-Castro Ferrándiz, de la Universidad Complutense de Madrid; Fenech Navarro, de la de Barcelona; Gutiérrez-Alviz Armario, de la de Sevilla; Martínez Bernal, de la de Murcia; De Miguel Alonso, de la de Salamanca; Carreras Llansana, de la de Navarra; Muñoz Rojas, de la de Granada; Serra Domínguez, de la de Oviedo, y Gutiérrez de Cabiedes, de la de Santiago de Compostela. Profesores Agregados, Dres. Almagro Nohete, de la Complutense de Madrid y Peláez del Rosal, de la de Barcelona: Profesores Adjuntos Dres. y Ldos. Vives Villamazares (jubilado, Honorario de la de Valencia), González Encabo (ex adjunto), González Deleito, Montero Aroca, Fuentes Carsí, Duque Barragués, Fernández Martín-Granizo, Pérez Gordo, Baringo Rosinach, De la Oliva Santos, González Velasco, Vázquez Sotelo, Gutiérrez-Alviz Conradi, Gómez del Castillo, Pedraz Penalba y Valentín Cortés.

También asistieron, el Colaborador del Departamento y Cátedra de Derecho procesal de Valencia, D. Miguel Pastor López y los Profesores Ayudantes señores Ramos Olábarri, Gómez de Liaño, Pelayo, Huidobro, Del Hierro García, Fernández Sanchís, Dovavo Alberti, Montón, Piqué Vidal y Srta. Amelia Montes

Excusaron su asistencia por enfermedad o quehacer ineludibles, los Catedráticos Dres., Serrano Suárez (jubilado), Gómez Orbaneja, Alcalá-Zamora Castillo (de México), Silva Melero (excedente, Tribunal Supremo), Gordillo García (excedente, Ministerio de la Gobernación), Herce Quemada y Morón Palomino, y los Profesores Adjuntos Sres. Artacho, Cárcava, De Paula y Martín Zarzo.

Los temas a debatir eran, 1.º, «El sistema de principios especiales de la Ley

Orgánica del Poder Judicial de 1870. Su mantenimiento o sustitución. ¿Ley nueva o adaptación de la vigente?» y 2.º, «La aplicación de la Ley y Reglamento de Peligrosidad o Rehabilitación Social vigentes».

Al igual que para la VII Reunión (1971, Palma de Mallorca) en la convocatoria se fijó, que no habría ponencia única, y sí se rogaba el envío de comunicaciones para el primer tema; y para el segundo se sugería como base, el examen de las Conclusiones presentadas por quien esto firma a dicha Reunión —y que no se trataron por falta de tiempo—, y ya publicadas en parte en la «Revista de Derecho procesal Iberoamericana», 1971-II y III, bajo el título «Algunas conclusiones sobre el proceso de la Ley de Peligrosidad y el Reglamento para su aplicación».

Sobre el primer tema, se presentaron las comunicaciones siguientes que se enumeran según un cierto orden de materias: Prof. Dr. Prieto Castro-Ferrándiz, Catedrático de la Complutense de Madrid, «Sistemas de principios esenciales de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Su mantenimiento o sustitución. ¿Ley nueva o adaptación de la vigente?»; Prof. Almagro Nosete, Agregado en dicha Universidad, «Fiscalización de la constitucionalidad de las leyes»; Prof. adjunto González-Deleito, de la misma, «La regulación de las Jurisdicciones castrense en la Ley Orgánica del Poder Judicial» (las tres formando unidad); Fairén Guillén, Catedrático de la Universidad de Valencia, «La potestad jurisdiccional» y «El artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y su puesta al día»; Serra Domínguez, Catedrático de la Universidad de Oviedo, «Notas esquemáticas sobre la distribución y composición de los Tribunales»; Montero Aroca, Prof. adjunto de la de Valencia, «La Justicia Municipal».

El plan de trabajo sobre las cuestiones propuestas o que verosíblemente se iban a proponer durante las sesiones —y no falló la previsión aunque el plan no se desarrollase íntegramente por falta material de tiempo—, comprendió, con respecto a este primer tema, los puntos siguientes: 1. Definición legal de la Jurisdicción en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Su naturaleza.—2. El principio de exclusividad de la jurisdicción.—3. El principio de unidad y exhaustividad de la Jurisdicción. A) Las manifestaciones de la Jurisdicción. La prejudicialidad. B) Las Jurisdicciones especiales. C) Los conflictos jurisdiccionales.—4. El principio de la legalidad de la Jurisdicción. A) El Juez y la Constitución. B) El Juez y la Ley Material. C) El Juez y el proceso. Proceso y procedimiento.—5. El principio de inmutabilidad de las resoluciones jurisdiccionales.—6. El principio del Juez natural. A) El principio del Juez técnico y sus excepciones. B) El principio de Juez legal. Su nombramiento. C) El principio del Juez competente.—7. El principio de la imparcialidad (conectado con los posteriores). A) El principio de publicidad. B) Garantías directas de imparcialidad: abstención y recusación.—8. El principio de la independencia objetiva. A) Con respecto al Legislativo. El problema de las fuentes. B) Con respecto al Ejecutivo.—9. El principio de la independencia subjetiva. A) En cuanto al nombramiento, etc.: el «gobierno de la Justicia». B) En cuanto a la función: la inamovilidad. C) La Responsabilidad. a) Disciplinaria; a') Administrativa; b) Jurisdiccional; b') Civil. El problema de la responsabilidad subsidiaria del Estado. c) Penal. D) Incompatibilidades. E) Pro-

hibiciones.—10. El Ministerio Fiscal.—11. El Abogado y el Procurador.—12. El Secretario Judicial.—13. Los auxiliares de la Administración de Justicia.—14. Especialmente, la Policía Judicial.

En cuanto al segundo tema, se presentaron las Comunicaciones siguientes:

Prof. Fairén Guillén, «Algunas conclusiones sobre el proceso de peligrosidad de la Ley de 4 de agosto de 1970 y el Reglamento de 13 de mayo de 1971 para su aplicación»; Proff. Gutiérrez de Cabiedes, «Principios procesales de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y de su Reglamento»; Departamento de Derecho procesal de la Universidad de Navarra (Director, Prof. Carreras), «Aspectos procesales de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y su Reglamento», sobre ponencia del Prof. De la Oliva; Prof. Pérez Gordo, «La peligrosidad y su tratamiento procesal»; Prof. Fernández Martín-Granizo, «Procedimiento para declarar la peligrosidad social»; Pastor López, «Algunos aspectos orgánicos de la nueva regulación legal de la peligrosidad social».

Por escasez de tiempo, pese al esfuerzo realizado, no se dio lectura íntegra mas que a las tres comunicaciones de la Universidad Complutense; aumento a las demás, se las leyó o comentó parcialmente, en los momentos adecuados de la discusión. Expuso también íntegramente la suya el Colaborador Lic. Sr. Pastor López.

Se celebraron cinco sesiones de trabajo, más la de clausura, esta última, pública, con asistencia de autoridades académicas, judiciales y profesionales.

Cuatro de las sesiones de trabajo, se celebraron en la Facultad de Derecho, y en ellas se adoptaron las Conclusiones que, sin comentario, naturalmente se insertan al final. Fueron remitidas por quién esto escribe como Presidente de la Reunión a los excelentísimos señores ministros de Educación y Ciencias y Justicia, amén de a otras personalidades del mundo jurídico oficial.

La quinta sesión, se desarrolló en la sede del Tribunal de las Aguas de Valencia —ante la Puesta de los Apóstoles de la Catedral de Valencia, en la vía pública— y en día de sesión, el jueves 4 de mayo a mediodía. Los profesores concurrentes presenciaron el desarrollo de tres juicios orales y el pronunciamiento de las correspondientes sentencias. Después, los asistentes, fueron recibidos por el Tribunal y por su Asesor, don Vicente Giner Boira, en la llamada Casa-Vestuario, en donde funciona la oficina del Tribunal, y allí, sus síndicos-miembros y el señor Giner se sometieron afablemente a las múltiples preguntas que por los profesores les fueron formuladas, y especialmente, sobre la sumisión al Tribunal de personas no aforadas, sobre la liquidación y ejecución de las sentencias, etc.

Consecuencia de esta última sesión de trabajo, aunque no se formulase una conclusión formal por no figurar el tema directamente en el orden del día, fue la manifestación unánime de los profesores reunidos, de su convicción sobre el excelente funcionamiento del principio de la oralidad, en toda su puerza, en el proceso ante dicho Tribunal; de la existencia de plenas garantías de la imparcialidad e independencia de los jueces; del perfecto conocimiento, por parte de los mismos, de los intrincados problemas jurídicos que se presentan en la Huerta de Valencia, de gran trascendencia por su pequeñez y riqueza a la vez; y declaración, también unánime, de que, dado el carácter de este Tribunal y Jurisdicción su enorme especialización, el prestigio de que disfruta entre los justiciables, demos-

trado por el fenómeno de la sumisión de no aforados, así como el ejemplo universal constante a través de siglos de actuación, de los principios de oralidad, intermediación, concentración y publicidad general, el citado Tribunal y su Jurisdicción se hallan totalmente fuera, y no afectados por el problema de la unidad jurisdiccional en España, debiendo mantenerse y continuar su ejemplar labor. Lo cual, fue expresado al Tribunal por escrito, para su constancia.

Como actividad pública de los reunidos, con la valiosa colaboración del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia y Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación en la sede de aquél, el Prof. Catedrático de la Universidad de Sevilla, don Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario, pronunció, el día 3 por la tarde, una conferencia bajo el título «En torno a una reforma orgánica de la Justicia».

Se copian, a continuación, las Conclusiones adoptadas por los profesores reunidos.

En cuanto al primer tema:

1.^a Analizados los principios fundamentales en que se inspira la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870 y su contenido, los profesores estiman que debe ser conservada, si bien con la introducción en ella de las correcciones y actualizaciones que en el transcurso del tiempo ha hecho indispensables y que en algunos puntos se hallan recogidas en la multitud de disposiciones legales y reglamentarias dictadas con posterioridad a ella.

2.^a Los profesores consideran que, independientemente de las calidades de la expresada Ley Orgánica, que por sí mismas justificarían su conservación, con arreglo a las condiciones indicadas, tienen el deber de hacer presente su preocupación ante la posibilidad de que continuase la tramitación del actual «Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia», por considerarlo inadecuado para resolver los problemas orgánicos que hoy están planteados y en definitiva, por la insuficiencia e imprecisión de sus bases.

3.^a Estiman los profesores que con conservación del espíritu y letra del artículo 2.^o de la Ley Orgánica del Poder Judicial, éste debería quedar ampliado y redactado así:

«Corresponde exclusivamente a los Tribunales la potestad de aplicar las normas jurídicas en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos y laborales, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado por sí mismos o por medio de órganos directamente subordinados.

También deberá confiarse exclusivamente a los Tribunales el conocimiento y la ejecución en materia de peligrosidad y rehabilitación social».

4.^a Los profesores reafirman la necesidad de la unidad jurisdiccional.

Deben fijarse exhaustivamente, tanto desde el punto de vista penal como procesal, los límites de la jurisdicción militar en tiempos de paz.

La *vis attractiva* de la jurisdicción ordinaria debe manifestarse al máximo, tanto por razón de las personas, como de los actos y lugares.

La jurisdicción militar sólo podrá conocer excepcionalmente de los delitos que la Ley considere esencialmente graves para el orden social. En estos casos el

proceso militar deberá contener las mismas garantías fundamentales que los de la jurisdicción ordinaria.

5.^a Se reafirma la necesidad de que los Tribunales se sujeten al principio de legalidad, tanto en el aspecto procesal como en el material.

Es deseable la instauración de un Tribunal de carácter judicial para la fiscalización de la constitucionalidad de las Leyes.

Asimismo deben establecerse procesos rápidos que amparen y garanticen los derechos fundamentales de la persona.

6.^a Los profesores refirman la necesidad de concretar y afianzar el principio del juez legal o natural, de la imparcialidad, de la independencia objetiva y subjetiva de los Jueces, con las correspondientes inamovilidad y responsabilidad judiciales.

7.^a Merece especial atención el estudio y la reelaboración de la normativa sobre las funciones del Secretariado y de la organización y retribución del personal auxiliar de la Administración de Justicia.

Se propugna la adscripción a los Tribunales de una plantilla de funcionarios de policía de modo permanente y exclusivo a las órdenes directas de cada órgano jurisdiccional.

8.^a Ante el hecho de que en las diversas Leyes de enjuiciar se contienen regulaciones de una misma materia, se han propuesto dos soluciones para evitar estas innecesarias reiteraciones legislativas: Ley Procesal General o inserción de dichas regulaciones en la Ley Orgánica, bajo el epígrafe «Normas de actuación de los Tribunales», aprovechando lo que sobre ello se contiene actualmente en la expresada Ley.

En cuanto al segundo tema:

9.^a Los profesores declaran, con sentido realista, que las disposiciones últimamente dictadas sobre peligrosidad y rehabilitación social, no pueden ser puestas en práctica con la garantía de alcanzar los trascendentales fines que se proponen, por faltar la necesaria base orgánica y por la carencia de unos medios personales, técnicos y materiales, sin los cuales la aplicación de las mismas podría conducir a resultados contrarios a los que están llamadas a conseguir.

10.^a Los profesores han acordado que la próxima Reunión se celebre en la Universidad de Navarra.

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN

LA UNION DE JOVENES ABOGADOS DE PARIS Y EL SECRETO DEL SUMARIO

Siempre se oyeron autorizadas voces en los más diversos países sobre el uso y abuso del secreto de la instrucción sumarial.

Y más ampliamente, de la publicidad de los actos criminales y de los procedimientos penales trató entre otros el VIII Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Lisboa el año 1961, ocupándose en su famosa ponencia general de los problemas planteados por esta publicidad el que fue Decano de la Facultad de Derecho de Coimbra, profesor J. Beleza dos Santos. Cómo olvidarla. ni las comunicaciones o intervenciones particulares de criminalistas tan autorizados como Besson, Mendoza, Mioto, Versele, Cannat, Clavel, Ribeiro de Faria, Garçon, Kempere, Mendoza, Mioto, Mostafa, Mueller, Novotny, Sato, Auoren, Wustenberger y tantos otros cuyas aportaciones, con plena conciencia de lo que debe ser la ponencia general a un congreso, citó y trató de resumir para producir sus líneas esenciales y las conclusiones que de los trabajos de aquel congreso resultaban, el citado autor de la ponencia, profesor Beleza dos Santos (1).

Pero es curioso que sean precisamente de la propia Magistratura, y en aquellos países en que puede libremente expresarse y tiene un medio de comunicación tan vital como la prensa, de donde proceden voces muy autorizadas sobre la necesaria reforma del llamado secreto de la instrucción. Citemos como más reciente la del presidente Batigne, cuya reseña publicamos recientemente en el ANUARIO DE DERECHO PENAL, Madrid 1972 (2).

La Unión de Jóvenes Abogados de París no podía permanecer extraña a la cuestión y al movimiento de opinión en favor de la reforma del artículo 11 del Código de procedimiento penal francés.

Entre sus muchas y meritorias tareas cuenta el debate organizado en París durante el mes de mayo de 1972 y en el que han participado activamente jueces de instrucción, abogados y periodistas (3).

En París se ha dicho que el secreto de la instrucción, en el sentido en que lo definen los textos legales no existe y que para evidenciarlo no hacía falta esperar el famoso «affaire» de Bruay.

Los excesos de la detención preventiva a pesar de la ley de 18 de julio de 1970 para garantía de los derechos individuales, han estado sin duda presentes en algunas intervenciones, y, como no, las amplias y cuidadas informaciones de prensa sobre estos y otros temas que hemos podido leer en la prensa, y sin gran esfuerzo pensará el lector que nos estamos refiriendo, claro es, a *Le Monde* o *L'Express*.

Alguna voz se oyó, entre los Magistrados presentes, partidaria de consolidar el secreto de la instrucción, pero en todo caso hubo acuerdos sobre la necesidad

(1) V. *Revue Internationale de Droit Penal*, 1961, números 1 y 2 y 1962, número 1, págs. 143 y ss.

(2) V. Jacques BATIGNE: *Un Juge Passe aux Aveux*, Editions Robert Laffont, 6, place Saint Sulpice, París 6e. (1971.)

(3) V. Albert GILLES: *La Presse Devant le Jury*, Preface de Joseph Barthelemy, París Edition A. Pedone, 1938.

de una verdadera reforma de los textos legales franceses, haciendo menos severo o riguroso el artículo 11 citado.

El Magistrado instructor de Lille y vicepresidente del Sindicato de la Magistratura dijo: «Si se diera más frecuentemente a las gentes la ocasión de ver de qué manera se administra la justicia, algunos asuntos serían menos apasionados. ¿Es solamente la instrucción una fase secreta de la justicia o bien es secreta toda la justicia?»

Por su parte el Juez Diemer, comparando lo incomparable cuando se trata de pueblos y sistemas políticos y judiciales tan distintos decía en este debate: «En Gran Bretaña se persigue en justicia a los periodistas si desvelan los detalles del sumario; en Francia en el mismo caso, se dice; Libertad de la prensa.» Sobre este último gran tema el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dio una decisión y lección inolvidable que merece por sí sola más autorizado comentario al fallar en 30 de junio de 1971 el caso planteado por el Gobierno de los Estados Unidos tratando de prohibir al *New York Times* y al *Washington Post*, que publicaran ciertos documentos (4).

Plausible en todo caso el interés de nuestros jóvenes colegas franceses por trabajar sobre tan vital cuestión, codo con codo con magistrados y periodistas, cual sugería en su citado libro el presidente Batigne, como lo es igualmente que casi por los mismos días y en el congreso anual de la Asociación Nacional de Abogados celebrada en Le Baule, sus mayores hayan tratado entre otros los problemas del Consejo y justicia gratuitos para quienes los hayan de menester.

Recordemos, finalmente, que en París se celebrará del 4 al 8 de julio de 1972 el X CONGRESO DE LA ASOCIACION INTERNACIONAL DE JOVENES ABOGADOS, entre cuyos temas encontramos algunos que siempre apasionaran al criminalista: La protección del individuo en su medio ambiente técnico y social, la droga y la protección de la persona humana y el joven abogado y el porvenir de las profesiones liberales.

Trataremos de informar en su día con más detalle de las conclusiones de estas reuniones (5).

IAS JORNADAS DEL INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA DE PARIS

Dirigidas por el profesor Jacques Leauté, el Instituto de Criminología de París ha celebrado unas jornadas de estudios dedicadas al creciente fenómeno de los secuestros y rehenes que vemos multiplicarse con las más variadas modalidades y a veces no ya como medio de «chantaje» sino como forma de establecer un diálogo que permita discutir si no de igual a igual, en mejores condiciones con

(4) V. NEIL SHEEHAN y otros. *Los documentos del Pentágono tal como ha sido publicado por The New York Times*. Plaza & Janes, S. A. Editores, Barcelona 1971.

(5) V. también sobre qué es el periódico y las funciones del periodismo en relación con estos temas el precioso libro del Dr. Israel DRAPKIN SENDEREY titulado *Prensa y Criminalidad*, Ediciones de los Anales de la Universidad de Chile, 1958. Reproduce el Código de Ética del Redactor propuesto por el periodista uruguayo Jacinto A. Duarte.

el interlocutor. En su intervención M. Jacquez Verin proclamó un estado de opinión: «No es el sistema de rehenes quien es arcaico, es nuestra organización social la que no corresponde a nuestra civilización. Este desorden existe igualmente en la política nuclear internacional, que amenaza constantemente la destrucción de millones de inocentes. Los mismos Estados utilizan la violencia sin vergüenza. ¿Cómo sorprenderse entonces del contagio...?».

Con intervenciones como la del profesor Georges Kellens de la Universidad de Lieja, se estudió la evolución histórica de este fenómeno, particularmente desde la gran serie de raptos que por el año 1930 se sucedió en Estados Unidos, alcanzando su cenit en 1932 con la desaparición del hijo del aviador Lindbergh, y sobre todo las formas más actuales de delitos complejos, desde los raptos políticos hasta la llamada piratería aérea, sin olvidar las tomas de rehenes para facilitar una fuga, defender justas reivindicaciones contra caducos e inhumanos regímenes penitenciarios o llamar seriamente la atención de la opinión pública sobre unos u otros problemas e injusticias sociales.

Esperamos con interés la publicación de estos estudios del Instituto de Criminología de París, dirigido por el antiguo profesor de la Universidad de Estrasburgo (6).

PASCUAL MENEU MONLEÓN

(6) En relación con temas tratados en estas notas puede consultarse también: CHARLES, R.; *Liberté et Detention*. Commentaire de la loi du 17 juillet 1972 (280 págs.) y especialmente las actas de las XII Jornadas Franco-Belgo-Luxemburguesas de Derecho Penal celebradas en Poitiers, diciembre 1970 y editadas con el título *Detention Provisoire, Contrôle Judiciaire et Garde a Vue*. Les problèmes soulevés par leur contrôle Juridictionnel. Presses Universitaires de France, Paris 1971 (1 vol. XXVII + 315 págs.).

INDICE GENERAL DEL TOMO XXV

FASCICULO I

Enero - abril MCMLXXII

Sección Doctrinal

	<u>Páginas</u>
<i>Problemas, misión y estrategia de la investigación criminológica contemporánea</i> , por Günter Kaiser	5
<i>El tratamiento procesal de la peligrosidad sin delito (problemas generales)</i> , por Víctor Fairén Guillén	33
<i>Sobre los límites de la ejecución por imprudencia</i> , por Angel Torío.	53
<i>El parentesco adoptivo en el Código penal español</i> , por José R. Casabo Ruiz	89

Sección Legislativa

<i>Normas para la aplicación del Decreto de indulto</i>	125
<i>Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves.</i>	130
<i>Ley 6/1972, de 26 de febrero, de modificación del artículo 85 de la Ley 209/1966, de 24 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea</i>	136
<i>Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil</i>	138
<i>Decreto 1.598/1972 de 25 de mayo, sobre tramitación de expedientes de cancelación de antecedentes penales</i>	144

Sección de Jurisprudencia

<i>El "tipo de la revocación" de la condena condicional</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	147
---	-----

Revista de libros

BUROZ ARRISMENDI, R.: <i>¿Debe considerarse delito la posesión o venta de marihuana y LSD?</i> , por Alfonso Serrano Gómez ...	171
CECCALDI: <i>La Criminología</i> , por Alfonso Serrano Gómez ...	172
LAUVE, R. y WIEFELS, J.: <i>Strafrecht, Allgemeiner Teil, unter Berücksichtigung der beiden Strafrechtsveformgesetze</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	174

LEIGH, L. H.: <i>The Criminal Liability of Corporations in English Law (La responsabilidad penal de las corporaciones en el Derecho inglés)</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	181
LÓPEZ-REY, Manuel: <i>Crime an Analytical Appraisal. Routledge and Kegan, Paul</i> , por Diego Medina	199
MENDOZA TROCONIS, J. R.: <i>Curso de Criminología</i> , por Alfonso Serrano Gómez	201
PELLEGRINI, R.: <i>Sexuología</i> , por Alfonso Serrano Gómez	203
SÁINZ CANTERO, José Antonio: <i>Aspectos criminológicos y jurídicos del secuestro de aeronaves</i> , por J. A. O.	205
VALLS, Francisco Javier: <i>La Filosofía del Derecho de Dorado Montero</i> , por José Antón Oneca	207
VON HENTIG: "El Delito", por Alfonso Serrano Gómez	209
JACQUES VER HAEGEN: "La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité" (La protección penal contra los excesos de poder y la resistencia legítima a la autoridad), por A. Beristain	215

Revista de Revistas

Alemania

<i>Juristenzeitung</i> , núm. 8, 16 abril 1971, por Pedro-Luis Yáñez Román	219
<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i> , tomo 80 (1968), fascículo I, por Enrique Gimbernat Ordeig	222

Argentina

<i>Revista de Derecho penal y Criminología</i> , núm. 3, julio-septiembre, 1971, por Alfonso Serrano Gómez	225
---	-----

Interpol

<i>Revista Internacional de Policía Criminal</i> , núm. 253, diciembre de 1971, núm. 254, enero 1972, por Alfonso Serrano Gómez	226
--	-----

Francia

<i>Revue de Science Criminelle et de Droit penal comparé</i> , año 1971, núm. 2, por J. A. O.	228
--	-----

NOTICIARIO	230
-------------------	-----

Sección Legislativa

Normas para la aplicación del Decreto de indulto 125
Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves 130
Ley 6/1972 de 26 de febrero, de modificación del artículo 85 de la Ley 209/1966 de 24 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea 136
Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil. Decreto 1.598/1972 de 25 de mayo, sobre tramitación de expedientes de cancelación de antecedentes penales 144

Sección de Jurisprudencia

El «tipo de la revocación» de la condena condicional, por Pedro-Luis Yáñez Román 147

Revista de Libros

BUROZ ARRISMENDI, R.: *¿Debe considerarse delito la posesión o venta de marihuana y LSD?*, por Alfonso Serrano Gómez; CECALDI: *La Criminología*, por Alfonso Serrano Gómez; LAUVE, R. y WIEFELS, J.: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, unter Berücksichtigung der beiden Strafrechtsveformgesetze*, por Pedro-Luis Yáñez Román; LEIGH, L. H.: *The Criminal Liability of Corporations in English Law (La responsabilidad penal de las corporaciones en el Derecho inglés)*, por Pedro-Luis Yáñez Román; LÓPEZ-REY, Manuel: *Crime an Analytical Appraisal. Routledge and Kegan Paul*, por Diego Medina; MENDOZA TROCONIS, J. R.: *Curso de Criminología*, por Alfonso Serrano Gómez; PELLEGRINI, R.: *Sexnología*, por Alfonso Serrano Gómez; SÁINZ CANTERO, José Antonio: *Aspectos criminológicos y jurídicos del secuestro de aeronaves*, por J. A. O.; VALLS, Francisec Javier: *La Filosofía del Derecho de Dorado Montero*, por José Antón Oneca; VON HENTIG: *«El Delito»*, por Alfonso Serrano Gómez; JACQUES VER HAEGEN: *«La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité» (La protección penal contra los excesos de poder y la resistencia legítima a la autoridad)*, por A. Beristain. 171

Revista de Revistas

ALEMANIA: *Juristenzeitung*, núm. 8, 16 abril 1971, por Pedro-Luis Yáñez Román; *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 80 (1968), fascículo I, por Enrique Gimbernat Ordeig; ARGENTINA: *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 3, julio-septiembre, 1971, por Alfonso Serrano Gómez; INTERPOL: *Revista Internacional de Policía Criminal*, núm. 253, diciembre de 1971, núm. 254, enero 1972, por Alfonso Serrano Gómez; FRANCIA: *Revue de Science Criminelle et de Droit penal comparé*, año 1971, núm. 2, por J. A. O. 219

Noticario

Suscripción anual: España, 450,— pesetas
Extranjero, 575,— pesetas
Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas